

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle

Triaille, Jean-Paul

Published in:

Droit de l'Informatique et des Télécoms

Publication date:

1993

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Triaille, J-P 1993, 'De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle: à propos de la proposition de loi Godfrain sur les " créations réservées"', *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, numéro 2, pp. 25-38.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle A propos de la proposition de loi Godfrain sur les "créations réservées"

par Alain STROWEL

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles

et Jean-Paul TRIAILLE

Maître de conférences aux Facultés universitaires

Notre-Dame de la Paix, Namur

Avocats

Le 30 juin 1992, le député Jacques Godfrain déposit devant l'Assemblée nationale française une proposition de loi relative à la protection des créations réservées (1).

Rappelons, avant d'entamer ci-après leur analyse critique, les grands traits du texte proposé, qui se compose de quinze articles. La proposition entend protéger par un droit d'exploitation exclusif d'une durée de dix ans (art. 6) toute "création exploitable à des fins lucratives, qui résulte d'un travail intellectuel" (art. 1er). A titre d'illustrations, l'article 3 mentionne les photographies, les numérisations d'images ou de sons, les salutations commerciales ... Selon l'article 4, ce droit "s'établit" par l'apposition sur la création protégée du signe distinctif de réservation "C/R" (pour "Créations Réservées"), du nom du titulaire et de la date de réservation. Ce droit appartient au concepteur de la création ou au producteur (art. 5). A défaut d'accord entre parties, l'autorisation d'exploitation pourra être accordée par le juge moyennant rémunération équitable (art. 8). Outre les sanctions pénales, une exploitation non autorisée de la création réservée pourra faire l'objet d'une ordonnance de suspension et donner lieu à réparation (art. 11 et s.).

Les raisons à l'origine de l'initiative de M. Godfrain semblent claires : il s'agit de remédier au fait qu'un "grand nombre de créations [] ne sont pas actuellement protégées par la loi" (2). Mais la so-

lution proposée suscite de nombreuses interrogations.

Elle oblige tout d'abord à revenir sur les principes et les objectifs du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle, qui semblent être méconnus et mis à mal par un tel projet législatif.

Après avoir rappelé ceux-ci (point I) en nous appuyant tant sur la doctrine belge que française, nous procéderons à une analyse plus détaillée des conditions et modalités du régime de protection prévu dans la proposition Godfrain (point II). Il nous a paru intéressant de confronter le texte déposé à une autre proposition poursuivant le même but, récemment formulée et publiée par X. Desjeux (3).

Enfin, on terminera par quelques remarques relevant du droit européen (point III), avant d'en venir à quelques conclusions.

I. Principes et objectifs du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle

Principe de base : la liberté de concurrence et de copie. Les premiers paragraphes de l'exposé des motifs de la proposition Godfrain indiquent clairement que la protection à créer vient s'insérer entre, d'une part, le droit de la concurrence (déloyale et parasitaire), et, d'autre part, le droit

classique de la propriété intellectuelle, tel que récemment codifié (4). Ces deux secteurs du droit économique ne se comprennent que sur le fond de la liberté de la concurrence et de la copie.

La liberté de copier constitue une composante du principe de la libre concurrence, qui, lui-même, trouve, en France comme en Belgique d'ailleurs, son fondement juridique dans le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

Ce dernier texte, plus connu pour avoir affirmé la liberté du commerce et de l'industrie, offre, en effet, comme l'a soutenu la Cour de cassation française, "la base légale [...] du principe de liberté de concurrence" (5). Par ailleurs, le principe de la libre concurrence trouve son appui dans le modèle de la science économique qui présume l'absence de barrière à l'entrée sur un marché et donc la possibilité pour tout tiers de pénétrer sur ce marché.

On estime que la liberté de concurrence implique qu'un commerçant est "en droit d'attirer vers lui les clients de son concurrent" (6). Selon certains, cela "suppose que l'on puisse proposer sur le marché le même produit qu'autrui, c'est-à-dire copier sa prestation" (7). Autrement dit, le préjudice résultant de la concurrence et de la copie est en principe licite (8).

Si la liberté de copier est un principe du droit de la concurrence, le droit de tout concurrent de mettre sur le marché des produits similaires n'est pas illimité. Deux limites peuvent être distinguées. D'un côté, le droit de la concurrence (déloyale et parasitaire) sanctionne des pratiques qui font appel à des moyens jugés déloyaux. De l'autre, les droits de propriété intellectuelle ont pour effet d'interdire la reproduction des objets couverts par ces droits (invention, oeuvre, signe, etc.).

A. Concurrence déloyale et parasitaire.

Légitimité (limitée) de la copie. La liberté de copier n'apparaît pas seulement comme un principe juridique, elle a parfois été érigée comme un principe "d'ordre philosophique" (9) et elle a pu être justifiée par l'invocation du droit naturel. Ainsi, selon d'aucuns (10), "le droit à la copie" constitue "un droit véritable et naturel qui est essentiel à la vie et déterminant du progrès de l'humanité". Une telle argumentation, qui surprend aujourd'hui, repose sur le syllogisme suivant (11)

- le progrès humain est une bonne chose ;
- or, la copie est un facteur de progrès pour l'homme ;
- donc, toute copie, fût-elle servile, est une bonne chose

Ce raisonnement, outre qu'il traduit une croyance plutôt idéaliste dans le progrès, constitue en réalité un saphisme, car toute copie n'est, bien entendu, pas un facteur de progrès pour l'homme.

Aux antipodes de la conception qui vient d'être présentée, on aurait tendance actuellement à considérer que la copie, par définition, est illégitime. Cette position diamétralement opposée est tout aussi critiquable : un juge a justement fait remarquer "qu'il n'y a pas d'activité humaine, si créative qu'elle paraisse, qui ne résulte pas dans une mesure plus ou moins grande de ce que d'autres ont déjà réalisé" (12). L'apprentissage ne procède-t-il pas essentiellement de l'imitation ? Un artiste peintre n'apprend-il pas son métier en commençant par copier des modèles anciens ou le tableau d'un maître ? Dans un marché compétitif, comme le rappelait récemment W. Cornish, "l'imitation doit le plus souvent être considérée comme vertueuse et non pas comme honteuse" (13).

Il y aurait donc une "bonne" copie et une "mauvaise" copie. C'est traditionnellement à la jurisprudence qu'il revient d'établir ce partage et de sanctionner l'usage de certains moyens. L'enjeu est donc de refuser la protection à un droit (de copie) lorsqu'il ne recouvre plus un intérêt légitime.

La concurrence déloyale et parasitaire.

Comme l'a rappelé une juridiction belge, "la copie et l'imitation de produits, d'actes ou de techniques commerciales non protégées par un droit intellectuel sont libres sauf s'il y a copie servile ou concurrence parasitaire" (14). La copie servile est définie comme celle qui "entraîne un risque de confusion", alors que "la concurrence parasitaire est le fait d'un commerçant qui tire ou s'efforce de tirer profit du renom acquis légitimement par un tiers, même s'il n'a pas l'intention de nuire".

Si, en Belgique, l'on distingue, sur cette base, concurrence déloyale et concurrence parasitaire, en France, l'on a coutume de distinguer, dans une typologie tripartite, concurrence déloyale, concurrence parasitaire et agissements parasitaires. Contrairement aux deux premières hypothèses, la théorie de l'agissement parasitaire permet de sanctionner des comportements de celui qui n'est pas concurrent de la victime. Pour le reste, une partie de la doctrine française tend à considérer que la théorie de la concurrence parasitaire apporte peu (15), car, comme la concurrence déloyale, elle suppose un rapport de concurrence. En revanche, la notion d'agissements parasitaires (correspondant à celle de concurrence parasitaire en Belgique) permet d'atteindre certaines

pratiques déloyales qui visent à tirer profit de la réputation d'autrui sans recherche de confusion (16). Alors que l'acte de concurrence déloyale cherche, à l'inverse, à créer une confusion dans l'esprit de la clientèle.

Avaisant la distinction entre concurrence déloyale et parasitisme, un auteur comme J.-J. Burst range néanmoins parmi les actes de concurrence déloyale non seulement ceux qui recherchent la confusion (des produits, de la publicité, de la présentation des produits ou des signes distinctifs), mais aussi les actes poursuivant le dénigrement ou la désorganisation de l'entreprise rivale.

J. Azéma ne reprend pas la distinction concurrence déloyale-parasitisme, mais préfère distinguer quatre hypothèses de concurrence déloyale (sensu lato) selon les faits en cause : dénigrement, utilisation de procédés commerciaux illégitimes et utilisation illégitime de la réputation d'autrui. La distinction entre concurrence déloyale (sensu stricto) et agissements parasitaires se retrouve dans cette quatrième hypothèse, car l'on peut essayer de profiter de la réputation d'autrui en recherchant ou non la confusion (17).

Souvent, la condamnation est acquise sur base de plusieurs faits concomitants. Ainsi, pour donner un exemple récent, dans l'affaire opposant France 2 à TF1, le tribunal de commerce de Nanterre (18) a condamné pour concurrence déloyale la chaîne privée qui avait diffusé une émission ("Les marches de la gloire") fortement inspirée d'une émission ("La nuit des héros") lancée quelques mois auparavant par sa concurrente publique, le tribunal a invoqué le risque de confusion que les similitudes entre les deux émissions pouvaient entraîner, ainsi que l'utilisation par la défenderesse de moyens susceptibles de créer "une désorganisation brutale" des activités de la chaîne publique.

Extension du parasitisme et remise en cause du principe de la liberté de copier. Le développement de l'innovation dans le domaine non plus de la production mais de la commercialisation (techniques promotionnelles, publicité, etc.) risque d'entraîner la prolifération de copies de prestations. C'est cette extension du parasitisme (19) qui motive le dépôt de la proposition Godfrain. L'exposé des motifs fait état de la "théorie de la concurrence parasitaire dont le but est de sanctionner le copieur concurrent qui désorganise le mécanisme économique en accaparant sans bourse délier l'investissement d'autrui". On verra de plus que l'article 7 de la proposition qualifie de "comportement parasitaire" le fait d'exploiter sans

autorisation la création réservée.

La notion d'agissements parasitaires (en France) ou de concurrence parasitaire (en Belgique) permet de lutter contre ce qu'il faut appeler des "détournements d'investissements" (20). Et la jurisprudence condamne sur cette base les imitations parasitaires qui assurent à leur auteur une position privilégiée sur le marché, lui permettant d'offrir les mêmes produits à des conditions plus favorables pour la clientèle et plus rémunératrices pour lui. On a écrit que cette jurisprudence aboutissait en fait "à un renversement de la liberté de la copie : en effet, si la déloyauté résulte du simple fait d'avoir profité des efforts d'autrui, alors toute copie est déloyale, car il va de soi que le copieur n'exposera pas les mêmes frais de recherche" (21). Il nous semble que le principe de liberté de la copie n'est pas renversé, mais simplement restreint par cette jurisprudence : car la déloyauté peut résulter de la simple reproduction, mais toute copie n'est pas pour autant déloyale. S'il paraît justifié de sanctionner, dans certains cas, la copie en tant que telle, on ne peut en revanche aboutir à sanctionner toute forme de copie.

Des auteurs français ont également stigmatisé l'évolution jurisprudentielle, notamment au regard du principe de la libre concurrence. Il y a dans les développements récents, écrit par exemple J. Azéma, "une conception à notre avis exagérément extensive du parasitisme et a terme dangereuse pour la liberté de la concurrence, carollaire de la liberté du commerce et de l'industrie" (22). Nous ne partageons pas cette appréhension à l'encontre du recours répété au parasitisme. Tous les développements du droit économique de la concurrence, que ce soit le droit des ententes ou celui des pratiques réglementées, ne viennent-ils pas mettre des freins à la libre concurrence pour garantir le maintien de celle-ci ? On retrouve ici une tendance lourde de notre droit qui évolue d'un modèle libéral vers un modèle plus réglementé.

De plus, la généralisation de la sanction du parasitisme peut se justifier par rapport à un autre principe directeur du droit de la concurrence, celui de l'égalité.

Du principe de liberté au principe d'égalité. La concurrence, personne ne le contestera, suppose la liberté de concourir, au double sens de liberté d'être concurrent (liberté d'établissement ou d'accéder à une profession) et de liberté de concurrencer (liberté contractuelle, liberté du travail, libre imitation, etc.), elle repose encore, ce qui est moins largement admis, sur l'égalité dans la compétition. Par suite, des privations de liberté

(par exemple des clauses de non-concurrence) peuvent être considérées comme des limitations interdites de la concurrence ; mais, de manière plus paradoxale, la sauvegarde de la concurrence peut impliquer des limitations à la liberté, rendues nécessaires par le principe d'égalité (par exemple, l'interdiction légitime du refus de vendre, qui constitue une restriction à la liberté contractuelle) Cela revient à dire que le principe de non-discrimination doit être respecté.

De la même manière, la concurrence peut requérir une limitation de la liberté de copier, que le respect du principe d'égalité impose. Il nous semble que la sanction de la concurrence parasitaire témoigne de ce que le principe d'égalité est une pierre de touche, voire le principal fondement de la concurrence (23). La concurrence parasitaire constitue en effet une rupture de l'égalité entre concurrents. Dès lors, la limitation du principe de la liberté de copier que la généralisation de la concurrence parasitaire produit peut se justifier eu égard à l'égalité, cet autre fondement du droit de la concurrence et du droit tout court.

B. Droit de la propriété intellectuelle

Historiquement, la proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie (3-17 mars 1791) est, en France, contemporaine de la consécration législative des droits de brevet (décret du 7 janvier 1791) et de la propriété littéraire (décrets des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793). Selon les mots de P. Raubier, la propriété intellectuelle est "l'île de la liberté du commerce et de l'industrie, car c'est seulement sous un régime de concurrence économique qu'elle a pu s'épanouir et se développer" (24).

Engendrés par la concurrence, les droits intellectuels apparaissent en même temps comme des exceptions à la règle de la concurrence, comme des îlots d'exclusivité dans la mer de la libre concurrence (25). L'image est récurrente et emblématique du rapport entre concurrence et droit intellectuel ; elle traduit correctement le caractère exceptionnel de ce dernier, la règle générale devant demeurer la liberté.

C'est pourquoi les différents droits intellectuels sont subordonnés à des conditions strictes, telles que la nouveauté ou l'originalité. De plus, ces droits sont assortis de diverses limites (26), à la fois quant à certains usages (par exemple, usage non commercial du brevet, citation, parodie, etc., pour le droit d'auteur) et quant à leur durée.

Arrêtons-nous un instant sur les conditions de la protection par le droit d'auteur, car le régime

prévu par la proposition Godfrain s'inspire indéniablement de ce modèle, tout en le défigurant profondément (formalité imposée, abandon de l'exigence d'une forme, suppression des droits moraux, etc. cf. infra). Le droit d'auteur ne s'applique qu'aux créations de l'esprit qui constituent des formes originales.

L'originalité se définit traditionnellement comme la marque de la personnalité de l'auteur. Toutes les créations qui ne revêtent pas une telle empreinte personnelle ou un "effort personnalisé" se traduisant dans une "structure individualisée" (27), se trouvent écartées de la protection. Donc, tout effort ou tout travail intellectuel n'est pas récompensé par un droit d'auteur, alors que le droit de la proposition Godfrain s'applique à n'importe quel travail intellectuel (voir infra).

En outre, le droit sur la "création réservée" peut subsister même si le travail intellectuel ne débouche sur aucune création de forme. A l'inverse, le droit d'auteur exige la présence d'une forme, ce qui veut dire que les idées, concepts, procédés intellectuels, etc. ne sont pas protégés. Ce principe central du droit d'auteur assure l'indispensable équilibre entre les droits du public (ou des concurrents) et le droit de l'auteur. Le fait qu'il ne soit pas repris dans la proposition Godfrain témoigne de ce que la balance des intérêts penche ici nettement en faveur du titulaire du droit intellectuel.

De quelques différences de principe entre droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. A l'instar du droit de la concurrence déloyale, le droit de la propriété intellectuelle assure la régularisation juridique du jeu de la concurrence. Mais le mode de cette intervention juridique diffère : plutôt que de policer les conduites des joueurs, la propriété intellectuelle définit des zones de hors-jeu. Alors que la concurrence déloyale et parasitaire vient apporter un correctif au jeu de la libre concurrence, les droits intellectuels introduisent des exceptions à la libre copie.

Il paraît important de distinguer la protection directe par la reconnaissance d'un droit de propriété sur un objet immatériel de la protection indirecte garantie par l'action en justice en vue de faire sanctionner un comportement préjudiciable. Le droit des biens immatériels suppose un objet suffisamment bien défini, aux contours discernables ; le droit de la responsabilité, sur lequel repose le droit de la concurrence, est invoqué à l'encontre d'une conduite dont le caractère dommageable devra être établi. Dans le premier cas, celui qui actionne dispose d'un droit subjectif pré-défini ; dans le second cas, le demandeur tend à

obtenir une protection pour un intérêt qu'il considère comme légitime et préjudiciable. En d'autres termes, l'action en contrefaçon est la sanction de la violation d'un droit privatif, alors que "l'action en concurrence déloyale est la sanction d'un devoir, celui de se conformer aux usages loyaux du commerce" (28) et de ne pas faire un usage abusif de la liberté du commerce" (29).

Dans un célèbre arrêt relatif à la photocopie d'un dictionnaire dialectal tombé dans le domaine public, la Cour de cassation française a clairement affirmé que "l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif" (30). On s'accorde pour reconnaître l'utilité du droit de la concurrence, en tant que mode de protection de créations qui, faute de satisfaire aux conditions requises (originalité, nouveauté, etc.) ne peuvent bénéficier des systèmes de protection légalement organisés : songeons, à titre d'exemples, à des annuaires, des dictionnaires, des photographies techniques, des cartes de géographie, des créations de mode, etc.

Par ailleurs, c'est le droit de la concurrence déloyale (s. 1) qui, du fait de son caractère flexible, lié à sa nature essentiellement jurisprudentielle, est le mieux à même d'opérer l'équilibre entre une liberté et des droits privatifs.

Certes, l'on peut regretter que, dans son état actuel, ce droit ne permette pas de lutter efficacement contre le parasitisme. Mais des aménagements sont concevables (voir infra).

Certes, ce droit trace une limite toujours mouvante, et l'on pourrait dès lors s'inquiéter du manque de sécurité juridique de cet instrument de régulation de la concurrence utilisant des notions souples (déloyauté, faute, comportement parasitaire, etc.). L'on pourrait de même redouter le pouvoir discrétionnaire laissé au juge. D'autant que la protection n'est acquise qu'oposteriori, à l'issue d'une procédure contentieuse, éventuellement assez longue. Mais, à nos yeux, cette fragilité ne justifie nullement l'introduction d'un nouveau droit intellectuel, qui, à l'instar du droit sur les "créations réservées", apporterait sans bornes et empièterait largement sur le domaine de la liberté publique, ce qui risque précisément d'augmenter, de manière bien plus sensible encore, l'insécurité des entrepreneurs : en effet, toute initiative nouvelle (choix d'une formule promotionnelle, d'une solution commerciale, d'un thème publicitaire, recours à un fichier, etc.) pourra, à tout moment, être attaquée en justice par celui qui, le premier, se sera contenté d'apposer le sigle de réservation sur le support matériel d'une telle idée.

II. Analyse des conditions et du régime de la protection des "créations réservées"

A. Le précédent de la proposition de directive sur les banques de données

Les banques de données apparaissent, à l'article 3 de la proposition Godfrain, comme le premier exemple de créations susceptibles d'être réservées. De plus, à l'appui de sa proposition de loi, le sénateur Godfrain invoque, dans l'exposé des motifs, la proposition de directive européenne concernant la protection juridique des banques de données (31).

On rappellera que la Commission des Communautés propose d'octroyer au créateur d'une base de données le droit exclusif d'empêcher l'extraction déloyale du contenu de sa base de données à des fins commerciales. Il s'agirait d'un droit exclusif, opposable à tous, d'une durée de dix ans portant sur le contenu de la base de données (à condition que ce contenu ne soit pas protégé par un droit d'auteur ou des droits voisins). Ce droit serait en outre soumis à diverses exceptions et licences non volontaires.

Il est indéniable que cette initiative de la Commission européenne a partiellement inspiré la rédaction du projet de M. Godfrain.

La proposition de directive et la proposition de loi font toutes deux référence à la nécessité de lutter contre les comportements déloyaux de parasitisme et d'appropriation du travail d'autrui, tous risques dont les nouvelles techniques de production et de traitement des données accroissent l'éventualité.

Dans les deux cas, il s'agit d'un droit qui s'applique aux œuvres ou créations qui ne sont pas protégées par un droit de propriété intellectuelle existant ; dans les deux cas, la durée prévue serait de dix ans.

Malgré ces quelques ressemblances, l'argument tiré de l'existence de cette proposition de directive pour tenter d'asseoir la légitimité de la proposition de loi appelle certaines réserves.

D'une part, le droit exclusif prévu par la proposition de directive a un objet bien délimité : le contenu (non original) d'une base de données (32).

Par ailleurs, le droit exclusif prévu par la proposition de directive est limité dans sa portée : il ne vise que l'extraction et la réutilisation du contenu (33).

A l'inverse, la proposition de loi entend créer un droit exclusif beaucoup plus large, qui permet

trait d'interdire aux tiers toute exploitation de la création réservée.

B. La proposition Godfrain : création d'un nouveau droit intellectuel

La proposition de loi vise à instaurer un "droit d'exploitation exclusif, temporaire et opposable à tous" (art. 2). On retrouve la définition et les traits caractéristiques (exclusivité et opposabilité erga omnes, d'une part, caractère temporaire, d'autre part) de tout droit intellectuel.

Articles 1er à 4 : conditions de la protection. Sur ce plan, le régime de protection se rapproche des droits de propriété industrielle outre les conditions de fond, une formalité doit être respectée.

a) Conditions de fond

L'objet de la protection peut se définir négativement, par rapport aux régimes protecteurs existants, et positivement, eu égard aux critères imposés par la proposition de loi.

La protection est étendue puisqu'elle couvre toutes les créations qui ne sont pas protégées par un droit d'auteur, un droit de dessins et modèles ou un brevet (ou encore par un droit connexe portant sur des connaissances techniques, tel que le droit sur les produits semi-conducteurs et le droit d'obtention végétale). On peut dire, pour faire bref, que ce sont les créations non originales et non nouvelles (au double sens du droit des dessins et modèles et du droit des brevets) qui sont protégées. L'article 2 de la proposition exclut la possibilité d'un cumul avec les modes de protection prévus aux livres Ier, V et VI du code de la propriété intellectuelle. Mais, en pratique, le nouveau régime autorisera souvent un enchevêtrement de protections. On pourra, par exemple, détenir, à côté du brevet portant sur l'invention proprement dite, un droit exclusif nouveau sur le savoir-faire technique "entourant" le brevet, l'on additionnera un droit sur la topographie d'un produit semi-conducteur et un droit nouveau sur les circuits électroniques, l'on se prévendra simultanément d'un droit d'auteur sur la sélection et/ou l'arrangement d'une base de données et d'un droit nouveau sur cette même base de données (34), etc.

De plus, compte tenu de l'énoncé vague du critère et en l'absence de condition relative à la forme, toutes les idées sous-jacentes à des créations de forme protégées par le droit d'auteur bénéficieront de la protection. Il y aura donc, pour les œuvres littéraires et artistiques classiques, cumul de protections, la forme étant protégée par le droit d'auteur et l'idée par ce droit nouveau.

Le problème soulevé ici par la proposition Godfrain n'est pas celui de l'intersection partielle entre deux droits intellectuels (35), mais celui de la complète superposition du nouveau droit à tous les régimes existants. En somme, c'est à un bouleversement complet de la systématique des droits intellectuels que l'on risque d'assister.

Plus positivement, comment se définit le critère de protection ?

De l'exposé des motifs, on déduit que "toute œuvre de l'imagination ou de l'industrie humaine [...] susceptible d'exploitation à des fins lucratives" est protégée. Donc, toute valeur patrimoniale semble pouvoir bénéficier de la protection envisagée. A moins que l'article 1er ajoute un critère. À lire cette disposition, la création devrait résulter "d'un travail intellectuel". Mais quels sont les "indices" de ce travail de l'esprit ? On reste perplexe à la lecture du texte proposé.

Il paraît seulement acquis que le critère de protection est moins élevé que celui auquel sont subordonnées les droits intellectuels classiques, droit d'auteur y compris (cf. supra).

Il est également sûr que la protection n'entend pas conférer un intérêt moral ou extra patrimonial. L'article 1er parle effectivement de création "constitutive d'un intérêt patrimonial" et l'exposé des motifs prend le soin de préciser que l'avantage de la proposition est d'introduire une protection "sans droit moral".

On en conviendra : l'objet de ce droit n'a pas des contours nets. De plus, l'extension quasi illimitée des objets susceptibles d'une telle appropriation (voir la longue liste, seulement indicative, de l'article 3, à composer avec l'art. L. 112-2 du Code de propriété intellectuelle) montre que l'objectif d'un tel régime est plutôt de garantir l'accaparement d'une clientèle.

Le régime prévu aboutit à faire de la clientèle un bien et à créer, de cette façon, un droit exclusif sur la clientèle. Par voie de conséquence, il est en mesure de faire obstacle à la concurrence elle-même. Or, en dehors de monopoles étroitement conçus par la loi, il ne saurait être question de limiter la concurrence elle-même, c'est-à-dire le droit de se disputer une clientèle, à moins d'user de moyens déloyaux. Si les objectifs poursuivis par la loi requièrent l'intronisation de catégories inédites de propriété intellectuelle, ce qui reste à démontrer, du moins ces droits doivent-ils être conçus de manière limitée.

Une critique fondamentale que l'on peut adresser à ce projet est qu'il tente d'avoir un champ d'application beaucoup trop large. Aussi longtemps que l'on n'entendrait viser que les

banques de données, circuits électroniques, photographies, numérisation d'images ou de sons, compilations et formes utiles, l'idée de faire bénéficier ces créations d'une certaine protection par un droit exclusif peut, dans une certaine mesure, se justifier. C'est précisément l'un des objectifs de la proposition de directive sur les banques de données, qu'à cet égard, nous pouvons soutenir (36).

Par contre, viser également des créations immatérielles et informelles comme le savoir-faire, les solutions commerciales, les méthodes administratives ou les formules promotionnelles, ne nous semble ni souhaitable ni praticable, d'autant plus que la liste du projet de loi n'est pas limitative.

On confond, semble-t-il, deux catégories : d'un côté des créations de forme non originales, de l'autre des créations sans forme (37).

Cette confusion s'explique sans doute par le fait que ces deux catégories de "créations" ont ceci de commun que ni l'une ni l'autre, en l'état actuel du droit positif, ne bénéficient de la protection d'un droit exclusif (38). Cependant les raisons de cette absence constante de protection via un droit exclusif diffèrent : dans un cas, c'est parce qu'il n'y a pas originalité au sens du droit d'auteur (ou nouveauté au sens du droit des brevets) de la forme donnée à l'œuvre ou à l'invention. De l'autre, c'est plus fondamentalement parce que la création en question n'a pas été introduite dans une forme.

Absence de forme d'un côté, existence d'une forme non originale de l'autre : dans les deux cas, on se retrouve rejeté du bénéfice des protections légales existantes, et c'est ce qui explique que désespérément on cherche à créer une nouvelle protection.

Mais autant il peut être justifié, sous réserve des objections soulevées dans la première partie de cette étude, de vouloir protéger par un droit exclusif des créations de forme non originales, autant il nous semble à la fois contestable et impraticable de vouloir faire de même pour de pures constructions intellectuelles, voire (puisque la liste n'est pas exhaustive) pour des idées elles-mêmes.

b) Formalités

Par rapport au droit des brevets, les formalités exigées sont minimales : elles s'apparentent plutôt au système de la mention de réserve, qui conditionnait antérieurement la protection par le copyright et qui est prévu par la Convention universelle de Genève sur le droit d'auteur (art. 3). Selon l'article 4 de la proposition, "le droit exclusif d'exploitation s'établit par un signe distinctif de réservation apposé sur la création protégée. Ce signe com-

porte les initiales C/R, le nom du titulaire et la date de la réservation sous la forme jour, mois, année". S'agit-il d'une condition de validité du droit ou d'une simple condition en matière de preuves ? Tel que formulé (le droit "s'établit"), le texte ne permet pas d'y répondre de manière définitive.

Un problème supplémentaire résulte de ce que la protection semble se rapprocher du brevet, en ce que même la création indépendante pourra être interdite. En revanche, on sait que le droit d'auteur permet de s'apposer à la copie, mais pas à une création similaire ou identique, dès lors qu'il est prouvé - ce qui peut s'avérer, bien entendu, très difficile - qu'elle a été réalisée de manière indépendante par un autre auteur. L'étendue de la protection du brevet est contrebalancée par l'obligation de publication : tout le monde est censé avoir pu prendre connaissance des inventions revendiquées. Mais aucune forme de publicité similaire n'est prévue par la proposition Godfrain.

Dès lors, l'on peut imaginer le cas d'un entrepreneur qui, à Bordeaux, a fourni un certain travail intellectuel et a conçu une nouvelle forme de distribution à domicile, par exemple un "service anniversaire", comportant l'envoi du gâteau, des bougies, d'un accompagnement musical, etc. Si ce fournisseur de service a pris le soin de se réserver sa création commerciale par l'apposition du sigle, aucun concurrent ne pourra exploiter celle-ci, sauf autorisation et rémunération équitable (voir infra art. 7 et 8). Oui plus est, celui qui, de manière indépendante, et éventuellement antérieurement, a mis au point à Lille la même formule de service anniversaire à domicile sans se la réserver, pourra, si l'on comprend bien le texte de M. Godfrain, se voir interdire toute exploitation par le titulaire du droit nouveau.

Article 5. Cet article précise que le bénéficiaire de la protection est le créateur. On est cependant surpris de lire que le producteur, tout comme le concepteur (39), peut être considéré comme créateur. Le producteur est par ailleurs défini comme "la personne physique ou morale qui a assumé les coûts de recherche, d'étude, ou de réalisation de la création réservée". On s'écarte à nouveau du droit d'auteur, basé sur le principe selon lequel l'auteur, et donc le titulaire originnaire des droits, est la personne physique qui a créé l'œuvre.

Article 6. Cet article est relatif à la durée de la protection. Il prévoit que le droit exclusif a une durée de dix ans, qui court à partir de la date de réservation.

Le délai proposé s'inspire assurément de la

proposition de directive sur les bases de données, laquelle s'aligne ici sur les règles relatives à la protection des catalogues dans les pays scandinaves (40). On observera que le point de départ de la durée de protection (et donc de la protection elle-même) est la réservation, effectuée par l'apposition du signe distinctif "C/R". L'apposition de ce signe semble donc être une formalité substantielle plutôt qu'un moyen de preuve.

Dès lors, aussi longtemps que le concepteur ou le producteur n'ont pas accompli cette formalité, la création ne bénéficierait pas de la protection prévue (41).

Une question importante se pose ici : le projet ne prévoit pas que cette durée puisse être prolongée, par exemple en cas de modification substantielle de la création.

Mais toute nouvelle apposition du signe "C/R" fera, semble-t-il, courir un nouveau délai. Comment une telle règle s'appliquerait-elle aux créations, qui sont continuellement mises à jour (notamment les banques de données) ? En apposant sur la base de données une nouvelle date de réservation lors de chaque mise à jour, le titulaire ne bénéficierait-il pas d'une protection sans fin ?

En outre, pour les créations qui ne sont pas incorporées à un support matériel, comment calculerait-on ce délai ? A titre d'exemple, un savoir-faire pourrait, selon le projet, exister sous différentes versions, avec pour chaque version une date de réservation différente, de sorte que le "savoir-faire version 3.0" pourrait être dans le domaine public alors que le "savoir-faire version 3.1" ne pourrait être exploité que moyennant autorisation. Pratiquement, comment l'utilisateur d'un savoir-faire pourra-t-il s'y retrouver (et découvrir par ailleurs qu'il utilisait un savoir-faire que quelqu'un avait réservé) ?

A nouveau, cela indique, nous semble-t-il, la difficulté résultant de la volatilité d'ancre un droit exclusif d'exploitation sur des créations informelles ou "non formalisées".

Article 7. Cet article est une disposition-clé du projet. C'est sa première phrase qui appelle des commentaires : "le fait pour un tiers d'exploiter la création réservée sans autorisation de son titulaire constitue un comportement parasitaire".

A aucun endroit, la notion d'exploitation n'est définie par le projet.

La formulation utilisée est étonnante : il n'est pas dit clairement que "toute exploitation de la création réservée est soumise à autorisation", ce qui eût été une approche plus classique. L'exploitation sans autorisation est simplement qualifiée

de "parasitaire", mais le projet n'attache aucun effet particulier à cette qualification, ce qui rapproche cette disposition d'une sorte de pétition de principe plutôt que d'une disposition légale contraignante.

A notre connaissance, la notion de parasitisme est ici, pour la première fois, expressément reprise dans un texte de loi.

Malgré une formulation un peu ambiguë, il semble que l'objectif de l'article 7 soit d'asseoir le caractère exclusif du droit d'exploitation accordé au titulaire.

Article 8. Cet article introduit la confusion dans le système prévu par le projet. Alors que les articles précédents, et notamment l'article 7, parlent d'un droit d'exploitation qui serait exclusif, l'article 8 semble prévoir un simple droit à rémunération.

En effet, cet article instaure apparemment un système de licence non volontaire. Sa formulation ("l'autorisation d'exploitation est donnée...") donne à penser que cette autorisation d'exploitation devra être donnée. La "rémunération équitable" (42) est fixée par les parties, ou, à défaut d'accord, par le juge. Cette fixation emporte l'autorisation d'exploitation.

En définitive, tout tiers intéressé, à condition de payer la rémunération équitable, aurait le droit d'exploiter la création "réservée".

Dès lors que, en dernier recours, le juge se trouverait dans l'obligation de fixer le montant d'une rémunération "équitable", il s'agit ici d'un mécanisme qui irait bien au-delà d'un simple contrôle par les juridictions des éventuels abus de position dominante que commettraient, en infraction aux règles du droit de la concurrence, les titulaires du droit "exclusif" d'exploitation" (43).

Articles 9 à 15. Ces articles traitent des questions de procédure (compétence juridictionnelle, qualité pour agir, requête en désignation d'expert, saisies, sanctions pénales, confiscation etc.). On ne s'y attardera pas car ils ne soulèvent pas, nous semble-t-il, de véritables questions de principe, même s'ils pourraient poser des problèmes pratiques.

Néanmoins l'article 14, relatif aux sanctions pénales, propose, pour "quiconque intentionnellement et au mépris des droits du créateur, aura exploité directement ou indirectement, sans autorisation, une création réservée", une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans et une amende de 6 000 à 120 000 francs. On peut se demander si, dans le cadre de dispositions pénales, l'exploitation même indirecte, qui se trouve sanctionnée, n'est pas une notion trop vague.

Même si l'on doit prouver l'intention et la méconnaissance des droits du titulaire, n'est-il pas excessif d'emprisonner un fabricant qui aurait, pour ses activités, "exploité indirectement" un savoir-faire qu'un "titulaire" avait voulu se réserver, mais qui, selon lui, relevait plutôt du domaine public ? Comment le juge pourra-t-il décider s'il s'agit d'un savoir-faire réservé ou d'une connaissance relevant du domaine public ? La distinction sera délicate, et il semble contestable de faire dépendre de la réponse qui y sera apportée des peines correctionnelles importantes. De même qu'en sera-t-il si ce fabricant peut apporter la preuve qu'il a lui-même, de manière indépendante, développé et mis au point ce même savoir-faire ? Selon la proposition, il semble que cela ne constituerait pas un moyen de défense : c'est le premier qui aura accompli la formalité de réservation qui deviendra titulaire du droit exclusif d'exploitation, le second étant réduit à lui verser une rémunération équitable pour pouvoir également exploiter ce même savoir-faire (44).

C. La proposition Desjeux : consécration législative de l'abus du droit de libre concurrence

Considérant qu'il n'est pas opportun de multiplier les droits de propriété intellectuelle alors que l'on s'efforce de réaliser la libre circulation des marchandises et services au niveau européen, la proposition de X. Desjeux entend combattre l'intensification de la piraterie, aboutissant à "une situation d'injustice et un désordre inacceptable", en entérinant, dans un texte législatif, la jurisprudence dominante de la Cour de cassation française (45). Le projet de loi ne vise pas à sanctionner "l'atteinte à un droit privatif, mais un comportement [...] anormal, généralement immoral" (46) et de nature à causer un trouble économique inacceptable.

Comme on le voit, l'objectif affiché est de codifier la jurisprudence basée sur le droit commun de la concurrence.

Mais la proposition va plus loin : elle entend lever l'hypothèque qui a, jusqu'ici, empêché la responsabilité civile de réprimer correctement le phénomène de la copie, à savoir le principe de la liberté de copie (47). En effet, il résulte de la liberté de copie que la simple similitude entre prestations n'est pas un acte de concurrence déloyale, en l'absence de circonstances déloyales. L'article 1er de la proposition Desjeux entend obvier à cette conclusion : selon cette disposition, la reprise non autorisée de la prestation d'autrui "constitue un abus de la liberté du commerce et de

l'industrie dont la victime est fondée à demander réparation". C'est mettre explicitement une limite légale à la liberté de commerce. Faut-il le faire dans un texte législatif ? Nous avons montré (supra point I) que le principe du respect de l'égalité constitue en lui-même une limite à la libre concurrence qui peut justifier la sanction du parasitisme. On admettra toutefois qu'il peut s'avérer plus efficace de consacrer cette limite dans un texte de loi.

L'article 1er ne se contente pas de limiter la liberté de commerce, il opère un renversement du principe de la liberté de copie, en ce sens que le fait de copier ("de reprendre, dit le texte, pour exploiter à d'autres fins que l'usage privé") la prestation d'autrui est en soi constitutif de faute. On se demandera ici si le texte ne va pas trop loin compte tenu du fait que la copie, ainsi que nous l'avons vu, est parfois légitime, car à la source d'améliorations.

Pour le reste, l'objet qui ne peut être copié, c'est-à-dire "la prestation d'autrui", est défini à l'article 2 comme "l'effort imaginatif d'autrui lorsqu'il est individualisé et constitue une valeur économique". Le commentaire précise que l'idée commerciale constitue l'exemple même de l'objet de la protection. On le voit : il s'agit plutôt de protéger une valeur économique qu'une création intellectuelle.

Encore faut-il que cet objet ne soit pas brevetable ou protégé par un autre droit intellectuel. Comme dans la proposition Godfrain, on veille à éviter le cumul de protection.

Une différence fondamentale sépare toutefois les deux propositions : alors que la proposition Godfrain instaure un droit exclusif (48) et bien armé (49), le droit sur la prestation n'est, dans le système de la proposition Desjeux, qu'un droit à rémunération équitable (dont le montant, à défaut d'accord entre parties, est fixé par voie de justice). Seule la reprise de la mauvaise loi peut donner lieu à une interdiction judiciaire d'exploitation et l'obligation de réparer l'entier préjudice (art. 3). Afin de pouvoir interdire l'exploitation, celui qui se prévaut d'une prestation devra par conséquent établir la mauvaise loi du tiers qui s'en est emparé.

La proposition consacre de plus indirectement sur le modèle du "right of publicity" américain, une sorte de droit d'exploitation des attributs de la personnalité. Conformément à l'article 4, l'exploitation non autorisée de la personnalité ou notoriété peut être interdite et donner lieu à réparation. Il faut voir là une bonne illustration de la patrimonialisation croissante de ces droits de la personnalité (à ce point qu'une récente "chronique de propriété intelle-

lectuelle" entend couvrir ces droits de la personnalité (50).

III. Quelques observations de droit européen

Sans pouvoir, dans le cadre de cette étude, faire un examen détaillé de la conformité du projet par rapport au droit européen, il nous semble qu'à tout le moins quelques questions peuvent être posées :

- Est-on certain que le droit exclusif proposé par le projet bénéficierait de l'exemption de l'article 36 du Traité de Rome, lequel, même s'il parle en termes généraux de "propriété industrielle et commerciale", doit être interprété restrictivement ? Les dispositions nationales qui se revendiquent de cette disposition doivent rester proportionnelles, et la Cour de Justice examinera si la mesure est réellement nécessaire, c'est-à-dire s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens utilisés et le but visé, et si celui-ci ne peut être atteint par des mesures moins restrictives (51).

- Par ailleurs, la réglementation nationale ne peut constituer un moyen de restriction déguisée ou de discrimination arbitraire ; tel serait le cas par exemple si la mesure en question s'applique différemment selon l'origine nationale ou non du produit ou du titulaire du droit (52). Or, selon les informations disponibles, il semble que l'intention du projet soit d'en réserver le bénéfice aux productions nationales ou aux ressortissants français ; ne serait-ce pas assurément incompatible avec le droit communautaire, et notamment avec le principe général de non-discrimination de l'article 7 du Traité ?

- Comment, s'agissant, ainsi qu'il a été dit, d'un droit exclusif dont les prérogatives sont étendues mois dont les contours sont flous, pourra-t-on définir ce qui relève de "l'objet spécifique" ou de la "fonction essentielle" de ce droit ? Et comment la Cour de Justice pourrait-elle exercer son contrôle ? Comment fonctionnerait par ailleurs dans ce cadre, l'épuisement du droit ?

- Au vu de la jurisprudence récente du Tribunal de première instance des Communautés sur la compatibilité entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, et notamment de l'affaire Magill, dans laquelle le Tribunal (dans la décision a fait l'objet d'un recours) tente d'imposer un contrôle renforcé de l'exercice des droits exclusifs de propriété intellectuelle au regard des objectifs du Traité et notamment de l'article 86, ne doit-on pas craindre que l'exercice du droit exclusif proposé par le projet Godfrain ne soit, dans de nom-

breux cas, susceptible d'être considéré comme un abus de position dominante ? Si le Tribunal a pu pousser assez loin ce raisonnement, en renforçant la prééminence des objectifs de la libre concurrence par rapport à un droit aussi établi, généralisé et traditionnel que le droit d'auteur, ne serait-ce pas a fortiori ce qui se passera dès lors qu'il s'agirait d'un droit nouveau, sui generis, qui n'existerait que dans un Etat membre, et qui aurait une portée aussi large ?

Il ne semble pas que les contraintes imposées par le droit communautaire aient été clairement perçues ni prises en compte par les initiateurs du projet français (à l'inverse, peut-être, du projet de M. Desjeux, dont l'une des intentions est, selon l'exposé des motifs, de ne pas entraver la libre circulation des marchandises)

Conclusions

Dans un article de synthèse (53), F.-K. Beier soulignait la nécessité d'entreprendre au niveau européen l'harmonisation de la concurrence déloyale, tout en mettant en garde contre les tendances protectionnistes traversant ce droit.

La proposition Godfrain, se situant sur le plan de la propriété intellectuelle, ne va pas dans le sens d'une harmonisation européenne, puisqu'elle crée une spécificité française. De plus, cette proposition traduit un souci protectionniste, en ce qu'elle cherche en définitive à protéger radicalement les entrepreneurs de la concurrence en général, non pas seulement de ses excès.

Si la proposition de loi apparaît comme une mauvaise solution, il n'en demeure pas moins qu'un "vrai" problème subsiste : l'accroissement considérable du parasitisme que les développements technologiques ont rendu possible. En témoignent les multiples et pressantes demandes de protection de la part des milieux industriels. Quelles solutions peut-on envisager en priorité ? Trois pistes s'offrent à nos yeux.

Il pourrait tout d'abord s'avérer justifié d'introduire un nouveau droit privatif pour une classe bien déterminée de créations intellectuelles (à l'instar de ce que propose la Commission des CE en matière de banques de données). Ou, à tout le moins, de couper sur mesure un droit intellectuel existant, afin de l'adapter au plus près d'une création particulière (à l'image du droit d'auteur pour les programmes d'ordinateur). Mais instaurer un droit général nouveau pour un ensemble extrêmement large et hétéroclite de créations ne paraît nullement opportun. A tout le moins, à supposer qu'on instaure un nouveau mode de protection, s'il

est concevable d'abandonner la condition d'originalité, il ne nous semble par contre pas souhaitable - à supposer que ce soit possible - de supprimer, comme le fait le projet Godfrain, l'existence d'une forme. De plus, il faudrait alors qu'une nouvelle condition soit prévue, et soit suffisamment "discriminante" pour ne pas aboutir à un régime où tout travail intellectuel deviendrait protégeable par un droit exclusif, ce à quoi risque d'aboutir le projet Godfrain. Enfin, si la condition retenue est plus facilement remplie que l'originalité ou la nouveauté, il faut, très logiquement, que la protection à laquelle elle donnerait accès soit moins puissante que les protections légales actuelles, ce sur quoi le projet Godfrain, dans ses articles 7 et 8, est ambigu.

Si l'on choisit la voie d'un droit sui generis bien délimité (pour des photographies non originales par exemple, à l'instar de ce qui existe en Allemagne), le problème de la protection internationale, qui constitue une lacune supplémentaire dans le système de la proposition Godfrain, subsiste toutefois, car, en l'absence d'une Convention internationale, un tel droit ne sera jamais protégé à l'étranger. La tentation serait donc très grande pour le concurrent (français ou non) du titulaire d'un tel droit (en France) de produire à l'étranger. L'effet de "délocalisation", induit, le cas échéant, par un tel droit sui generis, est à prendre en considération. On conviendra toutefois que l'argument peut être retourné, puisque l'existence d'un tel système de protection est peut-être de nature à attirer certains entrepreneurs (en France).

Une deuxième possibilité consiste à étendre le champ de la contrefaçon des droits intellectuels existants.

Prenons un exemple tiré du droit des marques. Le droit des marques Benelux permet sans doute plus facilement que le droit français des marques de lutter contre certaines formes de parasitisme de l'image d'une entreprise. En effet, la règle de la spécialité de la marque empêche le titulaire de la marque d'obtenir réparation à l'encontre de ceux qui utilisaient le sigle, le logo, etc. pour d'autres classes de produits que celles visées par le dépôt. La théorie des marques notaires et de haute renommée, basée sur l'article 1382 du Code civil, a été développée en France de manière à viser ces hypothèses ; par la réforme du 4 janvier 1991, le législateur français a fait prendre en charge par le droit des marques lui-même cette protection (voir art. 16 devenu L. 713-5 du CPI). En Belgique, l'article 13, A, 2° de la loi uniforme Benelux sur le droit

des marques (54) a pour effet d'étendre le champ de protection de la marque à toutes les atteintes par un tiers qui veut bénéficier de la renommée du titulaire de la marque pour des activités sans rapport avec les produits ou services du titulaire de la marque. La jurisprudence considère que le risque d'association (à distinguer du risque de confusion), c'est-à-dire le rapprochement risquant de se produire dans l'esprit de la clientèle, constitue un préjudice suffisant. Par ce biais, on peut lutter contre les pratiques consistant à rapprocher les conditionnements, les présentations externes, les étiquettes, etc. des mêmes caractéristiques des produits leader, en les distinguant toutefois suffisamment pour qu'il n'y ait ni contrefaçon, ni concurrence déloyale par confusion.

De lege ferenda, l'on pourrait imaginer d'autres extensions des formes de contrefaçons classiques, qui incorporeraient des hypothèses réglées, à défaut, par le recours à la concurrence (déloyale ou parasitaire). N'y a-t-il pas là une voie préférable à celle de la création d'un nouveau droit intellectuel ?

Mais cette solution ne suffit certainement pas.

Une réponse complémentaire se trouve du côté de la concurrence déloyale. Contrairement à certains droits étrangers, notamment au droit belge, le droit français de la concurrence n'est régi par aucun texte spécifique, mais uniquement par les principes de la responsabilité civile (art. 1382 et 1383 du Code civil). En Belgique, ce droit repose également sur les règles de la responsabilité civile, mais il a été consacré dans une loi spéciale, la loi sur les pratiques de commerce (loi du 14 juillet 1991 venue abroger la loi du 14 juillet 1971). Cette loi prévoit une action spéciale, l'action en cessation (art. 95), permettant d'obtenir interdiction des comportements "contraires aux usages honnêtes en matière commerciale".

Une telle action en cessation n'existe pas en France. Mais la victime de la concurrence déloyale peut toutefois demander au juge du référé de faire cesser le trouble engendré par les actes déloyaux. Encore faut-il qu'il prouve le trouble manifestement illicite et l'imminence d'un dommage (55). Il nous paraît que de telles conditions rendent peut-être l'action en référé plus difficile que l'action en cessation existant en Belgique (qui ne nécessite pas l'urgence). L'essentiel est de pouvoir bénéficier d'une action en cessation qui soit indépendante de la preuve de la faute et du dommage. La consécration légale du droit d'agir à l'aide d'une action spéciale peut faciliter la sanction de la déloyauté constitutive de certains actes

de copie.

Compte tenu de ces raisons, il nous semble en définitive que, plutôt que de se tourner vers la propriété intellectuelle, l'on a besoin, au niveau international comme national, d'une reconnaissance explicite "du fait que la concurrence déloyale (sensu lato) s'étend(e) à certaines formes d'appropriation abusive des idées d'autrui" (56)

(1) Proposition de loi relative à la protection des créations réservées, Assemblée Nationale, Neuvième législature, Seconde session ordinaire 1991-1992, n° 2858 ; reproduit in DIT, 1992/3, p. 91-93.

(2) Exposé des motifs.

(3) Desjeux, La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique (Esquisse d'un projet de loi), in Gazette du Palais, 16 et 17 décembre 1992, doctrine, p. 28-30.

(4) Voir loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (en abrégé CPI).

(5) Cass. civ. 2, 18 janvier 1984, arrêt n° 78 Voir encore : B. Goldman, La liberté du commerce dans les pays développés, in G. Farjat et B. Remiche (éd.), Liberté et droit économique, Bruxelles, De Boeck, 1992, p. 87-110. Ceux qui jugent le décret d'Allarde abrogé considéré cependant que la liberté du commerce et de l'industrie doit être comptée parmi les principes généraux du droit.

(6) J.-J. Burst, Concurrence déloyale et parasitisme, Paris, Dalloz, 1993, p. 9. Il est en effet de "l'essence de la concurrence que chaque participant examine constamment les produits et services de ses rivaux pour savoir s'il doit créer les mêmes produits ou prévoir des variantes qui en augmenteraient la valeur aux yeux de certains clients" (W. Cornish, Nouvelles technologies et naissance de nouveaux droits, in L'avenir de la propriété intellectuelle, Paris, Librairie Technique, 1993, p. 13).

(7) M. Buydens, La sanction de la "piraterie de produits" par le droit de la concurrence déloyale, in J.T., 1993, p. 119 ; F. Gotzen, De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten, in J. Stuyck et P. Wytinck (éd.), De nieuwe wet handelspraktijken, Bruxelles, Story Scientia, 1992, p. 262.

(8) J. Azema, Le droit français de la concurrence, Paris, PUF, 1989, p. 98.

(9) A. Vander Haeghen, Partage des droits intellectuels en propriété industrielle et en droit d'auteur, in Ing. Cons., 1954, p. 193.

(10) Observations sous Prés comm Bruxelles,

29 décembre, 1947, Ing.-Cons., 1948, p. 223. Dans le même sens, Th. Smolders en parle comme d'un "droit essentiel à la vie et au progrès. La copie même servile en soi ne peut en ce cas constituer une faute" (cité in E. Ulmer, G. Schricker R. B. Fancq et D. Wunderlich, La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté économique européenne, Paris, Dalloz, 1974, t. III/1, Belgique - Luxembourg, p. 398).

(11) N. Diamant, Sans détour : la copie (quasi) servile de publicité est contraire aux usages honnêtes, in RDC, 1992, p. 453.

(12) Trib. Comm. Courtrai, 14 juillet 1983, Ing.-Cons., 1984, p. 171.

(13) W. Cornish, op. cit., p. 13.

(14) Comm. Namur (cess.), 29 novembre 1990, J.T., 1991, p. 244.

(15) Cf. J. Azema, op. cit., p. 119-120 ("La notion de concurrence parasitaire est assez largement dépourvue d'intérêts pratiques") ; dans le même sens, voir J.-J. Burst, op. cit., p. 3.

(16) Cf. Y. Saint-Gal, La concurrence parasitaire, in RIPIA, 1956, p. 39.

(17) J. Azema, op. cit., p. 114-120.

(18) Trib. Com. Nanterre, 2 décembre 1992, Gaz. Pol., 4-6 avril 1993, p. 19.

(19) A ce sujet, voir par exemple le rapport de J.-M. Mousseron, Entreprenisme parasitisme et droit, in J.C.P., éd. E, 1992, p. 15-25.

(20) A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, Paris, Litec, 1975, p. 248.

(21) M. Guydens, op. cit., p. 123.

(22) J. Azema, op. cit., p. 121. Dans le même sens M. Buydens, op. cit., p. 120 et s.

(23) En ce sens : D. Linotte, Principes d'égalité, de liberté, de commerce et d'industrie et droit de la concurrence, in J.-M. Rainaud et R. Cristini (sous la dir.), Droit public de la concurrence, Paris, Economica, 1987, p. 9 et s., spécialement p. 17.

(24) P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle, Paris, Sirey, 1952, t. 1, p. 1.

(25) Voir par exemple F. Gotzen, op. cit., p. 263.

(26) Ibidem, p. 263.

(27) Cass. Ass. plén., 7 mars 1986, RIDA, juillet 1986, n° 129, p. 136 (affaire Pachot).

(28) La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de préciser que "la concurrence est un jeu, qui comme tout autre repose sur une obligation générale de loyauté" (Paris, 4ème Ch., 18 mai 1989, D., 990, 240, Note L. Cadet).

(29) J.-J. Burst, op. cit., p. 2.

(30) Cass., ch. com., 18 janvier 1982, Bull., n° 19, Ann. Prop. Ind., 1982, III, p. 262, J.C.P., éd. G, 1982, IV, p. 123.

(31) COM (92) 29 final

(32) A cet égard, quand la proposition de directive parle du contenu de la base de données, il semble bien qu'il ne faille pas confondre ce contenu avec l'information elle-même : ce qui est visé, ce n'est pas l'information en tant que telle, dans son immatérialité, mais plutôt la forme non originale qui a été donnée à cette information, et qui constitue ainsi "le contenu" de la base de données. A l'inverse, le projet de loi est beaucoup plus large, puisque dans l'énumération des exemples de l'article 3, après diverses créations de forme (banques de données, circuits électroniques, photographies), on glisse vers des créations immatérielles (résultats de calculs, savoir-faire, solutions commerciales, etc.)

(33) A nouveau, il semble bien qu'il faille comprendre ces termes comme des opérations "physiques" : il s'agit de reprendre (en le recopiant une partie du contenu et de le replacer ailleurs (en l'insérant dans une oeuvre préexistante, par exemple). Ce droit exclusif n'a pas pour objectif d'empêcher l'accès à l'information, ni d'interdire l'utilisation d'une information en tant que telle.

(34) Le savoir-faire, les circuits électroniques, les banques de données sont en effet cités à l'article 3 comme exemples, parmi beaucoup d'autres, de créations protégées.

(35) Voir par exemple le problème classique, de la délimitation entre le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles.

(36) En ce sens, cf. J.-P. Triaille, "La protection juridique des bases de données", Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 159 et s., également J.-P. Triaille, "La protection des idées par des moyens différents du droit d'auteur, en particulier par le régime juridique de la concurrence déloyale", Rapport sur le droit belge pour les Journées d'études de l'ALAI à Barcelone, octobre 1992, Actes à paraître, ainsi que dans ce cadre notre commentaire de la proposition de directive et du projet de loi français.

(37) On se gardera néanmoins de confondre l'absence de forme et l'inexistence d'un support matériel. A titre d'exemple, un discours improvisé est protégeable par le droit d'auteur, quand bien même il n'y aurait aucun support matériel, dès lors qu'une forme a été donnée à une information. Dans le projet de loi, sauf à considérer que toute création humaine est d'emblée formelle - ce qui est peut-être soutenable au plan philosophique, mais impraticable, nous semble-t-il, au plan juridique - le projet de loi vise bel et bien des créations sans forme.

(38) A ce sujet, cf. notre communication aux Journées d'études de l'ALAI, précitée.

(39) D'après l'article 5, "la qualité de concepteur appartient à la personne physique ou morale qui a réalisé la création réservée sans être rémunérée à cet effet".

(40) Le projet de rapport de la Commission juridique du Parlement européen suggère d'allonger de dix à quinze ans la durée du droit d'empêcher l'extraction déloyale.

(41) Contrairement à ce qui est prévu par la proposition de directive sur les banques de données, et à ce qui existe en matière de droit d'auteur, ce n'est pas la date du 1er janvier consécutive aux faits générateurs qui devrait être prise en compte. Une telle solution serait pourtant plus pratique.

(42) Ce terme est caractéristique des licences obligatoires ou non volontaires.

(43) La difficulté sera grande pour les juges de déterminer par exemple la rémunération équitable due pour l'exploitation d'une "formule promotionnelle".

(44) Si pour les créations réalisées sur un support tangible, l'apposition du signe UC/R ne pose pas de difficultés, pour les créations sans support matériel tels que le savoir-faire, un problème de publicité se pose. Dans un tel cas, selon l'article 4, "un avertissement approprié devra signaler au public la réservation du droit". S'agissant du savoir-faire, est probable qu'il serait souvent difficile, voire impossible, d'apporter la preuve que l'utilisateur connaissait l'intention de réservation du créateur et avait l'intention d'exploiter le savoir-faire malgré l'existence d'un "avertissement approprié". Dans ces hypothèses de création sans support matériel il semble (heureusement) que les sanctions pénales, faute de preuve, seraient rarement applicables.

(45) Voir l'exposé des motifs reproduit in X. Desjeux, La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique, Gaz. Pol., 16 et 17 décembre 1992, p. 29.

(46) Ibidem, p. 30.

(47) M. Buydens, op. cit., p. 120 (qui commente des propositions antérieures de X. Desjeux).

(48) Sous réserve des ambiguïtés de l'article 8 (voir supra).

(49) Commentant cette proposition, Chr. Le Stanck (La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste), observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées", in D., chr., 1993, p. 8) notait qu'elle débouchait "sur un système de protection hybride".

vague, mais violent" (nous soulignons).

(50) Voir A. Bertrand, *Chronique de propriété intellectuelle*, in *Gaz. Pal.*, 14-16 février 1993, p. 2-16.

(51) Cf. notamment aff. 73/84, *Denkavit Futtermittel*, *Rec.*, 1985, p. 1013, et aff. 124/81, *Commission c. Royaume-Uni (lait UHT)*, *Rec.*, 1983, p. 203.

(52) Aff. 50/85, *B. Schlach/Auto Contrôle Technique*, *Rec.*, 1986, p. 1855, aff. 35/87, *Thelford/Fiamma*, *Rec.*, 1988, p. 3585.

(53) F.-K. Beier, *Evolution et état actuel du droit de la concurrence déloyale dans la Communauté économique européenne*, in *Revue internationale de la concurrence*, 1986, p. 4-15.

(54) "Sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile, le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à [...] tout [...] emploi qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait de la marque

ou d'un sigle ressemblant, en des conditions susceptibles de causer un préjudice au titulaire de la marque";

(55) J.-J. Burst, *op. cit.*, p. 208 (renvoyant à *Cass. Com.*, 15 juin 1982, *Ann. prop. ind.*, 1982, p. 266).

(56) W. Cornish, *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens J. Lahore, *The Herchel Smith Lecture 1992: Intellectual Property Rights and unfair Copying: Old Concepts, New ideas*, in *EIPR*, 1992, p. 433: "to recognise and develop a general law of unfair copying is a preferable method for dealing with many of the claims for protection [...], rather than by the creation of an ever-increasing range of property rights". Cette remarque se comprend naturellement mieux dans le contexte du droit anglais, qui ne connaît même pas de droit de la concurrence déloyale (à ce sujet, voir J. Adams, *Unfair Competition: Why a Need is Unmet*, in *EIPR*, 1992, p. 259-261).