

« l'atteinte à la loyauté des pratiques commerciales » :

Mme Nadjiba BADI BOUKEMIDJA

Enseignante Faculté de droit –Ben Aknoun-

Université d'Alger 1

ملخص :

لقد تناولت مختلف التشريعات المساس بالنزاهة في الممارسات التجارية ، أهمها اتفاق تريبس و هو الاتفاق الذي تديره المنظمة العالمية للتجارة و المتعلق بجوانب حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة ، بالإضافة إلى اهتمام المشرع الجزائري بالموضوع ، من خلال القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية . حيث اعتبر هذا القانون أن المساس بنزاهة الممارسات التجارية يتمثل أساسا في بعض الصور العامة و المتمثلة في : التحقير ، خرق الاسرار التجارية و الصناعية ، التطفل و التقليد . و أيضا الصورة الخاصة المتمثلة في المساس بنزاهة الممارسات التجارية عن طريق الاشهار ، و الذي يمكنه أن يتجسد إما في الاشهار المقارن أو الاشهار الكاذب . مع تسليط الضوء على موقف المشرع بخصوص الجزاءات المسطرة على كل صورة من صور التعدي سאלفة الذكر .

Mots clefs : pratiques commerciales , concurrence , concurrence déloyale , dénigrement , violation de secrets , parasitisme , contrefaçon , publicité .

Introduction :

La concurrence est l'âme du commerce, elle nécessite un effort incessant et est, à ce titre, le principal facteur du progrès économique. Sous son aiguillon, l'industriel et le commerçant cherchent à se surpasser et à améliorer constamment les produits offerts au public ¹.

C'est la compétition qui se déroule entre plusieurs opérateurs sur un même marché pour atteindre plus complètement une fin économique : l'offre de produits ou de services qui satisfont des besoins égaux ou proches ou, si l'on préfère, la conquête et la conservation d'une clientèle d'une part de marché. Cette compétition s'exprime dans l'économie de marché qui repose sur le mécanisme de l'offre et de la demande et suppose que les opérateurs économiques disposent d'une certaine marge de liberté. Et s'il est vrai que la lutte concurrentielle est libre et qu'il est donc possible et licite d'atteindre la clientèle d'autrui, cette liberté dans l'exercice de la concurrence n'est pas absolue. La recherche de la clientèle ne doit

pas être placée sous le signe de la déloyauté et si les tribunaux sont amenés à rappeler la liberté pour chaque concurrent d'attirer la clientèle de ses rivaux, c'est toujours sous la réserve de «respecter les usages loyaux du commerce» ².

Dans ce contexte, la notion de captation de clientèle implique, en premier lieu, la constatation que le produit s'adresse à une même clientèle, peu important que le client soit fidèle au départ à un concurrent, seule l'identification qualitative du produit étant de nature à vérifier s'il existe une «amorce» de ressemblance avec le produit concurrent permettant, après que le processus fautif ait été relevé, de vérifier s'il y a eu captation ou tentative de captation de clientèle.

Sur le plan international, l'article 1.2/ de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ³ mentionne parmi les objets de la protection de la propriété industrielle, la répression de la concurrence déloyale en même temps que les brevets, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, le nom commercial, les indications de provenance et les appellations d'origine, et l'article 10 bis de cette convention contient une disposition qui vise expressément à réprimer la concurrence déloyale et la définit comme tout acte contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale et cette définition laisse aux tribunaux et autorités administratives de chaque pays le soin de préciser le contenu de la notion d'«honnêteté commerciale».

L'article 10 bis 3 de la même convention donne trois exemples d'actes qui devront «notamment» être interdits.

Ces exemples ne constituent pas une liste exhaustive mais représentent plutôt le niveau de protection minimale que tous les Etats membres doivent assurer. Les deux premiers «faits de nature à créer une confusion et allégation de nature à discréditer un concurrent» relèvent en quelque sorte du domaine «traditionnel», du droit de la concurrence, celui de la protection des concurrents. Le troisième «indication ou allégation susceptible d'induire en erreur», qui a été ajoutée par la conférence de révision tenue à Lisbonne, en 1958, tient compte des intérêts et des concurrents et des consommateurs.

Citant l'Algérie comme exemple, qui étant membre de l'Union de Paris et selon l'article 27 de la loi 04/02 sur les règles applicables aux pratiques commerciales ⁴, sont considérées comme pratiques commerciales déloyales notamment les pratiques par lesquelles un agent économique :

1/- dénigre un agent économique concurrent en répandant à son propos ou au sujet de ses produits ou services des informations malveillantes ;

2/- imite les signes distinctifs d'un agent économique concurrent, de ses produits ou services et de sa publicité dans le but de rallier sa clientèle en créant un risque de confusion dans l'esprit du consommateur ;

3/- profite des secrets professionnels en qualité d'ancien salarié ou associé pour agir de manière déloyale à l'encontre de son ancien employeur ou associé.

4/- s'implante à proximité immédiate du local commercial du concurrent dans le but de profiter de sa notoriété, en dehors des usages et des pratiques concurrentiels en la matière.

Aussi l'article 28 de la même loi cite une série d'exemple concernant l'atteinte à la loyauté en matière de publicité .

Ce qui nous incite à aborder le sujet suivant deux axes :

chapitre I /la généralité concernant l'atteinte à la loyauté des pratiques commerciales .

l'article 27 précédemment cité a énuméré une série de faits représentant l'atteinte à la loyauté , commençant par le dénigrement , la violation de secret, le parasitisme et enfin la contrefaçon .

S'agissant du **«dénigrement»** qui est une attaque dirigée directement contre un concurrent ou une catégorie de concurrents donnée, ses conséquences vont plus loin puisque l'information donnée sur le concurrent ou ses produits étant inexacte, le consommateur risque d'être lésé lui aussi. L'article 10 bis 3 de la convention de Paris oblige les Etats membres à interdire toutes «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».

Une disposition analogue figure dans la plupart des lois nationales sur la concurrence déloyale. Mais, même lorsqu'il n'est pas expressément interdit, le dénigrement apparaît contraire à la notion de loyauté de concurrence. Comme c'est surtout le concurrent individuel qui subit un préjudice, les sanctions prévues sont surtout civiles (ordonnance de cassation ou dommages-intérêts). Toutefois, dans les cas les plus graves, et surtout lorsqu'il y a diffamation, des sanctions pénales sont également prévues, souvent dans le cadre général du code pénal ⁵ .

La jurisprudence marque le souci de faire une distinction entre le dénigrement, qui est condamné, et la simple critique qui est autorisée.

Certes, la frontière entre la libre critique qui est un droit, et le dénigrement qui est une faute, n'est pas toujours aisée à tracer. Le dénigrement ne commence qu'avec des critiques acerbes et systématiques voulant discréditer le concurrent. Il ne faudrait pas croire, cependant, que le dénigrement provenant d'un non-concurrent échappe à tout reproche ⁶ .

La question de savoir si l'expression d'une opinion peut discréditer un concurrent renvoie à la question de savoir si la protection doit s'étendre, au cas où les déclarations sont véridiques. L'article 10 bis 3 de la convention de Paris vise

les allégations fausses, mais beaucoup de pays vont plus loin, et les remarques de nature à discréditer un tiers y tombent sous le coup de l'interdiction expresse du dénigrement, ou constituent tout au moins une violation des dispositions générales sur les usages commerciaux honnêtes, même lorsque les faits allégués sont exacts. Une remarque sur un concurrent- même littéralement exacte, sera donc considérée comme un acte de concurrence déloyale si, par exemple, l'«attaque» prend des proportions démesurées ou si les mots utilisés sont inutilement offensants ⁷.

Aussi, au cas où le contenu des lettres établit que la société A s'est adressée aux clients de la société concurrente B pour les menacer d'un procès en affirmant péremptoirement que le produit du concurrent est contrefaisant avant même que le jugement en contrefaçon ne soit intervenu, on se retrouve devant un dénigrement, par la menace d'une action en justice vue par la publicité donnée à une action en justice, constitue alors un acte de concurrence déloyale. Ici, le dénigrement est aggravé dans la mesure où les mises en garde sont assorties de menaces destinées à détourner la clientèle de la société B de telles menaces ont en partie produit l'effet escompté, puisqu'un des distributeurs lui a renvoyé les stocks commandés. C'est la raison pour laquelle le tribunal estime urgent de faire cesser ces actes déloyaux ⁸.

Quant à **«la violation de secret»**, en principe l'information confidentielle ne peut être licitement divulguée, acquise ou utilisée par autrui qu'avec le consentement du détenteur légitime. C'est lui qui décide que l'information sera considérée comme confidentielle, en prenant des mesures suffisantes à cet effet. L'obligation de ne divulguer, acquérir ou utiliser l'information qu'avec le consentement du détenteur légitime peut découler directement d'un contrat ou d'un accord verbal conclu, par exemple, entre lui et son employé ou entre lui et un fournisseur associé à un projet particulier. Elle peut aussi se déduire des circonstances, c'est-à-dire des mesures prises par le détenteur légitime pour préserver le secret de l'information, qui doivent faire comprendre aux tiers qu'elle est confidentielle ⁹.

Au cas où le salarié est débiteur envers son ancien employeur d'une obligation de confidentialité couvrant certains principes techniques secrets appris au cours de son emploi, le seul fait pour le nouvel employeur d'en obtenir la révélation en connaissance de cette obligation, constitue à l'égard du créancier de celle-ci la faute délictuelle de tierce complicité à la violation de l'obligation contractuelle du salarié débiteur ¹⁰.

Pour le **« parasitisme »**, il consiste à se nourrir de l'effort intellectuel ou économique d'autrui, il est ainsi, par exemple, de la copie servile ou du surmoulage. Il arrive que

le consommateur le moins averti se rende compte que le produit copié n'a pas la même origine que celui du copieur. Mais il est certain, que l'absence de tout risque de confusion, n'est pas admissible car le copieur aura économisé les frais de conception et de présentation du produit. Il en est de même de celui qui a utilisé la marque notoire d'autrui pour des produits ou services différents de ceux pour lesquels la marque notoire a été déposée ¹¹.

Le parasitisme peut se présenter sous deux formes différentes :

La première, est « l'utilisation de la notoriété d'autrui ». La réputation ou la notoriété d'un commerçant toute volatile et subjective soit-elle est une certitude de fait d'attirer et de retenir un certain volant de clients. Cette notoriété ne tombe pas du ciel : elle est le résultat d'investissements, de campagnes publicitaires répétées, d'efforts continus et coûteux, de qualité des produits et services, etc. Elle est le reflet et la mesure de dynamisme de l'entreprise qui en bénéficie. Autant dire qu'elle s'apparente à une valeur économique et qu'il serait injuste de laisser un concurrent s'en emparer librement.

Aussi, la notoriété est une valeur économique et un bien juridique. Dès lors, elle est appréciable en argent, elle a un prix. La notoriété est le résultat d'un savoir-faire. Or, celui-ci n'est pas inné : il résulte d'un travail persévérant et d'efforts continus. En bref, la renommée est une vraie création. Son enfantement fut coûteux lui-même, et il a été assorti d'investissements notables, matériels et intellectuels ¹².

La seconde est « l'utilisation du travail du concurrent ». La protection des idées par le droit d'auteur n'est pas satisfaisante en raison essentiellement de leur faible pour ne pas dire leur absence totale d'originalité. Une protection indirecte pourrait résulter de la théorie des agissements parasitaires, ce qui permettrait de condamner celui qui produit une compilation précédemment réalisée par un tiers, qu'il existe ou non un risque de confusion avec la production originale, c'est-à-dire qu'il y ait ou non identité dans le monde de communication au public ¹³.

L'exploitation du travail d'autrui, sans autorisation et, sans rémunération, peut constituer un acte de parasitisme. Ainsi, par exemple, la reproduction d'études statistiques a-telle été jugée parasitaire en ce sens que « même si elles ne sont pas protégées par un droit privatif spécifique, des études statistiques sont le fruit d'un savoir-faire dans la conception des méthodes de sondage, d'importantes prestations de services pour l'exécution de ceux-ci et d'un travail intellectuel pour leur exploitation ¹⁴.

Aussi, quand une société considère que le fait pour une autre société d'avoir voulu profiter de ses propres investissements pour promouvoir son émission sur le court métrage qui est diffusée le même jour, le samedi, au même moment, selon la même périodicité et qui vise la même clientèle d'initié, est constitutif d'un acte de concurrence déloyale. Le problème est alors de savoir si la reprise d'une émission

de court métrage par une société comme argument publicitaire de sa propre émission constitue-elle une usurpation des investissements d'un concurrent, est par conséquent une faute. La réponse apportée par le tribunal est négative, mais la cour d'appel de Paris a considéré que lorsque dans la réalisation d'un objet, l'auteur, au lieu de donner libre cours à ses facultés mentales, les met en sommeil et conduit un processus d'élaboration asservi à l'imitation de l'œuvre d'autrui, c'est une caractérisation de l'usurpation de l'investissement ou de l'effort intellectuel, autrement dit la présence de la concurrence déloyale ou, plus exactement, le parasitisme.

S'ajoute au parasitisme la **«contrefaçon»** qui produit pour l'ensemble des acteurs économiques des effets négatifs : elle conduit à des pertes de parts de marché, manifeste des attitudes de concurrence déloyale et/ou parasitaire, notamment quant aux réseaux de distribution, puisqu'elle fait l'économie de l'ensemble des dépenses d'investissement, de R&D, de création, de publicité, marketing et développement commercial, en plus des dépenses relatives aux protections juridiques. Elle ne concerne que rarement les plus grandes entreprises, mais porte ses effets sur des filières affectant le tissu créatif et inventif des PME et PMI qui constituent des victimes particulièrement fragiles. Elle a donc des conséquences réelles en termes de croissance et d'emploi ¹⁵.

Cette atteinte consiste en la violation d'un droit privatif sur un signe ou une création. En outre, le caractère complémentaire de l'action en concurrence déloyale résulte des « faits distincts » ou d'« agissements distincts » de ceux constituant une contrefaçon et de la protection d'un « droit privatif » non inclus dans la législation spéciale. Cette complémentarité se développe dans deux situations : parfois, l'action en concurrence déloyale prolonge la protection déjà assurée par l'action en contrefaçon, parfois, l'action en concurrence déloyale est exercée parce que l'on ne peut se prévaloir d'aucune protection spéciale.

Par ailleurs, l'ADPIC ¹⁶ établit un niveau minimal de protection des droits de propriété intellectuelle, comme condition d'accès à l'OMC, en intégrant l'essentiel des normes fixées, à titre minimal, par les conventions de l'OMPI. Il introduit un nombre important d'obligations supplémentaires, en particulier la convention de Berne, et l'acte de Paris de 1971 énonce les procédures et mesures correctives civiles et administratives (section 2), les mesures provisoires (section 3), les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière (section 4) et les procédures pénales (section 5).

En matière de lutte contre la contrefaçon, plusieurs dispositions sont essentielles, notamment la loi 04-02 par les articles 44 et 45 qui prévoient la nécessité de conférer aux tribunaux le pouvoir d'ordonner des injonctions, de faire verser au détenteur du droit des dommages et intérêts, d'obtenir le recouvrement des

bénéfices et/ou le paiement des dommages et intérêts, mais aussi des saisies et destructions de marchandises contrefaites. Les mesures provisoires, aux termes des articles 41 et 50 de la loi précédemment citée, que peuvent ordonner les autorités judiciaires, doivent être rapides et efficaces, soit parce qu'elles sont nécessaires pour empêcher qu'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne soit commis, soit parce qu'elles sont nécessaires pour sauvegarder les éléments de preuve relatifs à une atteinte.

Par conséquent, elles peuvent être prises sans que la partie considérée comme contrefacteur ne soit nécessairement avisée des mesures s'il existe un risque de préjudice irréparable ou de destruction de preuve et à condition que le demandeur fournisse des éléments de preuve de la titularité des droits. Les procédures pénales que doivent mettre en œuvre les Etats (art. 61) visent les actes délibérés de contrefaçon, notamment le piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale et doivent pouvoir s'appuyer sur des incriminations larges comportant des sanctions pénales : emprisonnement et/ou des amendes dissuasives, saisie, confiscation, destruction.

Chapitre II/la spécificité concernant l'atteinte à la loyauté en matière de publicité.

D'après, l'article 28 de la loi n°04-02 qui stipule qu'« *elle est considérée comme publicité illicite et interdite toute publicité trompeuse, notamment celles :*

1- qui comportent des affirmations, indications ou représentations susceptibles d'induire en erreur sur l'identité, la qualité, la disponibilité ou les caractéristiques d'un produit ou d'un service ;

2- qui comporte des éléments susceptibles de créer la confusion avec un autre vendeur, ses produits, ses services ou son activité ;

3- qui porte sur une offre déterminée de produits ou de services, alors que l'agent économique ne dispose pas de stocks suffisants de produits ou ne peut assurer les services qui doivent normalement être prévus par référence à l'ampleur de la publicité ».

Selon l'article, une forme classique de dénigrement est celle qui consiste dans la comparaison qu'un concurrent établit entre ses produits ou son entreprise et ceux de ses concurrents. C'est ce qu'on appelle **« la publicité comparative »**. Cette pratique suppose une conciliation malaisée de deux impératifs : préserver la

loyauté dans la concurrence et assurer l'effectivité de cette concurrence par l'information des consommateurs. Depuis longtemps, la jurisprudence décide que la publicité comparative est interdite parce qu'elle est constitutive de dénigrement selon le slogan « comparer c'est dénigrer ».

D'après l'analyse de 1994 de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) sur la protection contre la concurrence déloyale bien que l'on fasse valoir que les comparaisons si elles sont exactes peuvent être utiles au consommateur la doctrine et la jurisprudence ne les admettent en pratique que dans certaines circonstances très spéciales, par exemple si elles répondent à une attaque illicite dirigée contre l'annonceur, ou si elles sont nécessaires pour expliquer le fonctionnement d'un système ou, plus généralement, de nouvelles techniques. Cependant, depuis quelques années, la publicité comparative est perçue de façon moins négative : on reconnaît de plus en plus les comparaisons véridiques de faits pertinents qui peuvent non seulement réduire le coût pour les consommateurs de la recherche d'informations, mais aussi influencer positivement sur l'économie en améliorant la transparence du marché.

Certains se prononcent en faveur de l'admission de la publicité comparative. Leur opinion repose essentiellement sur les nécessités de l'information des consommateurs. Mais cette forme de publicité a aussi ses adversaires. Ils invoquent plusieurs arguments : c'est ainsi qu'ils affirment que la comparaison ne peut jamais être parfaitement objective.

Un annonceur sera toujours conduit à mettre l'accent sur des caractéristiques parfois secondaires parce qu'elles lui confèrent une supériorité. Ils mettent ainsi en doute l'efficacité du procédé, car, ou bien il s'appuie sur des considérations techniques et détaillées et il risque de créer une confusion dans l'esprit du public, ou bien il s'enferme dans des considérations sommaires et superficielles et dans ce cas il peut devenir trompeur ¹⁷.

Selon un principe de base du droit de la concurrence, il est interdit d'utiliser les noms commerciaux, les marques ou autres signes distinctifs des concurrents lors de la commercialisation d'un produit. Un principe bien fondé car l'utilisation des signes commerciaux des concurrents est souvent abusive. Il est de règle que les commerçants commercialisent leurs produits selon leurs conditions et qu'ils ne doivent pas se prononcer sur les produits des concurrents. Or, depuis le milieu du XIXe siècle, ce principe a été modifié en ce qui concerne la publicité comparative. Prenant leur point de départ aux Etats-Unis, les publicités comparatives, anonymes

au début mais désignant des noms plus tard, se sont répandues dans la plupart des pays, même si elles se sont heurtées à une forte opposition ¹⁸.

Alors qu'aux Etats-Unis la publicité comparative est une forme de publicité acceptable, la majorité des pays européens ont longtemps rejeté cette forme de publicité qui était considérée comme une pratique commerciale déloyale.

C'est seulement suite à la directive 97/55/EC du 6 octobre 1997 adoptée par le Parlement européen et le Conseil que la publicité comparative a été introduite dans l'ordre juridique national de chaque Etat membre en termes de principe, bien qu'elle soit régie par des conditions très strictes dont les circonstances dans lesquelles ce type de publicité est autorisé. A cette fin, la directive 97/55/EC a amendé la directive 84/450/EEC sur la publicité mensongère de sorte à y inclure la publicité comparative sur la base de la considération que l'acceptation ou le rejet de la publicité comparative dans les diverses lois nationales peut représenter un obstacle au libre mouvement des marchandises et des services et peut donner lieu à des distorsions vis-à-vis de la concurrence. Par conséquent, la liberté de recourir à la publicité comparative doit être assurée. Il existe plusieurs manières d'identifier dans une publicité comparative un concurrent ou son produit, même si le nom n'est pas mentionné.

Une telle référence peut être réalisée directement ou indirectement par implication ou insinuation. Les rapports nationaux rendus en 2004 à la LIDC (Ligue internationale du droit de la concurrence) indiquent que toute référence à un concurrent ou à son produit, implicite ou explicite, est considérée comme publicité comparative. Il n'est pas nécessaire d'en mentionner le nom pour être en présence de publicité comparative. Toutefois, si le concurrent est concerné par ces éléments, la référence doit être clairement identifiable et doit mettre en évidence d'une manière ou d'une autre le lien existant entre les marchandises ou les services de l'annonceur et ceux d'au moins un concurrent. Tous les rapporteurs s'accordent à dire que la fausseté d'une information est fonction de la compréhension de celle-ci par le public.

En règle générale, le public concerné dans ce cas est en fait la communauté entière. Dans certains cas spécifiques, lorsque la publicité s'adresse à des cercles restreints (comme les médecins), la compréhension de la publicité par eux s'avérera un élément décisif. Le consommateur ou le public moyen et leur compréhension première, sans examen plus approfondi, sont des éléments décisifs. La norme est représentée par un consommateur moyen raisonnablement informé. Le rapporteur britannique cite quelques cas intéressants.

Lors de l'évaluation visant à déterminer si une publicité est trompeuse ou non, les tribunaux affirment que le public est habitué aux exagérations des annonceurs et que les informations peuvent être soumises à certaines conditions et aux petits caractères. Il faut donc évaluer si une personne raisonnable tendra à croire à la véracité des faits énoncés. Les tribunaux ont jugé des situations où la publicité n'était pas trompeuse, notamment lorsque le tribunal juge que les consommateurs sont au courant ou s'attendent à des données supplémentaires et des conditions non mentionnées dans la publicité. Par exemple : dans une comparaison des prix des vols lorsque les vols du demandeur étaient à destination de la ville alors que les aéroports du défendeur se trouvent à plusieurs kilomètres de celle-ci. De plus, certaines conditions étaient d'application pour les vols du défendeur. Dans ce contexte, le fait par un commerçant de donner à sa publicité, pour la promotion de ses produits (des lave-vaisselle), une connotation évocatrice de celle appartenant à un tiers et accompagnant le lancement d'un parfum s'analyse en une opération parasitaire.

Les pièces mises au débat devant la justice font apparaître que la société de parfums a accompagné le lancement de son parfum d'une image qui, pour l'exploitation qui en a été faite depuis lors dans la publicité, est devenue l'emblème de ce parfum et s'est identifiée à celui-ci ; cette image représentant une femme vue en buste avec des couleurs spécifiques. Alors qu'une campagne pour lave-vaisselle représentant une femme tenant entre ses mains un lave-vaisselle réduit aux dimensions d'un flacon, image qui reprend tant la position particulière des mains de la femme de la publicité précédente, ce qui engage la responsabilité de l'annonceur et de son agence de publicité, la ressemblance entre les deux publicités étant patente¹⁹. Toujours sur le plan jurisprudentiel, en disant qu'un médicament est le générique d'un autre, la comparaison des deux produits est faite sur des éléments essentiels et objectifs, elle est donc licite. Aussi, la reproduction des seuls tickets de caisse ne permet pas au consommateur de s'assurer que les produits comparés comportaient les mêmes caractéristiques essentielles.

Ces deux affaires viennent préciser les conditions de licéité de la publicité comparative. Selon la loi, les éléments de comparaison doivent être objectifs et porter sur des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des produits. Pour la chambre commerciale de la cour de cassation, le seul fait de dire qu'un médicament est le générique de l'autre implique une comparaison objective sur des éléments essentiels. Il n'est pas nécessaire d'aller au-delà et de développer le détail de la composition du médicament. Pour la chambre criminelle, la pratique du caddy comparatif ne peut être licite que si elle permet une comparaison objective des produits et des prix. Or, en l'espèce, si les

tickets de caisse permettaient une comparaison de prix, celle-ci n'était pas objective car les produits insérés dans le caddie ne présentaient pas les mêmes caractéristiques de poids ou de qualité et de plus, le consommateur n'avait pas accès à ces produits puisque le caddie était recouvert d'un film plastifié²⁰. Toute publicité s'appuyant sur des déclarations fausses ou fallacieuses concernant le produit de l'annonceur ou celui du concurrent est interdite dans tous les pays.

Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il existe des différences dans la manière de concevoir ce qui est « fallacieux » et surtout ce qui constitue un dénigrement. Certains pays considèrent comme trompeuse et mensongère toute publicité qui vante la supériorité ou les qualités uniques d'un produit (comme l'expression « le meilleur ») si sa véracité ne peut être prouvée, d'autres n'y voient rien d'autre qu'une exagération anodine. L'autre forme que peut revêtir l'atteinte à la publicité, selon l'article 28 de la loi 04-02, c'est « **la publicité mensongère** ».

Or, en droit algérien comme en droit français, l'atteinte à la publicité est un délit « erga omnes », c'est-à-dire répréhensible par sa seule existence, même si la personne qui s'en plaint n'en a pas objectivement été victime, dès lors qu'elle est de nature à induire en erreur sur les qualités substantielles du produit ou du service. Cependant, lorsque la publicité mensongère a induit l'utilisateur à conclure un contrat, elle peut alors être assimilée à un « dol ». Mais, alors que le dol ne peut être invoqué que par la partie lésée afin d'obtenir l'annulation, les textes sur la publicité mensongère sont des textes de nature pénale qui peuvent être soulevés par tout utilisateur, même potentiel, ainsi que par des associations de défense des consommateurs, et ce en l'absence d'un contrat, selon l'article 65 de la loi 04-02 qui stipule que les associations de protection du consommateur et les associations professionnelles légalement constituées ainsi que toute personne physique ou morale ayant intérêt, peuvent ester en justice tout agent économique qui a enfreint les dispositions de la présente loi. Dans le domaine de l'informatique, vu la technicité des produits concernés, l'attitude des tribunaux a tendance à être plus rigoureuse : ainsi, selon une jurisprudence classique, des renseignements qui ne sont pas techniquement inexacts mais seulement trop flatteurs, qui peuvent en conséquence donner à l'utilisateur une conception trop simpliste ou trop optimiste d'un système informatique sont de nature à engager la responsabilité du revendeur²¹.

Quant à la reprise de l'idée publicitaire, fût-elle originale, elle ne peut faire l'objet d'une publicité trompeuse, l'idée qui préside à la création de l'esprit appartenant à tous. La reprise d'éléments nécessaires à la présentation d'une idée non protégeable ne saurait être incriminée ; en l'espèce, si des ressemblances existent

dans la présentation d'ensemble, celles-ci apparaissent dictées par l'adoption du même procédé promotionnel et par la nécessité d'employer des éléments et formules nécessaires à sa description ; ainsi, un annonceur ne saurait reprocher à son agence de promotion d'avoir réalisé une action promotionnelle reprenant l'idée de celle précédemment réalisée par l'un de ses concurrents, l'idée n'étant pas en l'espèce appropriable et alors, d'autre part, que la réalisation qui en a été faite n'est pas la reproduction servile de l'antériorité ; au surplus, l'annonceur ne peut sérieusement prétendre avoir ignoré l'opération publicitaire réalisée par l'un de ses principaux concurrents moins de deux ans auparavant, une telle connaissance lui interdisant, en tout état de cause, d'invoquer une faute à l'encontre de son agence dans la reprise de l'opération promotionnelle critiquée ²².

Pour déterminer si une publicité est de caractère trompeur, il faut prendre en considération le marché destinataire de la publicité. S'il s'agit d'un marché particulier, par exemple le marché médical en cas de publicité pour des médicaments délivrés seulement sur ordonnance, le caractère de la publicité doit être déterminé selon les normes professionnelles des médecins.

En ce qui concerne la vente des biens ordinaires, ce principe ne pose normalement pas de problèmes. Quant aux publicités destinées principalement aux enfants, il faut faire preuve de grande diligence. La chambre de Commerce internationale insiste sur ce fait étant donné que le « Code international de pratiques loyales en matière de publicité » contient des directives spéciales relatives aux publicités destinées aux enfants. En outre, un jeu de règles particulières vise à protéger les enfants contre la publicité trompeuse. En pratique, et même selon l'article 28, on peut être confronté à une autre atteinte, c'est celle du commerçant qui entend profiter de la notoriété qui s'attache à un produit pour drainer vers lui une clientèle qui, attirée par la marque de ce produit, se rendra dans ses magasins et achètera, par la même occasion, des produits d'une autre marque. C'est ce que l'on appelle la pratique du « prix d'appel » ou encore « la marque d'appel ».

Cette pratique consiste pour un revendeur à proposer à un prix avantageux un produit déterminé, généralement un produit dont la marque est connue, pour attirer la clientèle dans le point de vente. Mais très souvent les produits faisant l'objet de cette pratique ne sont pas en stock chez le revendeur en quantités suffisantes pour répondre à la demande ; le commerçant dirige alors le client vers d'autres produits.

Conclusion :

Les atteintes à la loyauté des pratiques commerciales sont punissables par la loi 04-02 ; ainsi, elles sont qualifiées de pratiques commerciales déloyales et punies d'une amende de cinquante mille dinars (50 000 DA) à cinq millions de dinars (5 000 000 DA). Aussi, les marchandises, les matériels et équipements ayant servi à commettre les infractions peuvent être saisis sous réserve des droits des tiers de bonne foi. Les biens saisis doivent faire l'objet d'un procès-verbal d'inventaire selon les procédures définies par voie réglementaire .

S'agissant de la saisie, elle peut être réelle ou fictive. Il est entendu :

- ▶ par saisie réelle toute saisie matérielle de biens ;
- ▶ par saisie fictive toute saisie portant sur des biens que le contrevenant n'est pas en mesure de présenter pour quelque raison que ce soit. Outre les sanctions pécuniaires, le juge peut prononcer la confiscation des marchandises saisies. Si la confiscation porte sur des biens ayant fait l'objet d'une saisie, ils sont remis à l'administration des Domaines qui procède à leur mise en vente dans les conditions prévues par la législation et la réglementation en vigueur. En cas de saisie fictive, la confiscation porte sur tout ou partie de la valeur des biens saisis. Lorsque le juge prononce la confiscation, le montant de la vente des biens saisis est acquis au Trésor public. Enfin, pour apprécier l'existence même du délit, les tribunaux font référence au lecteur ou au consommateur, « moyen normalement attentif et intelligent ».

Les renvois :

¹ Charles Chanevard, Traite de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale, tome premier, 1914 , p 07.

² - Ives Serra, Concurrence déloyale, encyclopédie Dalloz 2001, cahier de l'actualité, répertoire de droit commercial, tome II, 29e année, c-cou, publication trimestrielle, 12 avril 2001 , p 03.

³ - Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979.

⁴ - Loi 04/02 du 23 juin 2004, j. o. n°41, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales.

⁵ - Protection contre la concurrence déloyale, analyse de la situation mondiale actuelle, Publications OMPI, Genève, 1994 ; et Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale, Publication OMPI, Genève, 1996.

⁶ - Philippe Le Tourneau, Le parasitisme, Litec, 1998 , p 60 .

⁷ - Ives Serra, Concurrence déloyale, encyclopédie Dalloz 2001, cahier de l'actualité, répertoire de droit commercial, tome II, 29e année, c-cou, publication trimestrielle, 12 avril 2001 , p

⁸ - Cass.com., 18 novembre 1997, Le quotidien juridique, 1er semestre 1998, supplément spécial, p13, note J.L.

⁹ - Trib.gr.inst.Bonneville, ord .référé, ch .commerciale, 5 janvier 2000, petites affiches 2001 n°5, p4, note Jean-Luc Fraudin.

¹⁰ - Philippe Le Tourneau, Le parasitisme, Litec, 1998 , p 325.

¹¹ - Trib.gr.inst Paris, 3e ch., 16 mars 1999, petites affiches, 2000. n°57, p16, note : Nadège Reboul.

¹² - Philippe Le Tourneau, Le parasitisme, Litec, 1998 , p 92 .

¹³ Sylviane Durrande, Objet du droit d'auteur, J.CI, Propriété littéraire et artistique, fasc.1116, droit d'auteur et concurrence déloyale, 1994.

¹⁴ - Guy Courtieu, Droit à réparation : J.- CI. Responsabilité civile, rase.132-2, concurrence déloyale, applications pratiques, 1997.

¹⁵ - Rapport n°2002-36 du ministère Français de la Culture et de la Communication, sur la lutte contre la contrefaçon.

¹⁶ - L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) , constitue l'Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce O.M.C .

¹⁷ -Jean –Jacques Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993,p67.

¹⁸ - *Gazette du palais*, 23-27 mai 1999, p 14.

¹⁹ - *C. Paris (4e ch .B) 29 septembre 1995 : Société Guerlain C. Société Robert Bosch, Electro Ménager et Société S.A. Agence Z.*

²⁰ - *Cass.com.*, 26 mars 2008, *Sandoz c/ Laboratoire Glaxosmithkline*. *Cass.crim.*, 4 mars 2008, *Christian C. et a. Observations : G.R. contrats-concurrence-consommation*,juin2008,p48.

²¹ - *André Bertrand, Droit français de la concurrence déloyale, CEDAT, 1998,p108 .*

²² - *C. Versailles (12e ch.1re sect) 24 novembre 1994 : Tabasco c. société Lindt et Sprungli.*