



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Permission has been granted to the National Library of Canada to microfilm this thesis and to lend or sell copies of the film.

The author (copyright owner) has reserved other publication rights, and neither the thesis nor extensive extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her written permission.

L'autorisation a été accordée à la Bibliothèque nationale du Canada de microfilmer cette thèse et de prêter ou de vendre des exemplaires du film.

L'auteur (titulaire du droit d'auteur) se réserve les autres droits de publication; ni la thèse ni de longs extraits de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation écrite.

ISBN 0-315-56332-X

LE DROIT DE LA CONCURRENCE DELOYALE
EN DROIT PRIVE QUEBECOIS

7
par

MARCIA PINET

Thèse présentée à l'Ecole des études supérieures
de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention d'une maîtrise en droit. (LL.M.(Droit)).

o Marcia Pinet, Ottawa, Canada, 1989



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

TABLE DES MATIERES

<u>LISTE DES ABREVIATIONS</u>	iv
<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE: DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT DE LA</u> <u>CONCURRENCE DELOYALE ET LES DIVERSES</u> <u>FORMES DE CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT</u> <u>PRIVE QUEBECOIS</u>	4
CHAPITRE I - DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DELOYALE	4
CHAPITRE II - LES DIVERSES FORMES DE CONCURRENCE DELOYALE .	11
SECTION I - <u>Les diverses classifications d'actes de</u> <u>concurrence déloyale</u>	14
SECTION II - <u>Tableau général des quatre principaux</u> <u>volets de la concurrence déloyale</u>	20
A. MOYENS DE CONFUSION	20
1) Confusion de noms ou de marques identifiant une entreprise	24
2) Confusion de noms ou de marques de produits ou services et confusion dans la publicité concernant des produits ou services et l'imitation de produits	26
3) La substitution de produits ou de services .	28
4) Le rattachement indiscret ou parasitaire . .	30
B. MOYENS DE DENIGREMENT	34
1) La critique excessive	36
2) Le procédé en vue de maintenir un monopole sur le marché	38
3) La transmission d'informations fausses ou injustifiées	39
4) Les accusations de contrefaçon de brevets, de dessins industriels, de marques de commerce enregistrées et la violation de droits d'auteur	40
C. MOYENS DE DESORGANISATION D'UNE ENTREPRISE RIVALE	41
1) Le détournement d'employés, la suppression de publicité, le détournement de commande et la violation de secrets de commerce	41
D. MOYENS DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHE . .	47
1) La publicité trompeuse	48
2) Le camouflage du caractère publicitaire, le lien à une autorité officielle, l'appel aux sentiments, à la passion politique, les fausses appellations d'origine	51

3) La vente à vil prix, le boycottage, la mise à l'index, l'infraction à des systèmes de vente et le refus de contracter	53
4) La violation des contrats d'exclusivité et des accords de distribution	56
DEUXIEME PARTIE: LA REPRESSION DE LA CONCURRENCE DELOYALE .	59
CHAPITRE I - LA NATURE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE	59
SECTION I - <u>Evolution du droit français</u>	61
SECTION II - <u>Evolution du droit québécois</u>	76
CHAPITRE II - LES CONDITIONS PREALABLES A L'EXERCICE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE	90
SECTION I - <u>Le rapport de concurrence</u>	90
A. LE RAPPORT DE CONCURRENCE DANS LES CAS DE CONFUSION	90
B. LE RAPPORT DE CONCURRENCE DANS LES CAS DE DENIGREMENT, DE DESORGANISATION INTERNE D'UNE ENTREPRISE RIVALE ET DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHE	99
SECTION II - <u>Les questions de la priorité d'usage, de la distinctivité et du sens secondaire dans les cas de confusion</u>	104
A. LE DROIT DU PREMIER USAGER	104
B. LE CARACTERE DISTINCTIF	106
C. LE SENS SECONDAIRE	109
D. LES CAS PARTICULIERS	110
1) Les mots du vocabulaire et les chiffres	110
2) Les mots descriptifs	112
3) Les mots géographiques	113
4) Les mots inventés	114
5) Les noms de personnes	115
CHAPITRE III - LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE	117
SECTION I - <u>La notion de la faute et les éléments constitutifs de la faute en matière de concurrence déloyale</u>	117
A. LA FAUTE DANS LES CAS DE CONFUSION	119
B. LA FAUTE DANS LES CAS DE DENIGREMENT, DE DESORGANISATION INTERNE D'UNE ENTREPRISE RIVALE ET DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHE	125
SECTION II - <u>Les dommages et le lien de causalité en matière de concurrence déloyale</u>	131
A. LES DOMMAGES ET LE LIEN DE CAUSALITE DANS LES CAS DE CONFUSION	131
B. LES DOMMAGES ET LE LIEN DE CAUSALITE DANS LES CAS DE DENIGREMENT, DE DESORGANISATION INTERNE D'UNE ENTREPRISE RIVALE ET DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHE	136
CHAPITRE IV - L'INCIDENCE DE LA MAUVAISE FOI DANS LES CAS DE CONCURRENCE DELOYALE	140

<u>TROISIEME PARTIE: QUESTIONS DE PROCEDURE ET DE PREUVE EN</u>	
<u>MATIERE DE CONCURRENCE DELOYALE</u>	143
CHAPITRE I - LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX EN MATIERE DE	
CONCURRENCE DELOYALE	143
CHAPITRE II - LES RECOURS EN MATIERE DE CONCURRENCE	
DELOYALE ET AUTRES QUESTIONS DE PROCEDURE	146
SECTION I - <u>Dans les cas de confusion, de dénigrement,</u>	
<u>* de désorganisation interne d'une entreprise</u>	
<u>rivale et de désorganisation générale du</u>	
<u>marché</u>	146
A. L'ACTION EN DOMMAGES-INTERETS	146
B. L'ACTION EN INJONCTION PERMANENTE ET LA	
REQUETE EN INJONCTION INTERLOCUTOIRE	148
SECTION II - <u>Recours connexes à l'action en concurrence</u>	
<u>déloyale dans les cas de confusion</u>	153
A. LA REQUETE EN RADIATION D'ENREGISTREMENT DE	
RAISON SOCIALE	153
B. LA DEMANDE EN CHANGEMENT DE NOM CORPORATIF	154
C. LA DECLARATION D'OPPOSITION A UNE DEMANDE	
D'ENREGISTREMENT DE MARQUE DE COMMERCE	154
D. LA DEMANDE EN RADIATION DE MARQUE DE COMMERCE	
ENREGISTREE	155
CHAPITRE III - LES DEFENSES A L'ACTION EN CONCURRENCE	
DELOYALE	157
SECTION I - <u>Les défenses à exercer dans les cas de</u>	
<u>confusion</u>	157
A. LE DROIT A UNE UTILISATION CONCURRENTE	158
B. LA RENONCIATION A FAIRE VALOIR UN DROIT OU	
L'ACQUIESCEMENT A L'USAGE D'UN NOM OU D'UNE	
MARQUE	160
C. LA PRESCRIPTION	161
SECTION II - <u>Les défenses à exercer dans les cas de</u>	
<u>dénigrement, de désorganisation interne</u>	
<u>d'une entreprise rivale et de</u>	
<u>désorganisation générale du marché</u>	164
A. LE DROIT DE CRITIQUE	164
B. LA LEGITIME DEFENSE ET LA PROTECTION DES	
INTERETS LEGITIMES	166
C. LA LIBERTE DE COMMERCE	168
CHAPITRE IV - DES QUESTIONS DE PREUVE EN MATIERE DE	
CONCURRENCE DELOYALE	170
SECTION I - <u>L'utilisation des enquêtes et des sondages</u>	
<u>comme moyen de preuve des actes de</u>	
<u>concurrence déloyale</u>	170
<u>CONCLUSION</u>	174
<u>BIBLIOGRAPHIE DOCTRINALE</u>	177
<u>TABLE DES ARRETS</u>	183

LISTE DES ABBREVIATIONS

All. E. R.	All England Law Reports
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Ann. pr. ind.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
App. Cas.	Appeal Cases
B.R.	Cour du Banc du Roi (de la Reine)
C.A.	Cour d'appel
C.c.B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C.F.	Cour Fédéral
C.P.R.	Canadian Patent Report
C.S.	Cour supérieure
D.	Recueil Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.C.P.	Juris-classeur périodique
J.E.	Jurisprudence Express
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
M.L.R.	Montréal Law Reports
Ott. L.R.	Ottawa Law review
P.T.I.C.	Patent and Trademark institute of Canada
R.C.S.	Rapports de la Cour suprême
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
R.G.D.	Revue générale de droit

R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.L.	Revue légale
R.P.	Rapports de pratique
R.P.C.	Reports of Patent Cases
Rev. trim. dr. comm.	Revue trimestrielles de droit commercial
Rev. gen. dr. comm.	Revue générale de droit commercial
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. int. prop. ind. et art.	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
S.C.	Statuts du Canada
S.R.C.	Statuts révisés du Canada
S.R.Q.	Statuts refondus du Québec
Sydney L. Rev.	Sydney Law Review
tr. comm. Nice	Tribunal commercial Nice
tr. comm. Seine	Tribunal commercial Seine
tr. Seine	Tribunal Seine
tr. comm. Marseille	Tribunal commercial Marseille
Trib. comm. Nantes	Tribunal commercial Nantes

INTRODUCTION

Au Québec peu d'études ont été faites sur le droit de la concurrence déloyale en droit privé. Cette lacune s'explique en partie par l'incertitude constitutionnelle touchant ce sujet. De plus les diverses difficultés à définir la nature véritable de l'action en concurrence déloyale ont également constitué un obstacle à l'évolution de ce droit.

La présente thèse a pour but de mieux identifier et comprendre ce droit de la concurrence déloyale en droit privé québécois.

Le droit de la concurrence déloyale constitue un complément indispensable à toute réglementation régissant les relations des commerçants entre eux.

Un grand nombre de lois et règlements en matière commerciale, relevant soit de la compétence fédérale ou provinciale, assurent l'ordre et les bonnes pratiques dans les relations commerciales et industrielles. Ces lois permettent en même temps la protection du consommateur. Mais ces nombreuses lois sont bien souvent limitées à leur propre objet. La notion de concurrence est destinée à combler les lacunes de ces législations particulières. La concurrence déloyale constitue

une théorie d'ensemble qui tend à réprimer les faits préjudiciables au concurrent là où les lois particulières ne suffisent pas. En général, on considère comme constituant un acte de concurrence déloyale dans la compétition économique, tout agissement qui consiste à employer des moyens fallacieux dans la vente de produits ou de services, tout acte d'un commerçant qui cherche soit à tirer parti à son bénéfice d'une situation acquise par un concurrent, soit à discréditer la marchandise ou l'entreprise d'autrui ou encore à désorganiser cette dernière et parfois même les marchés commerciaux ou industriels, ou une partie de ceux-ci.

La classification des actes déloyaux retenue dans le présent travail regroupe quatre volets: les actes de confusion, les actes de dénigrement, les actes de désorganisation interne d'une entreprise rivale et les actes de désorganisation générale du marché. Le présent travail indentifie les pratiques déloyales commises et analysées par la jurisprudence québécoise et étudie la répression de ces agissements.

L'analyse des pratiques déloyales ne peut se faire adéquatement si la nature de cette action en concurrence déloyale n'est pas justement définie. S'agit-il réellement d'une action ayant comme fondement la responsabilité civile? Nous exposerons dans ce travail les différentes écoles de pensée à ce sujet pour ensuite analyser les conditions préalables à l'exercice de l'action en concurrence déloyale et les conditions d'exercice de cette action. Ainsi nous verrons l'importance de la preuve d'un

rapport de concurrence comme condition préalable à l'exercice de ce recours. Dans les cas de confusion, d'autres conditions préalables seront examinées telles les questions de la priorité d'usage, de la distinctivité ou du sens secondaire.

Nous examinerons sous quel angle la jurisprudence et la doctrine traitent la question de la faute et du préjudice. La notion des honnêtes usages commerciaux dont l'origine remonte à la Convention de Paris auquel le Canada a adhéré en 1951, a grandement influencé l'interprétation des concepts traditionnels en matière de responsabilité civile. Nous verrons également quelle est l'incidence de la mauvaise foi dans l'action en concurrence déloyale.

A la dernière partie de l'étude, certaines questions de procédure et de preuve en matière de concurrence déloyale seront analysées. Quels sont les recours ouverts en cette matière? Quels types de défenses peut-on opposer à cette action en concurrence déloyale? L'étude se termine par une analyse de l'incidence des enquêtes et des sondages comme moyen de preuve des actes de concurrence déloyale.

PREMIERE PARTIE: **DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT DE LA**
CONCURRENCE DELOYALE ET LES DIVERSES FORMES DE
CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT PRIVE QUEBECOIS.

CHAPITRE I - DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE
DELOYALE.

Le droit de la concurrence déloyale trouve ses origines dans le respect de la liberté de commerce. On a toujours recherché des méthodes pour faire progresser équitablement les marchés commerciaux et industriels d'une part et d'autre part on a toujours tenté de réprimer les abus de pratiques commerciales et industrielles (1).

Pour assurer cet équilibre économique trois systèmes législatifs ont évolué et se sont cotoyés, soit le droit des propriétés intellectuelles, le droit des ententes et pratiques restrictives de commerce et le droit de la concurrence déloyale. Ces systèmes ont un but commun soit le maintien d'un sain équilibre commercial mais ils ont chacun des fonctions différentes.

Le droit des propriétés intellectuelles est constitué de prérogatives attachées au profit de certaines exploitations. Les brevets d'invention, les marques de commerce enregistrées,

1. L. MERMILLOD, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, Paris, R. PICHON et Durand-Auzias, 1954, p. 5 et s.

les dessins industriels, les droits d'auteur constituent des facteurs économiques importants puisqu'ils accordent à ses détenteurs des privilèges en vue de développer avantageusement un secteur d'activité commerciale.

Ainsi en matière de brevets celui qui accepte de livrer à l'Etat les secrets de son invention se voit octroyer en échange une protection exclusive à l'utilisation de cette invention pendant une période de dix-sept ans (2). En matière de marques de commerce celui qui enregistre valablement une marque de commerce est avantagé par rapport au détenteur d'une marque non enregistrée. Ainsi, en cas d'imitation, le détenteur d'une marque enregistrée voit son fardeau de preuve allégé. Il n'a pas à prouver que le public a été confondu mais essentiellement que la marque d'un autre ressemble à celle qui apparaît sur son certificat d'enregistrement (3). Des droits accrus sont d'ailleurs accordés à celui qui possède une marque valablement enregistrée depuis cinq ans (4).

-
2. Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, c. P-4: à voir modification apportée par la nouvelle législation sur les brevets (Projet de Loi C-22).
 3. Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c.t-10, art. 16, 19, 52.
 4. Id., art. 17; voir également la Loi sur les dessins industriels, S.R.C. 1970, c. I-8 qui accorde un privilège d'une durée maximale de dix ans et la Loi concernant le droit d'auteur, S.R.C. 1970, c. C-30 qui avantage l'auteur et ses ayant-droits pour une durée de 50 ans après la mort de l'auteur. Le Canada devrait connaître dans un avenir rapproché une réforme en profondeur de la Loi sur le droit d'auteur. Une nouvelle Loi sur les brevets a été adoptée. Projet de Loi C-22.

Le droit des ententes et des pratiques restrictives de commerce constituent l'aspect régulateur du commerce et de l'industrie. Les lois et règlements existants dans ce domaine doivent être respectés en vue d'assurer la libre concurrence (5). Une position dominante sur le marché, des accords non réglementés, des pratiques interdites peuvent exclure la concurrence entre les parties dans un domaine déterminé indépendamment de tout caractère déloyal.

Dans ces deux premiers systèmes, on crée des privilèges et on réglemente des activités en vue de stimuler et de maintenir une saine activité concurrentielle. Le droit de la concurrence déloyale intervient dans ces systèmes en vue d'assurer une utilisation non abusive de ce qui est permis ou de ce qui n'a pas été interdit.

Le droit de la concurrence déloyale vise essentiellement le respect de l'exploitation commerciale loyale. La notion de concurrence déloyale constitue un complément indispensable à toute réglementation sur le droit des propriétés intellectuelles et sur le droit des ententes et des pratiques restrictives de commerce.

Un grand nombre de pays, dont le Canada, a adhéré à l'article 10 bis de la Convention de Paris qui dispose que les

5. Loi sur le tribunal de la concurrence S.C. 1986, c. 26. Cette nouvelle Loi sur le tribunal de la concurrence vient de créer un tribunal canadien de la concurrence en vue d'assurer un meilleur respect du droit réglementé.

états membres doivent assurer aux ressortissants de l'Union une protection efficace contre la concurrence déloyale (6).

Certains pays ont établi des codes de la répression de la concurrence déloyale. D'autres pays ont préféré laisser les tribunaux atteindre les actes de concurrence déloyale par le biais des principes généraux de la responsabilité civile.

6. Convention Internationale pour la Protection de la propriété industrielle, signée à Paris en 1883, dont les membres forment l'Union de Paris: art. 10 bis.

1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union, une protection effective contre la concurrence déloyale;

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

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

Au Canada on a tenté par l'article 7(e) de la Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale de légiférer de façon nationale sur ce sujet (7). Compte tenu du partage des compétences fédérales et provinciales suivant la constitution canadienne plusieurs arrêts dont le chef de file est l'affaire MacDonald c. Vapor Canada Ltd. ont jugé cet alinéa de l'article 7 inconstitutionnel (8). L'article 7 (e) de la Loi sur les marques de commerce considéré isolément est ultra vires des pouvoirs du Parlement fédéral en ce qu'il envahit la compétence des provinces d'une part en matière de propriété et de droits civils et d'autre part en matière purement locale et privée.

Par contre, l'article 7 (e) aurait pu être intra vires des pouvoirs du Parlement fédéral si on avait pu le rattacher à un domaine d'activités spécifiques reconnu relevant de la compétence fédérale (soit aux brevets d'invention, aux droits

7. Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c. T-10; art. 7: Nul ne doit a) faire une déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent; b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre; c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés; d) utiliser, en liaison avec des marchandises ou services, une désignation qui est fausse sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde i) les caractéristiques, la qualité, la quantité ou la composition, ii) l'origine géographique, ou iii) le mode de fabrication, de production ou d'exécution de ces marchandises ou services; ni e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.
8. MacDonald c. Vapor Canada Ltd., (1977) 2 R.C.S. 134.

d'auteur, aux marques de commerce ou aux noms commerciaux), pourvu qu'il vienne ainsi compléter une réglementation prescrite par le Parlement (9). Dans cette affaire le juge en chef Bora Laskin de la Cour suprême du Canada laissait entendre que l'article 7(e) aurait toujours pu être intra vires des pouvoirs du Parlement au sens de l'arrêt Insurance Co. c. Parson (10) s'il y avait eu dans la législation concernée, un caractère réellement réglementaire (telle l'existence d'une agence canadienne de règlement et de contrôle, avec registres publics, etc.) d'une

-
9. MacDonald c. Vapor Canada Ltd., (1977) 2 R.C.S., 134, 172 (Le juge en chef Bora Laskin). "Neither s.7 as a whole, nor Section 7 (e), if either stood alone and in association only with S.53, would be valid federal legislation in relation to the regulation of trade and commerce or in relation to any other head of federal legislative authority. There would, in such a situation, be a clear invasion of provincial legislative power. Section 7 is, however, nourished for federal legislative purposes in so far as it may be said to round out regulatory schemes prescribed by Parliament in the exercise of its legislative power in relation to patents, copyrights, trade marks and trade names. The subparagraphs of s.7, if limited in this way would be sustainable, and, certainly, if s.7 (e) whose validity is alone in question here, could be so limited, I would be prepared to uphold it to that extent. I am of opinion, however (and here I draw upon the exposition of s.7 (e) in the Eldon Industries case), that there is no subject matter left for s.7 (e) in relation to patents, copyright, trade marks and trade names when once these heads of legislative power are given an effect under the preceding subparagraphs of s.7. In any event, in the present case the facts do not bring into issue any question of patent, copyright, or trade mark infringement or any tortious dealing with such matters or with trade names. There is here merely an alleged breach of contract by a former employee, a breach of confidence and a misappropriation of confidential information. It is outside of federal competence to make this the subject of a statutory cause of action."
10. Insurance Co. c. Parson 7 A.C. 96.

activité commerciale nationale et non simplement privée ou régionale (11).

Devant ces difficultés d'ordre constitutionnel le droit de la concurrence déloyale a trouvé refuge dans le droit relevant de la compétence provinciale. Ainsi la présente étude s'attarde essentiellement à analyser et situer l'évolution du droit de la concurrence déloyale en droit privé québécois. Nous commencerons donc par présenter une classification des diverses formes de concurrence déloyale pour ensuite exposer ces diverses formes de concurrence déloyale avant d'analyser plus en profondeur la nature et les conditions d'exercice de cette action en concurrence déloyale.

11. MacDonald c. Vapor Canada Ltd., (1977) 2 R.C.S. 134; P. BOURBONNAIS, L'action en concurrence déloyale en droit canadien et en droit québécois, thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1979, p. 102;.

CHAPITRE II - LES DIVERSES FORMES DE CONCURRENCE DELOYALE.

Le droit de la concurrence déloyale n'est pas particulièrement identifié en droit québécois comme peuvent l'être d'autres types d'actions telle l'action en diffamation. L'action en concurrence déloyale n'est pas classifiée comme telle. Chez les auteurs, on retrouve ces causes dispersées un peu partout, soit sous les chapitres de la propriété intellectuelle ou ceux de la responsabilité civile, soit encore sous les rubriques de nature procédurale, telle l'injonction ou encore sous des sections du droit qui se rapprochent le plus d'un sujet traité, comme le louage d'ouvrage (12).

L'acceptation même du terme action en concurrence déloyale n'est pas entrée dans notre droit sans contrainte. Les tribunaux ont hésité longtemps à qualifier ce recours d'action en concurrence déloyale (13). Pour un certain temps cette action

-
12. Voir à titre d'exemple les rubriques dans: Annuaire de jurisprudence du Québec 1982, Société québécoise d'information juridique, Montréal, 1983, p.55 et 56 et dans Annuaire de jurisprudence du Québec 1986, Société québécoise d'information juridique, Montréal, 1987, p.64
 13. Giguère Automobile Ltée c. Universal Auto Ltd., (1941) 70 B.R. 166, 169. Voir pour l'évolution de cette notion de la concurrence déloyale en Belgique: A. De Caluwé, A.C. Delcorde, X. Leurquin, Les pratiques du Commerce, Tome I, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier S.A., 1973, 467 pp.

était perçue comme un développement du droit français non nécessairement reçu au Québec.

De plus, comme le sujet de la concurrence déloyale est un sujet voisin du domaine des propriétés intellectuelles, les juristes québécois ont eu tendance à puiser les règles d'application de ce recours dans la common law. D'ailleurs, plus souvent qu'autrement, on a intitulé ce recours d'action en "passing off" sans analyser plus à fond les différences pouvant exister entre ces deux systèmes de droit (14).

De nos jours, certains diront qu'on est sûr de ne pas se tromper car on qualifie ce recours de tout ce qui est possible. D'un seul coup, on l'appelle action en responsabilité civile (sous ses diverses facettes - droit de la personnalité, droit de "l'entertainer", libelle et diffamation, etc.) action en concurrence déloyale ou "passing off", enrichissement sans cause, action de nature pétitoire (15).

Comme il existe une difficulté à définir la nature même de ce recours, peu d'efforts ont été faits en vue de

14. H. SIMON, Le nom commercial, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej, 1984, p. 76 et s.; Notons par ailleurs que l'action en "passing off" est beaucoup plus limitée que l'action en concurrence déloyale. Voir: D.N. Magnusson, "Unfair Competition: Yesterday, Today and Tomorrow", (1982) 10 Patent and Trademark Institute of Canada, Bulletin, Série 8, 1017, 1032.
15. Conway c. Hamel, (1931) 37 R.L. 64, 65 (C.S.); Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616, 617; Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 951; Commodore Business Machines Ltd c. 116772 Canada Inc., [1983] C.S. 1186, 1188; Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 103.

présenter une classification ordonnée des divers actes de concurrence déloyale (16). Une certaine tentative semble toutefois germer dans les écrits québécois plus récents (17). Les études touchant ces divers actes de concurrence ont été beaucoup plus prolifiques sur le continent Européen qu'au Canada.

Une classification des actes de concurrence déloyale n'a pas uniquement pour but de donner une apparence de droit plus structurée, mais elle est fondamentale si on recherche une certaine cohérence et si on désire mieux apprécier les diverses applications des règles du droit en la matière.

-
16. Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, Tome 1, par André Nadeau et Richard Nadeau, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, no. 205, p. 221; N. L'HEUREUX, Précis de Droit Commercial du Québec, 2 éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1975, no. 174, p. 130; A. PERRAULT, Traité de Droit Commercial, Tome II, Montréal, Editions Albert Lévesque, 1936, no. 441, p. 449; J. L. BAUDOIN, La Responsabilité civile délictuelle, Cowansville, Editions Yvon Blais Inc., 1985, no. 167, p. 96.
 17. P. BOURBONNAIS, op. cit., note 11, p.40; M. GOUDREAU, "Concurrence déloyale en droit privé/commentaires d'arrêts", (1984) 15 R.G.D. 133.

SECTION I - Les diverses classifications d'actes de concurrence déloyale.

Les classifications existantes dans divers pays sont fort diverses (18). Elles varient souvent suivant le régime de droit applicable à chaque juridiction (19). En matière de concurrence déloyale, certains pays sont principalement régis par des principes du droit commun en matière de responsabilité civile (20). Pour d'autres pays tel le Canada, la concurrence

-
18. Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, op. cit., note 16, no. 205, p. 221; H. G. FOX, The Canadian Law of Trade marks and Unfair Competition, 3e éd., Toronto, Carswell, 1972, p. 547 et s.; P. ROUBIER, Le Droit de la propriété Industrielle, Paris, 1952, no. 110, p. 504 et s. et no. 119, p. 536 et s.; L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 60, p. 77 et s.; F. DERRIDA, Concurrence déloyale ou illicite, dans Dalloz Répertoire de Droit commercial et des sociétés, Tome 1, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1956, p. 556; R. KRASSER, La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la Communauté Economique Européenne, trad. par Françoise Urbain, Tome IV, (France), Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1972, no. 107, p. 82 et s.; H.C.E. ULMER, La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la Communauté Economique Européenne, Tome I (Droit Comparé), Paris, Jurisprudence générale, Dalloz, 1967, no. 114, p. 77 et s.; S.P. LADAS, Patents, Trademarks, and related rights - National and International Protection, Vol. III, Cambridge, Havard University Press, 1975, no. 896, p. 1705 et s.
19. Y. SAINT-GAL, Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale, 5e éd., Paris, J. Delmas, 1982, p. W.11; M. LUSSIER, Propriété industrielle et Marché Commun, (Travaux du colloque tenu les 6 et 7 décembre 1963 à Grenoble par le centre de préparation à la Gestion des entreprises de l'Université de Grenoble) dans Publication de la faculté de Droit et des Sciences Economiques, Collection générale, Vol. I, Paris, Université de Grenoble, 1964, p. 198 et s.
20. Ibid.

déloyale est régie d'une part par les principes de la responsabilité civile ou des "torts" et d'autre part par le droit statutaire. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un régime d'application mixte quoique pour le Canada, une partie de la Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale (21) a perdu de son importance considérant l'inconstitutionnalité de l'article 7 (e) de cette loi (22).

Des diverses classifications étudiées nous croyons que celle mise de l'avant par l'auteur français Paul Roubier résume bien les grandes catégories d'actes déloyaux. Sa classification se résume aux quatre rubriques suivantes: I- Moyens de confusion. II- Moyens de dénigrement. III- Moyens de désorganisation interne d'une entreprise rivale. IV- Moyens de désorganisation générale du marché (23).

En France, certains auteurs énumèrent les divers actes de concurrence déloyale; voir les auteurs Rendu (24), Pouillet (25). Les actes de concurrence déloyale étant en évolution constante, cette façon de classer a le désavantage de devenir vite périmée. Une autre tendance est de distinguer un

21. S.R.C. 1970, c.T-10, art. 7.

22. MacDonald c. Vapor Canada Ltd., (1977) 2 R.C.S. 134.

23. P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 119, p. 536 et s.

24. A. RENDU, Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale, Paris, 1858, p. 297 et s.

25. E. POUILLET, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres, 5e éd. (Par André Taillefert et Charles Claro), Paris, Marchal et Billard, 1906, no. 656, p. 772 et s.

groupe d'actes de confusion et un autre groupe d'actes de détournement de la clientèle; voir à ce sujet les auteurs Allart (26), Godinot (27).

Couhin (28) et Pichot (29) ont adopté une notion très large de la propriété industrielle et ont traité des actes de concurrence qui portent atteinte à un certain droit de propriété alors que les autres types d'actes de concurrence (dénigrement etc.) ne sont traités qu'à titre complémentaire.

Mermillod (30) répartit les actes de concurrence déloyale de la façon suivante: I- Les procédés tendant à l'affaiblissement ou à la destruction de la position sur le marché d'un ou plusieurs concurrents (dénigrement et confusion). II- Procédés de nature à préjudicier à l'ensemble des concurrents (publicité trompeuse, etc.).

-
- 26. A. ALLART, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, Paris, Librairie nouvelle de droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1892, p. 7 et s. et 345 et s.
 - 27. H. GODINOT, La concurrence déloyale ou illicite, Nancy, Faculté de droit de Nancy, 1932, p. 65 et s.
 - 28. C. COUHIN, La propriété industrielle artistique et littéraire, T. 3, Paris, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1898, p. 395 et s. et p. 420 et s.
 - 29. O. PICHOT, De la concurrence déloyale et de la Contrefaçon en matière commerciale et industrielle, Paris, Rousseau & Cie, 1924, p. 299 et s.
 - 30. L. MERMILOD, op. cit., note 1, no. 60; p. 77 et s. , no. 69, p. 93 et s.

Derrida reprend les mêmes sujets que Roubier (confusion, dénigrement, désorganisation interne d'une entreprise rivale et désorganisation générale du marché) mais les identifie de façon plus générale soit: I- détournement de la clientèle d'un concurrent (confusion). II- détournement de la clientèle de tous les membres de la profession (désorganisation générale du marché). III- diminution de la clientèle (dénigrement et désorganisation interne d'une entreprise) (31).

Une doctrine plus récente tels les ouvrages de Krasser (32) et d'Ulmer (33) a une approche très spécialisée qui s'adapte au contexte économique de la Communauté Economique Européenne. Cette classification est moulée suivant la structure législative de ces pays par rapport à une classification formée suivant les divers actes de concurrence commis. Pour ces auteurs, l'étude de la concurrence porte sur les huit chapitres suivants:

- I - Le risque de confusion. La protection des signes distinctifs. L'exploitation de la renommée d'autrui.
- II - L'exploitation du travail et de l'organisation d'autrui. La protection des secrets.
- III - Dénigrement, réclame comparative. Atteintes au fonctionnement de l'entreprise.
- IV - Réclame trompeuse.
- V - Protection des indications de provenance et appellations d'origine.

31. F. DERRIDA, op. cit., note 18, p. 556 et s.

32. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 187, p. 147 et s.

33. H.C.E. ULMER, op. cit., note 18, no. 121, p. 81 et s.

- VI - Méthodes publicitaires importunes ou choquantes. Corruption.
- VII - Boycottage et discrimination. Baisse des prix. Infraction à des systèmes contractuels de vente.
- VIII - Ventes avec primes. Ventes aux rabais. Soldes, liquidations et autres formes spéciales de vente.

Au Québec l'auteur Nadeau établit de manière générale que la concurrence est déloyale si elle est contraire "aux usages honnêtes" de l'industrie ou du commerce. Il décrit de la façon suivante les diverses formes que peut revêtir la concurrence déloyale sans nécessairement les classifier: " Elle pourra désigner la substitution de produits (passing off), la contrefaçon, le recours à des manoeuvres dolosives pour créer des difficultés à un concurrent, comme détourner son personnel ou l'usage d'une publicité gravement mensongère, comme l'annonce en vente à de très bas prix d'autos d'une marque identique à celle de concurrents quand on n'en a pas à vendre, le détournement de secrets et enfin, l'usurpation d'enseigne (34).

Perrault et L'Heureux donnent également une définition d'ensemble de la concurrence déloyale tout en décrivant une énumération limitée d'actes déloyaux couvrant essentiellement la substitution de produits et l'appropriation de la clientèle par des moyens déloyaux (35).

34. Traité pratique de la responsabilité civile et délictuelle, op. cit., note 16, no. 205, p. 222.

35. A. PERRAULT, op. cit., note 16, no. 441, p. 449 et s.; N. L'HEUREUX, op. cit., note 16, no. 174, p. 130 et s..

Pour les provinces de common law, voici comment l'auteur Fox établit son répertoire d'actes (36):

- a) Passing off by copying trade marks and names.
- b) Passing off by copying the titles of literary and artistic works.
- c) Passing off by copying the dress or get up of goods.
- d) Passing off by substitution of goods.
- e) Passing off by copying the trade name of a business.

D'autres catégories d'agissements déloyaux sont régies par le droit des "torts" de la common law.

36. H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 517 et s.

SECTION II - Tableau général des quatre principaux volets de la concurrence déloyale.

Essentiellement, les quatre principaux volets de la concurrence déloyale présentés par Roubier sont les suivants:

I- Moyens de confusion. II- Moyens de dénigrement. III- Moyens de désorganisation interne d'une entreprise rivale. IV- Moyens de désorganisation générale du marché (37). Nous suivrons cette classification pour les fins de la présente étude.

Nous dressons donc, dans cette deuxième section de la première partie de l'étude, un tableau général des actes déloyaux relevés dans la jurisprudence québécoise. Nous entreprendrons par la suite l'analyse proprement dite de l'action en concurrence déloyale. Ainsi à la deuxième partie du travail nous examinerons la nature véritable de l'action en concurrence déloyale. Nous verrons à la troisième partie les diverses conditions d'ouverture à ce recours et nous terminerons en quatrième lieu par l'étude de questions de procédure et de preuve en la matière.

A. MOYENS DE CONFUSION.

La plus utilisée des formes de concurrence déloyale et l'une des plus anciennes consiste à faire passer les produits ou services d'une entreprise pour ceux d'une entreprise de plus

37. P. Roubier, op. cit., note 18, no. 119, p. 536 et s.

grande notoriété que la sienne (38). Cette première entreprise bénéficie ainsi déloyalement de la bonne renommée et de la réputation d'autrui. Le but principal poursuivi est le désir de s'approprier déloyalement de la clientèle d'un concurrent.

Les éléments qui font l'objet de la confusion sont nombreux. Les plus importants sont le nom commercial, l'enseigne, le nom d'un produit ou d'un service, les titres d'ouvrages tels les titres de livres, de journaux ou de films.

D'autres caractéristiques peuvent également entraîner une confusion, tels l'allure générale d'un local, d'un produit, l'agencement de couleur, une forme particulière de produit ou de boîte qui enveloppe ce produit. C'est ce qu'on appelle bien souvent l'habillage d'un produit (39). De plus, la publicité concernant les produits ou services fait souvent l'objet d'une confusion comme c'est le cas pour les slogans, les textes publicitaires, les catalogues.

38. P. BOURBONNAIS, op. cit., note 11, p. 41; H. G. FOX, op. cit., note 18, p. 501 et s.

39. Ainsi dans TV Guide Inc./TV Hebdo Inc. c. Publications La Semaine Inc., C.S., Montréal, no.500-05-011771-837, 16 juillet 1984, p. 14, J.E. 84-730, la demanderesse qui publiait un horaire T.V. estimait que la défenderesse s'était appropriée de l'habillage de son produit. Cet habillage étant constitué, selon la demanderesse, de la page frontispice, du nom, de l'atmosphère, de la façon de faire, du format, du concept, de la philosophie, de la continuité de style et de rédaction, du contenu, du contenant, de l'allure et de la présentation générale. Le Juge Durocher notait toutefois, que H.G. Fox donnait une définition plus restrictive parlant de "shape, size, colour, wrappers and adornement and possibly appearance".

Parfois, la confusion ne provient pas de la similitude des noms mais du fait que l'on copie ou imite le produit fabriqué par un autre. Il faut dans tous ces cas partir du principe que les objets qui ne sont pas protégés par les lois sur les propriétés intellectuelles telles la Loi sur les brevets (40), la Loi sur les dessins industriels (41) ou la Loi concernant le droit d'auteur (42) peuvent être imités par tout le monde. On considérera comme étant déloyaux les autres actes commis qui s'ajoutent au geste de l'imitation, telle la présentation de produit faite de façon à faire croire que cela vient d'une autre entreprise ou l'appropriation sans droit de secrets de commerce pour imiter le produit d'un autre.

Certains auteurs français sont d'avis cependant, que la reproduction identique du travail d'autrui en particulier ce qu'on nomme le surmoulage ou le décalquage constitue un acte de concurrence déloyale en soi. D'autres y voient la forme d'un enrichissement sans cause. Roubier ne considère pas qu'il s'agit d'un cas d'enrichissement injuste mais plutôt d'un usage abusif de la liberté de commerce et d'industrie. Il considère de plus qu'il ne peut être question de protection contre l'imitation des formes fonctionnelles mais seulement celles qui sont ornementales (43).

40. S.R.C.1970, c. P-4: voir Projet de Loi C-22.

41. S.R.C. 1970, c. I-8.

42. S.R.C.1970, c. C-30.

43. P. ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle, Vol. II, Paris, Sirey, 1954, p. 396 et s.

Il y a également l'acte de substitution par lequel on ne tente pas délibérément d'imiter le produit comme tel, mais où on essaie néanmoins par ses représentations de le faire passer pour le produit d'une autre origine.

Certaines entreprises plus subtiles, camouflent leurs agissements d'imitation mais vivent néanmoins en parasites continuels à toute idée, démarche, acte publicitaire d'une entreprise concurrente. Ces agissements parasitaires sont beaucoup plus difficiles à contrôler que les cas énumérés ci-dessus. Il est également difficile de contrôler la référence injustifiée au nom ou à la marque d'une autre entreprise.

En résumé, la confusion s'exerce essentiellement dans une des catégories suivantes;

- Confusion de noms ou de marques identifiant une entreprise;
- Confusion de noms ou de marques de produits ou services, et confusion dans la publicité concernant les produits ou services et l'imitation de produits;
- La substitution de produits ou de services;
- Le rattachement indiscret ou parasitaire.

Pour chacune de ces catégories, nous exposerons ci-dessous des noms ou marques qui ont fait l'objet d'une analyse

par les tribunaux du Québec (44). Nous soulignons que la présente étude s'attarde essentiellement à la protection des marques de commerce suivant le droit commun. La protection statutaire accordée aux marques de commerce enregistrées/suivant la Loi sur les marques de commerce (45) ne fait pas l'objet du présent travail.

1) Confusion de noms ou de marques identifiant une entreprise.

On a jugé qu'il existait une confusion entre les marques suivantes et que dans chacun de ces cas le détenteur de la première marque mentionnée bénéficiait d'un droit exclusif à l'utilisation de ces mots:

"Acme Vacuum Cleaner Co. Ltd." et "Acme Vacuum Cleaner Co. Ltd."

(46) "Coin - A - Matic Inc." et "Coin Automat Washing Machine Corp."

(47) "Cie Trust Royal" et "Immeubles Le Page Royal Inc."

(48) "Hébert Transport" et "Hébert et Fils"

(49) "Armoires Mirabel" et "Les Intérieurs Mirabel"

(50) "Motel laval" et "Laval"

44. Pour les fins de la présente étude, le mot marque de commerce s'entend dans le sens le plus large; une marque pouvant constituer n'importe quel signe distinctif, (un dessin, un mot, une allure générale, etc.). Il est à noter que la presque totalité des marques étudiées dans la présente étude en matière de confusion n'ont pas été enregistrés suivant la Loi sur les marques de commerce.

45. S.R.C. 1970, c. T-10.

46. Acme Vacuum Cleaner Co. c. Acme Vacuum Cleaner Co. [1953] B.R. 188.

47. Coin-A-Matic Inc. c. Coin Automat Washing Machine Corp., [1966] R.P. 419 (C.S.).

48. Cie Trust Royal c. Immeubles Le Page Royal Inc., C.S. no. 750-05-000319-78, 22 juin 1979, J.E. 79-802.

49. Hébert & Fils c. Desautels, [1971] C.A. 285.

50. 102558 Canada Ltée c. 114524 Canada Inc., [1983] C.S. 1180.

Motor Court" (51) "Place Tevere Pizzeria" et "Miss Tevere Pizzeria" (52) "Quebec Tourist Camping Ground" et "Quebec Tourists' Camping Ground" (53).

Dans chacun des cas suivants on a refusé au détenteur de la première marque mentionnée un droit exclusif à ces mots. Dans chacun de ces cas, la première marque ne rencontrait pas les exigences établies en vue de bénéficier d'un usage exclusif. Parfois les tribunaux ont jugé qu'il n'y avait pas confusion.

"Diamond (& Sigle)" et "Luxor Enrg." (Sigle semblable) (54) "Houde Matelas Sherbrooke Enrg." et "Houde Ideal Matelas Enrg." (55) "Magasin de Rénovation" et "Magasin de Rénovation du Cap" (56) "Party Time Rentals Sales" et "Partyville a Division of Bench & Table World Inc." (57) "Restaurant La Hutte" et "La Hutte à Pizza" (58) "Services d'Extincteurs de l'Estrie Inc." et "Centre d'Entretien d'Extincteurs Enr." (59) "Stand by Club (The)" et "Voyage Stan-Buy Inc." (60).

51. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99.
52. Place Tevere c. Reda, [1975] C.S. 351.
53. Conway c. Hamel (1931) 37 R.L. 64 (C.S.).
54. Diamond Taxicab Association Ltd. c. Luxor Cab Co. (1925) 63 C.S. 29.
55. Houde c. Houde, [1981] R.P. 218 (C.S.).
56. Héroux c. Poliquin, [1974] C.S. 563.
57. Banquet & Catering Supplies Rental Ltd. c. Bench & Table World Inc., [1979] C.S. 1130.
58. Goyette c. J.H. Restaurants Ontario Ltd., [1979] R.P. 398 (C.S.).
59. Service d'extincteurs de l'Estrie c. Côté, C.S., St-François, no.450-05-000792-79, 17 décembre 1980, J.E.81-150.
60. Travel, Travel Inc. c. Voyages Stan-buy Inc., C.S., Montréal, no.500-05-021902-828, 13 avril 1983, J.E. 83-494.

2) Confusion de noms ou de marques de produits ou services et confusions dans la publicité concernant des produits ou services et l'imitation de produits.

Les cas suivants sont des exemples de marques de produits ou de services où on a jugé qu'il existait une confusion et que dans chaque cas, le détenteur de la première marque mentionnée possédait un droit exclusif sur ces marques.

"Cavity" et "Cavity Pat" (61), "Liberté" et signes distinctifs et "Liberté Magazine" et signes distinctifs (62), "Information Centre-Ville" et signes distinctifs et "L'hebdo du Centre-Ville" et signes distinctifs (63), "Parisienne (La)" et signes distinctifs et "Prussienne (La)" et signes distinctifs (64), "Philco" et "Philco" (65), "T.V. Hebdo" et signes distinctifs

-
61. Cusson c. Hoffman, Lemercier & Co. Ltd., (1925) 63 C.S. 380. (Pipes - fabriquées selon une méthode particulière).
 62. Collectif Liberté Inc. c. Liberté-Magazine Ltée., C.S., Montréal, no. 500-05-001615-804, 28 février 1980, J.E. 80-277. (Revues - similitudes apparentes dans le caractère d'imprimerie et trait de ressemblance dans le titre).
 63. Bérubé c. Bérubé, [1976] C.S. 1776 (jugement rendu suivant de l'article 7 de la Loi sur les marques de commerce et la concurrence déloyale S.R.C. 1970, c.T.-10). (Journaux-même arrangement, même couleur d'impression, disposition semblable).
 64. Fyon c. Paquin, (1922) 60 C.S. 130. (Eau de javelle-étiquettes semblables apposées sur des contenants d'eau de javelle. Dessin rectangulaire - femme tenant bouteille-femme tenant épingle à linge sur corde).
 65. Philco Corporation of Canada Ltd. c. Bialik, [1946] C.S. 185. (Cravate et appareil - mots apposés sur ces produits).

"T.V. Plus" (66), "Slater" et "Slater" (67), "Vive ou Vives" et signes distinctifs et "New Vives" et signes distinctifs (68).

Dans chacun des cas suivants on a refusé au détenteur de la première marque mentionnée un droit exclusif à ces mots. Dans chacun de ces cas, la première marque ne rencontrait pas les exigences établies en vue de bénéficier d'un usage exclusif. Parfois les tribunaux ont jugé qu'il n'y avait pas confusion.

"Listerine" et "Listerated" (69), "La maison du Café du Canada Inc." et "Maison du Café" (70), "Milwaukee" et "Milwaukee" (71), "Nutri-diet" et "Fine Form" (72), "Parisienne" (La) et signes distinctifs "Supérieure" (La) et signes

66. T.V. Guide Ltd. c. Telesol Inc., 1979 C.S. 311. (Horaire de télévision, présentation générale semblable). Requête rejetée pour absence de préjudice.
67. Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co., (1929) 46 B.R. 121. (Souliers et bottes - usage du mot Slater en rapport avec la fabrication et la vente de souliers).
68. Vive Camera Co. c. Hogg (1899) 18 C.S., 1. (Appareils photographiques - nom utilisé en rapport avec ces équipements).
69. Lambert Pharmacal Co. c. J.P. Palmer & Son, Ltd., (1912) 21 B.R. 451; (Dentifrice et rinse bouche: nom apposé sur ces produits).
70. maison du café du Canada Inc. c. Interpex Dairy Products Ltd., [1971] C.S. 316; (Café - sac de café avec indication, la maison du café; confondu avec le nom commercial "La maison du café").
71. Pabst Brewing Co. c. Ekers, (1902) 21 C.S. 545; (Bière - l'un fabriqué à Milwaukee, Etats-Unis, l'autre à Montréal, Canada).
72. Herboristerie Vibio Santé Naturelle Ltd. c. Bio Santé Canada Ltée., C.S., Montréal, no. 500-05-013625-791, 15 novembre 1979, J.E. 79-1058. (Substitut alimentaire - format des boîtes et sachets identiques, textes identiques, même description d'ingrédients).

distinctifs (73), "T.V. Guide, T.V. Hebdo" et "L'horaire T.V." (74). On a également refusé un droit exclusif pour des modèles de bottes (75) et pour des modèles de meubles (76).

3) La substitution de produits ou de services.

En général, l'acte de confusion est créé par l'imitation du produit ou l'apposition d'un nom ou d'une marque semblable sur le produit, mais il arrive parfois qu'on ne tente pas de confondre le produit par imitation ou nom semblable mais on tente plutôt par des représentations expresses ou implicites à faire passer un produit offert pour celui commandé. Il s'agit de ce qu'on appelle la substitution de produit. Il s'agit d'un cas où on remet au client qui a demandé un produit d'une certaine marque un produit similaire, mais d'une autre origine et ce sans que le commerçant donne au client d'explications sur la différence. Un cas typique de substitution est celui où un consommateur demande un breuvage de marque Coca-Cola et on lui présente un autre breuvage du même type. La substitution de

-
- 73. Fyon c. Bilodeau, (1919) 56 C.S. 151. (Eau de javelle-étiquettes apposées sur des contenants d'eau de javelle-figure de femme avec tablier - figure, forme d'un ange sur un globe terrestre).
 - 74. T.V. Guide inc./T.V. Hebdo Inc. c. Les publications la semaine Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-0011771-837, 16 juillet 1984, J.E. 84-730. (Horaire de télévision-semblable dans le nom, le format, le style, le concept, i.e. l'allure générale).
 - 75. Pajar Production Ltée c. Capocilla, C.S., Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E. 82-1163. (Ressemblance dans le style de bottes fabriquées).
 - 76. Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S., Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, J.E. 84-1045 (ressemblance dans le style des meubles).

produit a été longuement discuté en matière de produits pharmaceutiques (77).

Il faut noter, que pour invoquer la substitution de produits ou de services il doit être établi que le consommateur demandait réellement le produit ou le service du plaignant. On pourrait penser qu'il n'y a pas substitution de produit ou de service si le consommateur est indifférent à la marque ou au service présenté.

Lorsqu'on parle de substitution de produits, soulignons que dans l'affaire Commodore Business Machine Ltd. c. 116772 Canada Inc. (78) on a interprété extensivement la notion de produit, en ce sens que le produit n'est pas seulement constitué du matériel physique mais de tout ce qui entoure cet objet tel les garanties, le service après vente.

Dans cette cause, la requérante vendait entre autre des ordinateurs de marque Commodore qu'elle achetait de sa filiale japonaise et lorsqu'elle était à court de produits elle s'approvisionnait aux Etats-Unis. La publicité canadienne faisait grand état des nombreuses garanties, du service après vente et autres avantages tels les livres d'instructions bilingues. L'intimée quant à elle achetait ces mêmes marques

-
77. C.K. RAISER, "Substitution (The Problem of substitution from the viewpoint of the pharmaceutical manufacturer)" 19 C.P.R. 1.
78. [1983] C.S. 1186: voir cependant l'affaire Consumers Distributing Co. c Seiko Time Canada Ltd. (1984) 1 R.C.S. 583 où la Cour Suprême du Canada n'a pas accepté la notion élargie du "passing-off".

d'ordinateurs aux Etats-Unis et les revendait au public sans avantage ou garantie équivalent à ce qui était offert par la requérante. L'intimée donnait l'impression au public qu'elle était un représentant de la requérante. Elle n'établissait pas suffisamment les distinctions entre la requérante et elle. Elle induisait le public à croire que ses équipements vendus comprenaient des avantages et des garanties semblables à ceux de la requérante et se rendait ainsi coupable de concurrence déloyale.

4) Le rattachement indiscret ou parasitaire.

Outre les risques de confusion créés comme nous venons de le voir par l'utilisation de noms ou de marques ou la substitution de produits, il existe d'autres formes de concurrence par confusion où on exploite déloyalement les fruits du travail d'un concurrent. Par exemple, sans qu'il n'y ait nécessairement délit de confusion évident ou délit de substitution, on se rattache de façon parasitaire à l'établissement ou aux produits ou services d'un concurrent (79). L'étude de la concurrence par le biais du rattachement parasitaire n'est pas très développée au Québec (80). La France s'est attardée à ce moyen de concurrence de façon plus poussée,

79. Ce rattachement parasitaire est parfois relatif à la qualité, à la destination du produit ou encore aux relations existantes entre les entreprises concurrentes.

80. H. SIMON, op. cit., note 14, p. 78, 79.

mais elle est encore loin d'atteindre l'unanimité quant à son application (81).

L'exemple classique est le cas d'une référence injustifiée au nom ou à la marque d'un autre. Cette forme de référence fait qu'il n'y a pas de façon évidente confusion ni dénigrement de l'entreprise concurrente mais on laisse planer le doute au sujet d'une certaine relation d'affaires pouvant exister entre les entreprises.

Dans certains cas, la fabrication, l'emballage d'un produit ou l'allure générale d'une entreprise n'est pas particulièrement distinctive à cette entreprise et il ne peut y avoir dans ce sens, risque de confusion. Ces éléments ne sont pas aussi protégeables que s'ils avaient été très distinctifs à cette entreprise. Cependant, il arrive qu'un concurrent s'acharne à imiter ce produit ou ces autres éléments non distinctifs. Sous prétexte que ces éléments ne sont pas exclusifs au concurrent, un compétiteur s'acharnera à suivre de prêt tout ce qui est fait par le concurrent et copiera systématiquement toute nouvelle idée.

Il n'y a cependant concurrence déloyale que dans certains cas. Ce n'est pas parce qu'une entreprise a dépensé temps, argents et efforts qu'elle peut qualifier de concurrence déloyale le fait qu'on imite son produit. Ce n'est pas

81. P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 539 et s.; R. KRASSER, op. cit. note 18, no. 321, p. 236; H.C.E. ULMER, op. cit. note 18, no. 285, p. 162.

l'imitation presque parfaite qui constitue la concurrence déloyale. On considère plutôt l'ensemble des circonstances afin de voir s'il y a appropriation injustifiée du travail d'autrui. On exige du copieur un minimum de travail indépendant. On s'assure de vérifier, par exemple, si le copieur a bien mis en évidence sa propre identification (82).

La similitude poussée des produits est un indice que le défendeur s'est servi du produit original d'une façon contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. L'utilisation d'un procédé un peu trop commode peut être jugée comme contraire aux bons usages.

Il est vérifié s'il n'y a pas eu captation ou abus de confiance ou encore usage frauduleux des secrets ou documents confidentiels ou usage de matériaux de mauvaise qualité tout en essayant de ne pas trop distinguer ses produits de ceux d'un autre (83).

Dans l'affaire Genest c. Société de courtage immobilier du Trust Général Inc. (84) la compagnie de courtage Trust Général avait utilisé un nom fictif dans une annonce publicitaire télévisée. Ce nom coïncidait cependant avec le nom d'un courtier

-
82. T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc. c. Publications la Semaine, C.S., Montréal, no. 500-05-011771-837, 16 juillet 1984 p. 15, 16, J.E. 84-730. "D'autre part, nous l'avons souligné, la défenderesse a pris soin de bien distinguer son habillage".
83. Commodore Business Machines Ltd. c. 116772 Canada Inc., [1983] C.S. 1186.
84. C.S. Québec, no. 200-05-005023-812, 1er novembre 1984, J.E. 84-992.

d'immeuble indépendant connu et jouissant d'une bonne renommée. Une injonction fut émise interdisant la diffusion de cette annonce et des dommages-intérêts furent accordés. On a jugé que la compagnie Trust Général avait induit le public en erreur en suggérant que le demandeur Théo Genest vantait les mérites de la défenderesse, alors qu'en fait, il n'était aucunement lié à l'entreprise défenderesse.

Egalement dans Thériault c. Association Montréalaise D'action Récréative et Culturelle (1983), (85) les requérants qui formaient un duo connu sous le nom "Ding et Dong" prétendaient que la formulation, le rythme des expressions utilisées par les intimés dans leurs annonces commerciales pour promouvoir l'exposition la Ronde, étaient identiques à ce qu'ils utilisaient. Cela faisait croire au public qu'ils étaient associés à l'entreprise des intimés.

Au stade d'une injonction interlocutoire, la confusion ne parut pas certaine aux yeux du juge. La requête fut rejetée en tenant compte également du fait que la balance des inconvénients jouait en faveur des intimés.

On analysa ce dossier sous l'angle des critères normalement utilisés en matière de concurrence par acte de confusion. Les faits de cette affaire se seraient bien prêtés à l'analyse de la concurrence par le biais du rattachement parasitaire. Mais comme cette dernière forme de concurrence

constitue en quelque sorte du droit nouveau, les possibilités de succès étaient limitées, à tout le moins au niveau d'une requête pour injonction interlocutoire.

Un autre exemple où le rattachement parasitaire aurait pu être invoqué est l'affaire Pajar Production Ltée c. Capovilla (86). Une compagnie de fabrication de bottes reprochait à son ex-employé d'avoir subtilisé des formes de bottes. L'ex-employé bénéficiait ainsi de la possibilité de mettre sur le marché dans un court délai, une botte identique à celle de son ancien employeur. Cet ex-employé nia cette subtilisation, mais le tribunal mit en doute sa crédibilité. Le juge néanmoins rejeta la demande de la compagnie puisque le modèle de botte ne lui était pas exclusif et qu'il aurait été possible pour l'ancien employé de se procurer ces formes en Italie. Le juge ne tint pas compte cependant du fait que l'employé bénéficiait d'un avantage indû, puisqu'il n'avait pas à faire tout l'effort normal pour obtenir le matériel en vue de la fabrication des bottes.

B.) MOYENS DE DENIGREMENT.

Le dénigrement est différent du premier groupe d'actes déloyaux (confusion) en ce que le concurrent ne cherche pas à subtiliser les valeurs appartenant à l'entreprise d'un rival mais

86. C.S. Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E. 82-1163.

attaque directement sa crédibilité (87). Le dénigrement vise à critiquer de façon excessive et déloyale l'entreprise concurrente ou son âme dirigeante..

Dans le domaine des affaires, rien n'oblige un commerçant à faire acte de charité ou de compassion envers son concurrent. Rien n'interdit non plus au concurrent de profiter du malheur touchant un concurrent. Les tribunaux condamnent cependant tout acte de dénigrement qui dépasse les usages commerciaux honnêtes. Un acte de dénigrement injustifié consiste dans le fait, par exemple, de propager la nouvelle d'une faillite d'un établissement qui a passé au feu alors qu'en réalité il s'agit d'un ralentissement normal des affaires du concurrent.

Il n'y a pas de définition précise du dénigrement mais on dégage de la jurisprudence une série d'éléments caractéristiques au dénigrement.

Le dénigrement peut prendre des formes variées, tels des propos tenus avec des clients, des réclames, des annonces télévisées. En droit français, que le dénigrement soit répandu au public ou tenu devant quelques personnes, ne fait pas de différence (88). Il est également indifférent que l'affirmation soit véridique ou non (89).

87. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 386, p. 282; P. BOURBONNAIS, op. cit., note 11, p. 61 et s.; H.C.E. ULMER, op. cit., note 18, no. 185, p. 115; P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 110, p. 506, no. 120, p. 544; L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 61, p. 77.

88. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 394, p. 287.

89. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 402, p. 294.

Selon une certaine jurisprudence, il est essentiel que les critiques s'adressent à certains concurrents ou groupes visés. Il n'y a pas d'acte déloyal lorsque les propos sont faits de façon générale. Lorsque les propos critiques sont formulés de façon à viser un large groupe d'entreprises dont les membres ne peuvent plus être saisis dans leur individualité. Dans ce dernier cas aucun des membres n'aura qualité pour agir en justice (90).

On identifie essentiellement deux formes de dénigrement. L'une sur la personne, l'autre sur les établissements, produits ou services. On a condamné le dénigrement sur la personne lorsqu'on a tenu des propos concernant des convictions religieuses, politiques ou des conceptions idéologiques d'un concurrent. On a condamné le dénigrement sur l'établissement lorsqu'on a tenu des propos pessimistes sur la situation économique d'un concurrent (91).

Voyons ci-dessous dans les faits quelques-uns de ces cas de dénigrement:

1) La critique excessive.

Dans l'affaire Ferland c. Larose un groupe d'ambulanciers s'acharnait à dénigrer les requérants en faisant

90. Goyer c. Duquette, (1936) 61 B.R. 503; Ortenberg c. Plamondon, (1915) 24 B.R. 385.

91. Un renseignement erroné transmis de bonne foi ne sera pas nécessairement jugé déloyal voir: Corbeil c. Dufresne, [1933] R.L. 40 (C.S.).

publier et en distribuant des dépliants qui indiquaient que ces derniers refusaient de se joindre à un regroupement afin de donner un meilleur service et ce, au détriment de la population (92).

Le juge Orville Frénette de la Cour supérieure condamna les défendeurs en dommages et intérêts:

Il est probablement discutable à savoir si cet acte constitue un cas de libelle diffamatoire, mais il tombe clairement dans la catégorie de ceux que les auteurs et la jurisprudence considèrent comme de la concurrence déloyale (93).

Les limites au droit de critique sont jugées différemment selon qu'il s'agit de propos tenus par un concurrent ou par un tiers. Ainsi, une critique tendant à évaluer la qualité de certains produits ou services dans le but d'éclairer les consommateurs, ne sera pas jugée selon les mêmes règles que si elle était faite par un concurrent.

Cependant, celui qui connaissant la qualité inférieure d'une marchandise en fait part à d'autres, sans intention de nuire au commerçant, n'encourt aucune responsabilité envers ce

92. [1982] C.S. 616; Voir aussi Cossette c. Dun, (1980) 18 R.C.S. 222; Graham c. Pelland, (1896) 5 B.R. 196; Ortenberg c. Hamond, (1915) 24 B.R. 385; Dominion Messenger & Signal Co. c. Vaudrin [1924] R.L. 336 (C.S.); Corbeil c. Dufresne, [1933] R.L. 40 (C.S.); Goyer c. Duquette, (1936) 61 B.R. 503; Field c. United Amusement Corporation Ltd., [1971] C.S. 283; Publications La Semaine Inc., c. TV Guide Inc./TV Hebdo Inc. C.S. Montréal, no. 500-05-011715-830, 16 juillet 1984.

93. Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616, 620.

dernier, surtout lorsque la vérité du renseignement a été constatée par ceux-là même à qui il a été donné.

La critique déloyale peut également se présenter par le biais de la réclame comparative (94).

2) Le procédé en vue de maintenir un monopole sur le marché.

Une forme de dénigrement plus subtile fut décelée dans l'affaire Les Publications La Semaine Inc. c. TV Guide Inc./ TV Hebdo Inc. (95). Il s'agissait essentiellement dans cette affaire d'une situation de concurrence ardue entre la demanderesse qui tentait d'introduire sur le marché une revue (style T.V. Horaire) intitulée "La Semaine Inc." et la défenderesse qui occupait une position solide sur le marché avec la revue "T.V. Horaire".

La défenderesse mit au point un stratagème élaboré afin d'assurer sa prédominance sur le marché. Elle mit sur le marché en même temps que la demanderesse tentait d'introduire sa nouvelle revue, une revue semblable à celle de la demanderesse, mais de qualité bien inférieure. Le but de ce procédé était de créer une confusion, dans l'esprit du public et de s'assurer que ce nouveau produit ne prenne aucune expansion. Ce procédé fut jugé déloyal.

94. Trib. Com. Paris, 23 mai 1979, Gaz. Pal. 1980 2.J. 510, Dans la doctrine québécoise voir à ce sujet: M. Goudreau, "La publicité comparative au Québec: Est-ce une faute de comparer?", [1986] 17 R.G.D. 455.

95. C.S. Montréal, no. 550-05-011715-830, 16 juillet 1984.

Dans l'affaire Service d'extincteurs de l'Estrie Inc.

c. Coté (96) un certain discrédit affligea le demandeur en ce que le défendeur fit publier ce qui suit dans un journal:

Veuillez prendre note que depuis le 17 mars 1978, M. Gaston Coté, ne fait plus partie de la direction et qu'il n'est pas mandaté d'aucune façon pour représenter la compagnie Services d'extincteurs de l'Estrie Inc. et que la même situation existe pour M. Rock Gauthier...

Ces deux individus ne sont pas autorisés...

Cette mise à l'écart d'employés quittant l'entreprise fut jugée répréhensible. Le demandeur tentait par ces propos de nuire aux défendeurs qui organisaient une entreprise semblable à celle du demandeur.

3) La transmission d'informations fausses ou injustifiées.

Le dénigrement probablement le plus fréquent consiste à faire circuler la rumeur qu'un concurrent encourt de sérieuses difficultés financières ou encore à fournir de fausses informations au sujet d'un concurrent (97).

-
96. C.S. St-François, no. 450-05-000792-79, 17 décembre 1980, J.E. 81-150.
97. L'affaire Carsley c. Bradstreet Co., M.L.R. 2 C.S. 35 concerne une agence de crédit qui a fourni de fausses informations à ses membres au sujet de la situation d'endettement de certaines entreprises commerciales; Voir aussi: Dun c. Cossette, (1980) 18 R.C.S. 222; Girard c. Bradstreet, M.L.R. 3 Q.B. 69; De Cow et Lyons, (1984) 6 C.S. 171 (communication d'un pharmacien au sujet d'un médecin); Dominion Messenger and Signal Co. c. Vaudrin, [1924] R.L. 336 (C.S.), (campagne de dénigrement d'un ancien employé); Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S. Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, J.E. 84-1045.

Dans Corbeil c. Dufresne (98) le défendeur avait fait circuler une lettre comportant substantiellement les termes suivants: "On nous a dit que McDonald Shoe ne pourront être en opération pour une couple de mois au moins. Peut-être, seriez-vous intéressé... de faire compléter vos commandes par nous...". On jugea dans ce cas qu'il n'y avait pas concurrence déloyale considérant que ce propos avait été fait de bonne foi suite à une erreur sur la gravité des faits.

- 4) Les accusations de contrefaçon de brevets, de dessins industriels, de marques de commerce enregistrées et la violation de droits d'auteur.

Souvent, le dénigrement se présente sous la forme d'accusations de contrefaçon de brevets, de dessins industriels ou de marques de commerce enregistrées et sous la forme d'accusations de violation de droits d'auteur. On a jugé qu'une personne dont les droits font l'objet d'une contrefaçon ne peut anticiper la décision judiciaire en proclamant publiquement qu'il y a violation de ses droits ou en menaçant indûment de dommages-intérêts (99). Le fait de croire de bonne foi à la validité de son droit de propriétaire n'enlève pas le caractère déloyal. Le fait pour un concurrent de publier une décision judiciaire à laquelle il ne fait pas parti peut constituer un acte de concurrence déloyale (100).

98. [1934] R.L., 40, 42 (C.S.).

99. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 405, p. 296.

100. R. KRASSER, op. cit. note 18, no. 412, p. 301.

C. MOYENS DE DESORGANISATION INTERNE D'UNE ENTREPRISE RIVALE.

Parfois, une entreprise ne cherche pas directement à jeter un discrédit sur un compétiteur mais s'immisce dans ses affaires en vue de désorganiser sa production ou sa gestion interne. Les méthodes employées en vue du désorganiser l'entreprise concurrente sont variées. Nous verrons ci-dessous quelques-uns de ces cas:

- 1) Le détournement d'employés, la suppression de publicité, le détournement de commande et la violation de secrets de commerce.

Certaines entreprises peuvent tenter d'obtenir de façon abusive les secrets de commerce du concurrent ou cherchent par des moyens malhonnêtes à détourner des employés en faisant, par exemple, rompre un contrat en cours. D'autres méthodes sont de supprimer la publicité d'un concurrent ou de détourner les commandes faites à une maison rivale (101).

C'est cependant au chapitre de la violation des secrets de commerce que l'on retrouve le plus grand nombre de litiges.

101. A ce sujet P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 110, p. 506 et note 121, p. 555; L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 62, p. 81; P. BOURBONNAIS, op. cit., note 11, p. 72 et s.; Marion c. Roberts (1904) 14 B.R. 23; Lange c. Platt, [1973] C.A. 1068; Volcano Inc. c. Lavoie, C.S. Montréal, no. 500-05-010262-846, 17 octobre 1984, J.E. 84-1017; Pajar Production Ltée c. Capovilla, C.S. Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E., 82-1163; Matfer Equipment Co. c. Kalisky, [1982] R.P.221; Santé Naturelle Ltée c. Produits de Nutrition Vitaform Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-007329-848, 21 mai 1985, J.E. no. 85-519.

La protection des secrets de commerce est tout aussi importante que la protection contre l'imitation des produits (102). Les secrets de commerce constituent une valeur économique importante au sein d'une entreprise et leur divulgation sans autorisation est considérée comme un acte de concurrence déloyale lorsque cela implique des concurrents (103). Ailleurs que dans un rapport de concurrence, l'employé qui divulgue des informations confidentielles peut être tenu responsable en responsabilité civile délictuelle ou contractuelle ou en abus de confiance.

En droit français, en matière de concurrence déloyale, il est indifférent que la communication soit le fait d'un employé d'entreprise ou d'un ancien membre ou associé (104).

Lorsque l'employé quitte l'entreprise, il peut concurrencer directement son employeur. Il peut partir son entreprise et même solliciter les clients de son ancien employeur. La jurisprudence et la doctrine ont maintes fois

102. S. PICHETTE, Le Régime Canadien de la propriété intellectuelle, Montréal, Centre d'études en administration internationale, Ecole des Hautes Etudes Commerciales, Université de Montréal, 1979, p. 118 et s.; A.N. WISE, Trade Secrets and Know-how through out the World, Vol. 2 New York, Clark Boardman Co., 1981, p. 3 et s.; H. G. FOX, op. cit., note 18, p. 652 et s.; F. DESSEMONTEL, Le Savoir-faire industriel, Genève, Librairie Droz, 1974, p. 1; M.J.A. "Trade secrets and Federal Pre-emption -The aftermath of Sears and Compco," Vol. 19, no. 10 (1967) Journal of Patent Office Society, p. 714 et 715.

103. Marion c. Roberts, (1904) 14 B.R. 23; Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S. 1027.

104. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 372, p. 271.

reconnu ce principe (105). Mais, l'employé ne peut sans autorisation, divulguer les secrets de commerce. La question de savoir s'il s'agit d'un secret n'est pas toujours facile. Les tribunaux ont d'ailleurs souvent eu à déterminer ce qui est public d'un secret et ce qui constitue l'expérience ou l'habileté manuelle ou intellectuelle acquise. Bien souvent pour décider s'il y a eu concurrence déloyale, les juges n'analysent pas nécessairement une série de faits individuels, mais regardent l'ensemble de la situation pour décider s'il y a ou non concurrence déloyale.

Dans l'affaire Super Meubles Inc. (106) le président de la compagnie défenderesse, un ex-représentant de la demanderesse, informait des acheteurs éventuels qu'il pouvait leurs fournir des meubles identiques à ceux de la demanderesse. La défenderesse s'était servie de photographies de meubles fabriqués par la demanderesse et des tissus et échantillons avaient été identifiés comme étant ceux offerts par la demanderesse.

Le tribunal ne considéra pas qu'il s'agissait d'un acte de concurrence déloyale pour les raisons suivantes. Premièrement, seul un acheteur avait pu identifier les échantillons comme étant ceux de la demanderesse. La plupart des

105. N. L'HEUREUX, op. cit., note 16, p. ; Voir règle quant à la situation d'un vendeur d'entreprise, Tomeson, Saunders, Whitehead Ltd. c. Grégoire, [1982] R.L. 522 (C.S.);

106. Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S. Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, J.E. 84-1045.

témoins ne pouvaient identifier le produit comme étant celui de la demanderesse. Deuxièmement, le matériel offert était fabriqué par une compagnie auprès de qui tout commerçant pouvait se procurer le tissu. En ce qui concerne les photographies, il a été mis en preuve que plusieurs photographies venaient de d'autres fabricants. La concurrence déloyale ne pouvait donc être prouvée par violation de secrets de commerce. Le matériel et la documentation n'étaient pas secrets.

Dans l'affaire Pajar (107), la requérante avait soutenu que l'intimé avait frauduleusement subtilisé des formes matrices et des matières premières pour la fabrication de bottes. La requérante sans pouvoir faire de preuve directe, s'appuya sur une présomption à l'effet que l'intimé devait avoir volé ces matières, parce qu'autrement il aurait été impossible dans un temps aussi court de préparer ces échantillons pour une exposition de grande envergure tenue à Montréal.

Le Juge Jean-Marie Brassard, J.C.S., conclut qu'il y avait de fortes présomptions que l'intimé avait frauduleusement subtilisé des formes et du matériel appartenant à son ex-employeur, mais que cela n'était pas un motif en soi pour émettre une injonction interlocutoire. Il n'y avait pas dans ce cas violation de secrets de commerce puisque tout le monde pouvait se procurer ces formes et que dans le domaine des bottes, tout le monde copie à peu près tout le monde. Le tribunal réaffirma que

107. Pajar Production Ltée c. Capovilla, C.S. Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E. 82-1163.

malgré le vol (qui n'était pas un vol de secrets de commerce), rien n'empêchait un ancien employé de solliciter les clients de son ancien employeur. La requérante ne pouvait être propriétaire de ces formes puisque ces dernières n'étaient pas suffisamment distinctives à son entreprise.

A la lecture de ce jugement, on peut se demander néanmoins si le fait d'avoir ainsi volé les fruits du labeur de l'ancien employeur et de profiter indûment d'une longueur d'avance dans un domaine de vive concurrence, ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale.

Dans une autre affaire, Volcano Inc. (108), la requérante avait demandé une injonction interlocutoire en vue d'empêcher deux ex-employés de soumissionner auprès de clients pour qui la requérante tentait également d'obtenir un contrat. La requête avait également pour but d'empêcher les intimés de faire usage de renseignements confidentiels ou privilégiés.

Le tribunal ne trouva pas anormal que les intimés aient conservé des copies de documents provenant de fournisseurs, annonces de produits, catalogues d'information sur l'équipement, listes des prix, etc. et aient emmagasiné dans des disquettes micro-ordinateurs des données à caractère commercial. On considéra le tout comme étant du matériel accessible au public.

108. Volcano Inc. c. Lavoie, C.S. Montréal, no. 500-05-010262-846, 17 octobre 1984, J.E.84-1017.

La requête de la requérante fut donc rejetée. Il avait été mis en preuve que les intimés n'avaient pas participé, lorsqu'ils étaient employés, à la soumission dont il était question dans la requête. On peut cependant présager que le jugement aurait été différent si les intimés s'étaient appropriés le résultat de leur propre travail exécuté alors qu'ils étaient employés.

On estima également dans cette cause qu'il n'y avait pas de tactiques déloyales et, qu'en l'absence de convention restrictive de commerce dans leur contrat de travail, rien n'empêchait les intimés d'exercer leur droit de concurrencer l'ex-employeur, même si ce dernier pouvait subir des pertes financières. La requérante n'avait pas non plus établi la nature confidentielle ou privilégiée de ces produits et le juge adhéra aux principes du professeur Nicole L'Heureux.

Il peut solliciter des clients dont il a reconstitué la liste de mémoires ou dont il a copié la liste lorsqu'il y avait librement accès. Toutefois, l'employé ne peut durant son emploi copier une liste de clients qu'il ne pourrait autrement obtenir qu'en les copiant dans un livre

42

secret de commande (109).

D. MOYENS DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHÉ.

Une quatrième forme de concurrence déloyale a trait à une situation de fait qui désorganise totalement ou partiellement un marché. On parle alors de réclames trompeuses, de boycottages ou mises à l'index des produits ou services d'un concurrent, de baisses de prix illégales, d'infractions à des systèmes contractuels de vente, etc. (110).

Plusieurs de ces agissements sont régis de façon générale par des lois particulières de nature pénale ou civile, telles la Loi sur le tribunal de la concurrence (111), la Loi

109. N.L. HEUREUX, op. cit., note 16, p. 9; également, voir l'enseignement de Faribault appliqué dans l'affaire Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S. 1027, 1031: "Lorsque son contrat d'engagement est terminé, l'employé peut toujours exercer le même commerce ou la même industrie que son patron, soit en son nom personnel, soit pour le compte d'une autre personne pourvu toutefois qu'aucune prohibition à cet effet ne soit contenue dans son bail de services. Il lui est même permis de visiter les clients de son ancien patron pourvu qu'il n'use d'aucun procédés déloyaux à l'égard de ce dernier, tel que divulguer sa situation financière"; voir Aluminium du Canada Ltée c. AlSCO Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-004722-748, 9 juillet 1974, quant au droit de vendeur de concurrencer l'acheteur en cas d'absence de clause restrictive; voir Drouin c. Bellemare, C.S. Québec, no. 200-05-000320-858, 8 août 1985, J.E. 85-837; quant au droit d'un acquéreur de commerce d'utiliser le même numéro de téléphone de celui dont se servait le vendeur.
110. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 62, p. 81; R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 637, p. 458; H.C.E. ULMER, op. cit., note 18, no. 313, p. 179, no. 356, p. 206; P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 122, p. 564; P. BOURBONNAIS, op. cit., note 11, p. 72; M. GOUDREAU, op. cit., note 17, p. 136 et 137.
111. Loi sur le tribunal de la concurrence, S.C. 1986, c.26.

sur la protection du consommateur (112) ou encore par des lois plus spécifiques telle que peut être la Loi sur les permis d'alcool (113) où la publicité en matière de boissons alcooliques est strictement réglementée.

Cependant, les lois spéciales ne sont pas toujours en mesure de couvrir l'ensemble des agissements de nature déloyale, puisque les divers actes de concurrence déloyale varient rapidement avec le temps. De plus, plusieurs de ces lois visent à réprimer pénalement le commerçant en particulier ou une collectivité et ne visent pas à dédommager le concurrent lésé. Nous exposons ci-dessous quelques cas de désorganisation générale du marché.

1) La publicité trompeuse.

En matière de réclames trompeuses, une entreprise est libre de vanter les avantages de ses produits ou de son établissement et la publicité la plus extravagante est permise. Les exagérations ou louanges inoffensives doivent être considérées fautives, si les allégations citées ne correspondent en rien à la vérité.

Il faut examiner à ce moment-là le caractère inexact des allégations et leurs influences trompeuses.

112. Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, c. P-40.1.

113. Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q. 1977, c. P-9.1.

En matière de publicité trompeuse, la France interprète de façon libérale l'article 1382 du Code civil notamment en ce qui concerne les éléments du préjudice ou de la faute (114). Au Québec, les tribunaux ont été plus hésitants à qualifier de concurrence déloyale la publicité mensongère.

Néanmoins, au Québec, un des arrêts clé en cette matière est l'affaire Giguère Automobile Ltée. c. Universal Auto Ltd. (115). L'intimée concessionnaire d'automobiles publia dans un quotidien une annonce indiquant qu'un certain nombre de véhicules automobiles identifiés devait être sacrifié à un prix relativement bas.

Automobiles
sacrifiées
Nous avons annoncé
10 Nash/Lafayette
Modèles 36-37-38
Il ne nous en reste que trois nous sacrifierons pour
\$275 à \$590
Nash Spécial-37 en parfait ordre, \$590 (116).

Cette publicité était fausse et inexacte et l'appelante qui craignait de perdre une certaine clientèle intenta une action en dommages-intérêts contre l'intimée. Quoiqu'il y avait eu preuve d'agissements fautifs, l'appelante ne réussit pas à faire la preuve d'un préjudice certain, soit le fait d'avoir perdu des contrats de vente.

114. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 453, p. 333 et s.

115. (1941) 70 B.R. 166.

116. Id., p. 167.

On exigea donc de façon stricte la preuve d'un dommage réel. Il ne fut pas suffisant de faire une preuve de dommages généraux comme il peut être fait en common law.

En 1979, dans l'affaire Herboristerie Vibio Santé Naturelle Ltd. c. Bio Santé Canada Ltée (117) la requérante avait mis sur le marché un substitut de repas appelé NUTRI-DIET. La requérante avait investi beaucoup dans la recherche et la composition de ce produit.

Elle avait obtenu l'approbation des autorités gouvernementales compétentes et avait organisé un réseau de distribution assez vaste. Survint l'intimée qui plaça sur le marché un produit semblable identifié sous le nom de FINE FORM. Un long débat eut lieu quant à la question de savoir s'il y avait eu confusion entre ces produits qui se trouvaient tous les deux sous la forme d'une poudre ensachée, placée par paquets dans une boîte. Le juge conclua qu'il n'y avait pas de confusion et fut appelé à se prononcer par la suite sur le fait que le produit de l'intimée ne rencontrait pas les représentations qui étaient faites sur le contenant de la boîte quant à la teneur lipidique du produit. De même la présentation d'un menu n'était pas conforme aux données d'un régime amaigrissant.

On jugea que "la fraude reprochée à l'intimée, résidait beaucoup plus dans une violation qui atteint le public en général

117. C.S. Montréal, no. 500-05-013625-791, 15 novembre 1979, J.E. 79-1058.

que la requérante" (118). On estima donc que le dommage allégué ne tenait pas tellement à la concurrence déloyale qu'à la fraude dont le public était victime. On disait que les autres concurrents de la requérante étaient aussi défavorisés qu'elle par la concurrence apportée par FINE FORM.

Le juge considéra que le préjudice direct dans ce cas revenait aux consommateurs et les pouvoirs octroyés aux autorités publiques étaient le remède approprié. Il faut noter cependant, que cette cause ne fut jugée qu'au niveau de l'injonction interlocutoire. Le juge convenant qu'il s'agissait d'une question de droit nouveau et qu'au niveau interlocutoire il avait beaucoup d'hésitations à en extraire l'apparence d'un droit qui pourrait justifier les conclusions recherchées par la requête (119).

- 2) Le camouflage du caractère publicitaire, le lien à une autorité officielle, l'appel aux sentiments, à la passion politique, les fausses appellations d'origine.

Plusieurs autres méthodes publicitaires sont jugées inopportunes. Tel le camouflage du caractère publicitaire de l'annonce, le fait de lier une publicité à une autorité

118. Id. p. 14.

119. Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de mettre à l'écart l'action en concurrence déloyale lorsqu'il s'agit de cas de fraude dont la répression est largement règlementée par l'Etat. La France a connu une préoccupation semblable. Selon Roubier il n'y a pas lieu de faire une distinction entre la concurrence déloyale règlementée ou non. Dans les deux cas le recours en responsabilité doit être permis; voir P. Roubier, op. cit., note 18, no. 84, p. 65.

officielle, la publicité qui fait appel aux sentiments, à la passion politique.

On retrouve également une autre forme de publicité mensongère touchant les appellations d'origine renommées. Roubier nous cite les exemples suivants: "Double crème de Normandie" pour un fromage fabriqué ailleurs qu'en Normandie, "Loutre d'Alaska" pour une fourrure qui ne vient pas d'Alaska et qui n'est pas de la loutre (120).

Les appellations d'origine servent à caractériser les produits d'après leur provenance géographique. Elles indiquent que le produit vient d'un lieu géographique déterminé ou est originaire d'une certaine région. Parfois, elles constituent en même temps une indication sur la nature et la qualité du produit.

Les indications de provenance ou les appellations d'origine constituent des droits fortement convoités en France. Le législateur français a élaboré une législation abondante et fortement spécialisée en matière d'appellation d'origine de sorte que le droit de la concurrence déloyale n'a jamais eu la même importance dans ce domaine que dans les autres cas de concurrence. Plusieurs auteurs français sont d'avis cependant

120. P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 122, p. 565 et 566.

que l'action en concurrence déloyale peut servir de complément utile aux lois spéciales (121).

Au Canada les appellations d'origine peuvent être protégées par le biais des marques de certification suivant l'article 23 de la Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale (122). La protection de ces indications de provenance non-enregistrées par le biais de l'action en concurrence déloyale est pratiquement inexistante au Québec. Les provinces de common law ont connu un plus grand nombre de décisions à ce sujet (123).

- 3) La vente à vil prix, le boycottage, la mise à l'index, l'infraction à des systèmes de vente et le refus de contracter.

Quoique la relation concurrentielle ne soit pas toujours claire, les tribunaux français ont souvent considéré la vente à vil prix comme étant de la concurrence déloyale. Ainsi,

-
121. Pour des études détaillées à ce sujet voir: R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 504 et s., p. 371 et s.; P. ROUBIER, op. cit., note 42, no. 308 et s., p. 753 et s. Il existe des lois spéciales particulièrement pour les produits vinicoles "d'Alsace", "Côte de Provence", "Champagne", etc. et appellations de fromage "Roquefort".
 122. S.R.C. 1970, c.t-10, voir à titre d'exemple Chateau-Gai Wines Ltd. c. Institut National des appellations d'origines des vins et des eaux de vie, [1975]R.C.S. 190.
 123. Grand Hotel Company of Caledonia Springs, Ltd. c. Wilson (1904) 21 R.P.C. 117; Reddaway c. Banham, (1896) 13 R.P.C. 218; Montgomery c. Thompson, (1891) 8 R.P.C. 361; Worcester Royal Porcelain Co. c. Locke & Co., (1902) 19 R.P.C. 479.

le commerçant le plus fort a les moyens de baisser ses prix afin d'éliminer un concurrent plus petit et de hausser par la suite ses prix (124).

Au Québec, d'autres matières, tels le boycottage, la mise à l'index, les infractions à des systèmes de vente contractuelles seront plus facilement considérées comme des éléments de concurrence déloyale donnant droit à une compensation (125).

Le simple refus de contracter n'est pas considéré en soi comme un acte de concurrence déloyale puisque le principe de la liberté de commerce permet à quiconque de transiger avec qui il veut bien, le tout sujet aux règles du droit des ententes.

Est cependant considéré comme étant déloyal, le fait pour un groupe de commerçants d'agir de façon collective en vue d'éliminer un commerçant en particulier ou d'agir contre lui.

Un exemple classique de ce cas se retrouve dans la cause de Philippe Beaubien & Cie c. Canadian Général Electric Company Ltd (126).

La demanderesse, Philippe Beaubien et Cie Ltée,

124. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 639 et s., p. 461 et s.; H.C.E. ULMER, op. cit., note 18, no. 374, p. 218; P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 575 et s.

125. Philippe Beaubien & Cie c. Canadian General Electric Co., [1976] C.S. 1459; Trudel c. Clairol Inc. of Canada (1975) 2 R.C.S. 236.

126. [1976] C.S. 1459.

poursuivit les défenderesses en alléguant que leurs refus de vendre fut la cause de sa déconfiture.

Suite à une proposition concordataire acceptée par les créanciers, la demanderesse se mit en contact avec les défenderesses en vue d'obtenir diverses marchandises nécessaires à son commerce. Les défenderesses refusèrent de vendre alléguant l'existence d'une politique commerciale interne leur interdisant de vendre directement à un entrepreneur financièrement lié à un entrepreneur en électricité. On prétendait par ce refus, vouloir éviter qu'un entrepreneur en électricité puisse bénéficier de prix spéciaux dont ne pourraient bénéficier les autres entrepreneurs.

Comme les défenderesses étaient dans le domaine des lampes électriques, des fournisseurs fondamentaux, le tribunal jugea que le refus de vendre était injustifié suivant l'article 39 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (127).

Le refus de vendre fut également analysé sous l'angle de la concurrence déloyale et de manoeuvre s'y apparentant tel le boycottage. On jugea que les défenderesses s'étaient livrées à des manoeuvres trompeuses constituant des pratiques commerciales déloyales. On décida que la demanderesse pouvait en vertu de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada, demander réparations aux défenderesses sans même avoir à prouver la mauvaise foi.

127. Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, c. c-23; En droit français voir: Trib. com. Nantes, 23 avril 1956, J.C.P. 1956, 11, 9639.

4) La violation des contrats d'exclusivité et des accords de distribution.

On considère également comme étant des actes de concurrence déloyale, la violation des contrats d'exclusivité et des accords de distribution. Les contrats d'exclusivité sont reconnus dans la mesure où ils respectent les règles établies par le droit des ententes. Des problèmes particuliers surviennent lorsque des tiers violent de façon délibérée ces contrats.

En France la jurisprudence part du principe que le tiers qui participe à la rupture de contrats existants entre commerçants liés peut être assigné en dommages-intérêts et en injonction. Le poursuivant doit néanmoins prouver qu'il avait connaissance de l'obligation contractuelle violée.

La jurisprudence française assimile la connaissance des droits contractuels du concessionnaire exclusif à la connaissance par le tiers de l'obligation contractuelle du fournisseur ou du client avec lequel il entame des relations d'affaires. Le concessionnaire exclusif a souvent considérablement investi en vue d'obtenir l'exclusivité du marché. Celui qui vient tirer profit de cette situation sans payer la note commet un acte de concurrence déloyale (128).

128. P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 579, R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 745, p. 534; ULMER, op. cit., note 18, no. 343, p. 197.

Au Québec, l'affaire Trudel c. Clairol Inc. of Canada est un exemple de violation d'un contrat d'exclusivité. Cet arrêt fut jugé par la Cour suprême du Canada en 1975 (129).

Dans cette cause, l'intimée (demanderesse à la Cour supérieure) Clairol Inc. of Canada fabriquait et vendait un colorant capillaire appelé "Miss Clairol Hair Color Bath". L'intimée maintenait deux marchés: un produit, destiné à l'usage personnel, était vendu à \$ 12.50 la bouteille et un même produit, destiné à l'usage professionnel était vendu à \$ 6.50 la bouteille. Le produit pour usage professionnel était vendu à des grossistes chargés de le vendre uniquement à des coiffeurs(ses). Les grossistes qui achetaient le produit pour usage professionnel signaient une formule où ils s'engageaient à ne vendre le produit qu'à des professionnels coiffeurs(ses) qui en faisaient usage uniquement dans leur établissement.

Le requérant était propriétaire de sept salons de coiffure et vendait ce produit pour usage professionnel à ses clients, contrairement à ce qui était convenu entre l'intimée et les grossistes autorisés. Le requérant n'était pas d'ailleurs un grossiste autorisé.

Il fut jugé que le requérant en se rendant complice de la violation du contrat intervenu entre l'intimée et ses agents grossistes autorisés commettait une faute délictuelle, entraînant sa responsabilité car il y avait faute de s'associer sciemment à

la violation d'un contrat. Le requérant connaissait la politique et les instructions de l'intimée quant à la vente des produits et avait agi à l'encontre de cela.

Nous avons exposé au présent chapitre les diverses formes que peut prendre la concurrence déloyale. Ces diverses formes se retrouvent essentiellement sous quatre grandes catégories d'actes soient; la confusion, le dénigrement, la désorganisation interne d'entreprise rivale et la désorganisation générale du marché.

Au prochain chapitre nous aborderons la question controversée de la nature véritable du recours en concurrence déloyale. Par la suite nous analyserons de plus près les diverses conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale.

DEUXIEME PARTIE: LA REPRESSION DE LA CONCURRENCE DELOYALE.

CHAPITRE I - LA NATURE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE.

Le droit québécois a évolué au cours des ans sous l'influence de deux systèmes juridiques. Le Code Napoléon fut partiellement à l'origine du droit civil québécois et ce sont les principes de la common law qui ont guidé une grande partie de notre droit commercial.

Ces deux systèmes ont influencé tour à tour le droit de la concurrence déloyale au Québec. Cependant, depuis toujours les juristes français ont eu beaucoup de difficultés à identifier ce recours. Quel en a été la préoccupation des tribunaux et de la doctrine québécoises? Jusqu'à quel point la common law a-t-elle influencé le droit du Québec? Ces questions seront discutées au cours de ce chapitre qui vise à mieux comprendre la nature juridique de l'action en concurrence déloyale.

On a dit de la concurrence déloyale quelle est par sa nature trop ample et imprécise pour qu'il soit possible de donner facilement une idée exacte de ses contours et de sa substance (130).

130. MERMILLOD, op. cit., note 1, p. 3.

D'ailleurs, de par son ampleur et sa variété plusieurs contestent l'assimilation de l'action en concurrence déloyale à une action en responsabilité civile. On argumente que l'action en concurrence déloyale connaît des particularités qui ne répondent pas suffisamment bien aux conditions d'une action en responsabilité civile.

La solution retenue bien souvent de nos jours est d'ignorer cette question d'identification de la nature de ce recours, de sorte que l'on se retrouve souvent devant des décisions motivées de façon fort diverses.

SECTION I - Evolution du droit français.

Les problèmes relatifs aux agissements déloyaux des commerçants ont toujours existé, et se sont particulièrement accentués en droit français au cours du XIXe siècle (131). Très tôt, les tribunaux français ont eu à déterminer ce que constituait un acte déloyal commis par un commerçant au détriment d'un autre.

Les toutes premières décisions dans ce domaine ont laissé voir qu'on a jugé ces causes suivant une appréciation morale de l'acte (132). Ainsi, dans la décision du tribunal de commerce de Versailles du 23 avril 1852 il est dit:

considérant que si la liberté commerciale est érigée en un principe sacré auquel il faut se garder de porter atteinte, cette liberté ne comporte pas l'emploi de moyens qu'on ne saurait avouer, et qui ne sont pas à l'usage des commerçants guidés par la bonne foi et la loyauté... (133)

Ce principe de la liberté de commerce fut expressément reconnu en France en 1791 par biais de la Loi 2-17 mars 1791 (134).

131. F. DERRIDA, op. cit., note 18, p. 556.

132. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, p. 35.

133. D., 1853, 11, 163.

134. F. DERRIDA, op. cit., note 18, p. 556; R. KRASSER, op. cit., note 18, p. 1.

Le commerce et par conséquent la concurrence, étant expressément ouverts à tous, les actes visant à s'approprier de façon déloyale les efforts de commerce d'un autre commerçant se sont accentués presque aussitôt de façon parallèle.

Cependant, à cette époque où on légiféra sur les principes de la liberté de commerce, aucune loi précise ne fut édictée en vue de restreindre les abus du commerce. Par conséquent, les premières décisions condamnant les actes immoraux suivant l'entendement des usages commerciaux de l'époque n'ont pas été rendues en s'appuyant nécessairement sur des bases juridiques définies (135).

Ce n'est qu'ultérieurement que la doctrine française a senti le besoin de rattacher la réprimande des actes déloyaux à un fondement juridique circonscrit. A l'époque, la base juridique qui parut le plus facilement applicable fut celle se rapportant aux articles 1382 et 1383 du Code civil français.

Pour protéger le commerçant contre le détournement de sa clientèle, la loi n'a pas trouvé d'autre moyen que de lui accorder un droit exclusif d'exploitation, mais elle ne pouvait le faire que par des monopoles partiels sous peine de détruire la liberté de commerce; ainsi a été créée

135. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, p. 35, note qu'un auteur anonyme d'un commentaire consacré à l'arrêt rendu par le tribunal de Commerce de Versailles le 23 avril 1852, cité sous D, 1853, 11, 163 écrit: "Cette solution est dans le sens d'une jurisprudence considérable qui, sans s'appuyer sur des textes de lois suffisamment précis, a constamment prohibé les actes si divers de concurrence déloyale qui se sont manifestés dans le commerce".

la propriété industrielle. La jurisprudence a imaginé un autre système de protection, d'application plus large en se servant du concept de la responsabilité; elle a fait un délit civil des pratiques déloyales et la concurrence déloyale a servi à défendre de façon générale la clientèle du commerçant, c'est-à-dire le fonds de commerce (136).

Les articles 1382 et 1383, étant le fondement de toute action en responsabilité civile française, semblaient répondre adéquatement au besoin d'encadrer le recours en concurrence déloyale. En effet, cette disposition d'ordre général avait pour avantage de s'adapter facilement à une grande variété d'actes déloyaux qui au cours des années et des époques varient dans ses formes.

En effectuant ce choix, le droit français s'est placé dès le début du siècle à l'avant-garde de son temps et la jurisprudence française fut très rapidement riche de décisions à ce sujet.

Les juges du droit français ont pu par le biais des articles 1382 et 1383 du Code civil adapter la morale et le sens des honnêtes usages commerciaux aux innombrables causes de la concurrence déloyale.

On aurait pu croire que le droit français ouvrait la porte à une évolution unifiée et constante du droit de la

136. G. RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, 10 éd., (par René Roblot), Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1980, no. 462, p. 292.

concurrence. Tel ne fut pas le cas puisque tout au cours des années qui ont suivi cette époque, l'action en concurrence déloyale n'a pas adéquatement trouvé sa place. Cette question fait encore aujourd'hui l'objet d'une profonde controverse.

Plusieurs auteurs contestent l'assimilation de l'action en concurrence déloyale à une action en responsabilité civile (137). On argumente que l'action en concurrence déloyale connaît des particularités qui ne répondent pas suffisamment bien aux conditions d'une action en responsabilité civile ordinaire.

On hésite à qualifier ce recours d'action en concurrence déloyale pour les raisons suivantes. En matière de concurrence déloyale les dommages n'existent pas toujours ou sont difficiles à prouver. Et s'ils peuvent être prouvés cela ne constitue qu'une question secondaire au désir premier qui est de faire cesser l'acte déloyal. L'objectif du concurrent lésé vise beaucoup plus la cessation ou l'interdiction de l'acte déloyal qu'à l'obtention d'une compensation pour un dommage passé ou la réparation d'un préjudice causé.

Une autre particularité de ce recours a trait à la définition de la faute commise. Plusieurs auteurs divergent

137. Voir à ce sujet L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 28 et s., p. 35 et s.; P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 518 et s.; L. JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, 2e éd., Paris, Librairie Dalloz, p. 231 et s.; G. RIPERT, op. cit., note 136, p. 292 et s.; F. DERRIDA, op. cit., note 18, p. 556 et s.; GIVERDON C., "Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce", (1953) 6 rev. trim. dr. comm. 861.

d'opinion quant à l'application de la notion de la faute en matière de concurrence déloyale.

De plus, pendant longtemps la jurisprudence a exigé comme condition d'exercice de l'action en concurrence déloyale, la preuve d'un élément de mauvaise foi. Ceci à l'origine distingue très nettement ce recours de l'action sous 1382 du code civil français puisqu'on exclut ainsi le cas de faute commise par négligence ou imprudence.

Cette difficulté à concilier le recours des concurrents à l'action en responsabilité civile donna lieu à la formation de deux écoles de pensées.

La première école étant de conception classique, maintient que ce recours en est un de nature personnelle, que l'on qualifie tour à tour d'abus de droit (Josserand), d'action en responsabilité ordinaire (Mazeaud) et d'action en responsabilité de type particulier (Roubier, Mermillod) (138).

Ceux qui adhèrent à la deuxième école de pensée (celle-ci plus contemporaine), tels les Ripert, Dassas, Escarra, Boulanger, considèrent les actes déloyaux comme une violation d'un droit réel qui s'apparente plus à un droit de propriété, à

138. L. JOSSERAND, op. cit., note 137, p. 2 et p. 231; H. L. MAZEAUD et A. TUNC, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Tome I, 6e éd., Paris, MontChrestien, 1965, no. 568, p. 654 et s.; P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 117, p. 527; L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 28, p. 35 et no. 99, p. 127.

un droit à sa clientèle ou à sa marque. L'action entre concurrents en serait une de la nature d'une action possessoire ou d'une action en revendication (139).

Les débats concernant la nature de la concurrence déloyale se cristallisent particulièrement lorsqu'il s'agit d'expliquer ou de justifier la réprimande d'un geste commis en dehors de toute intention de nuire, de toute imprudence ou négligence.

Tel est le cas de confusion par pure coïncidence où deux concurrents homonymes se retrouvent sur un même marché. Aucune manoeuvre n'est utilisée par l'un des concurrents en vue de créer cette situation ou de profiter des possibilités de confusion qu'elle entraîne. Cette situation n'en cause pas moins un grave préjudice au commerçant qui s'est établi le premier sur le marché.

139. G. RIPERT, op. cit., note 136, no. 462, p. 292 et s.; G. DASSAS, L'élargissement de la protection des marques en droits français, allemand et international, Paris, Librairie techniques, 1976, p. 132; J. ESCARRA, Cours de droit commercial, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1952, p. 84; J. BOULANGER, "L'enseigne," [1946] 10 Rev. Gen. dr. comm., p. 5, Une troisième école de pensée relève que la concurrence déloyale remplit une fonction de type disciplinaire. Cette école de pensée a connu un regain d'intérêt suite à certains travaux doctrinaux récents dont l'étude de l'auteur Azema dans Le droit français de la concurrence, P.U.F., 1981. Cette école de pensée est largement critiquée particulièrement par l'auteur A. Pirovano, "La concurrence déloyale en droit français" (1974) 26 rev. trim. dr. comm., 115. Cette thèse de type disciplinaire limite singulièrement la théorie de la concurrence déloyale.

Un des plus ardents défenseurs de la théorie de l'abus de droit est l'auteur L. Josserand (140). Cet auteur distingue un acte par lequel une personne viole le droit d'autrui, tel un acte de contrefaçon de marques de commerce, du cas d'un acte de concurrence déloyale, qui n'est pas illégal comme le précédent mais qui est illicite par le mobile auquel il est ressorti.

Selon Josserand la théorie de la concurrence déloyale n'est qu'une forme spécialisée de la théorie de l'abus de droit. Cet auteur note qu'il existe plusieurs conceptions de la notion d'abus de droits dont l'une par laquelle l'abus existe même en dehors de toute intention de nuire toutes les fois que l'on se servirait d'un droit à des buts différents de ceux que le législateur a envisagé. On ne peut protéger un droit lorsqu'il ne couvre pas un intérêt légitime.

Certains auteurs, dont Mazeaud, n'acceptent pas que l'on étende ainsi l'action en responsabilité à l'échelon de l'abus de droit (141). Les actes de concurrence déloyale sont des fautes quasi-délictuelles en ce sens qu'ils ne sont pas admis par les usages et qu'un homme avisé n'aurait pas agi de cette façon.

On dit que la thèse de Mazeaud n'apporte pas une réponse précise au cas de confusion créé sans imprudence ni négligence. Mazeaud se contente de dire que la responsabilité

140. L. JOSSERAND, op. cit., note 137, p. 237.

141. H.L. MAZEAU et A. TUNC., op. cit., note 138, no. 568, p. 654. no. 645, p. 722.

civile française reconnaît certains cas de responsabilité sans faute sans élaborer davantage. Certains diront que même s'il n'y a pas eu faute en causant un état de confusion, le commerçant commet par la suite un acte fautif lorsque connaissant cet état de confusion il ne fait rien pour y remédier (142).

Les auteurs Roubier et Mermillod réfutent la théorie de Josserand principalement pour les raisons suivantes.

Premièrement, il n'est pas nécessaire de recourir à la notion d'abus de droit pour réprimer un acte commis sans intention de nuire et qui cause des dommages. Deuxièmement, le droit de la concurrence déloyale n'est pas un droit défini dans le même sens qu'un droit de propriété et on ne peut pas dans ce contexte parler d'abus de droit.

Selon Roubier, la jurisprudence a admis depuis longtemps dans le contexte de l'article 1382, la responsabilité du fait de la liberté commerciale même en dehors de toute manoeuvre déloyale, intention de nuire ou même de tout mobile illégitime. Il n'est pas nécessaire de recourir à la notion d'abus de droit tel que préconisée par Josserand. La responsabilité civile couvre ces cas.

Roubier précise qu'il ne peut y avoir en concurrence déloyale, ni manoeuvre déloyale, ni motif illégitime, ni fin anti-sociale. Il y a seulement au dire de cet auteur des moyens

142. Id., no. 568, p. 654 et no. 645, p. 722.

de luttres concurrentielles qui sont condamnés par les usages (143).

Cette distinction que fait Roubier peut paraître un peu excessive. La différence entre un geste posé dans un but anti-social et un geste posé contre les usages du commerce n'est pas un critère déterminant. Cependant, l'auteur Roubier se reprend en disant que la faiblesse de la théorie de Josserand repose sur le fait qu'il qualifie le droit de la concurrence au niveau d'un droit précis (144).

Roubier est d'avis que certains droits, n'ont jamais été clairement définis par la doctrine et qu'en tentant de définir ces droits il s'agit beaucoup plus d'un abus de mots. Si l'on suit la théorie de Josserand, tout pourrait être qualifié de droit tel le droit à la vie, à l'honneur et ce, au même titre qu'un droit de propriété, un droit de succession. Dire que tout usage illégal de ces droits constitue un abus de droit est inexact selon Roubier. En réalité c'est la théorie de la responsabilité civile qui s'applique. L'auteur Mermillod opine également dans ce sens:

Josserand... semble n'admettre aucun échelon de transition entre la liberté qui n'est pas un droit mais la souche commune des droits et des devoirs" et les devoirs et les droits proprement dits (145).

143. P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 524 à p. 526.

144. Id., p. 527.

145. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 99, p. 127.

Les auteurs qui conviennent de rattacher le droit de la concurrence à la responsabilité civile admettent cependant que les articles 1382 et 1383 ne répondent pas exactement à la réalité qui gouverne la concurrence déloyale. C'est pourquoi Roubier y voit une action en responsabilité de type particulier. Les particularités se trouvant spécialement au niveau de la faute et du préjudice (146). Mermillod considère l'action en concurrence déloyale comme étant le résultat du droit français coutumier qui s'est développé depuis la promulgation du code Napoléon et qui s'est appuyé en partie sur l'article 1382.

Placé dans une situation de ce genre, le juriste de l'école française songe à utiliser les enseignements du Droit romain. En notre matière, il lui faut, semble-t-il, renoncer à procéder de la sorte. Dans l'état actuel des connaissances, l'étude du Droit romain, si elle fournit quelques indications fragmentaires, ne permet pas de conclure à l'existence d'une véritable réglementation des rapports de concurrence (147).

Mermillod est d'avis que c'est l'auteur Roubier qui définit de façon la plus précise la nature juridique de la concurrence déloyale (148).

C'est la jurisprudence qui a défini les particularités de ce recours en concurrence déloyale. Du cheminement jurisprudentiel, il en est ressorti qu'une des conditions

146. P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 115, p. 518.

147. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 115, p. 142.

148. Id., no. 104, p. 132.

préalables à l'exercice de ce recours particulier est la preuve d'un rapport de concurrence entre les parties. Une fois l'élément de concurrence prouvé, on applique la théorie de la responsabilité civile, mais en l'adoptant au contexte particulier des agissements déloyaux entre commerçants.

On explique toutes les particularités de cette action en responsabilité civile spéciale par le fait que le droit de la concurrence déloyale a trouvé son point de départ non pas dans la doctrine civile pré-existante mais en droit commercial dans les problèmes de limite de la liberté de commerce puis s'est développé par la suite sur une voie différente soit celle de la responsabilité civile (149).

Devant toutes ces difficultés à bien cerner l'action en concurrence déloyale, particulièrement dans le domaine de la confusion, une certaine doctrine a coupé court à toute l'argumentation voulant justifier ou expliquer ce recours sous le chapeau de la responsabilité civile, de l'abus de droit ou voulant l'étendre jusqu'à créer une ramification de la théorie de la responsabilité civile. Une certaine doctrine contemporaine en traduisant l'état d'esprit des commerçants qui estiment être en quelque sorte "propriétaires" de leur clientèle, de leur fonds de commerce parle d'action réelle ou encore est d'avis que la

149. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 62, p. 49.

jurisprudence a créé une règle de spécialité semblable à ce qui existe pour les marques de commerce enregistrées (150).

Selon l'auteur Dassas, la jurisprudence française admet qu'il peut y avoir concurrence-déloyale dans le seul fait de créer involontairement un risque de confusion avec le signe distinctif d'un concurrent et sans qu'une confusion soit effectivement produite. Selon cet auteur, on efface ainsi singulièrement la notion de la faute et celle du préjudice. Il est difficile de parler de négligence ou d'imprudence au sens de l'art. 1383 du Code civil français dans l'adoption fortuite du signe distinctif d'un tiers lorsque ce signe est, par exemple, une marque exploitée dans une région lointaine et qu'il n'existe aucun moyen de déceler son existence (151). L'action en concurrence déloyale est donc donnée comme un moyen d'assurer l'ordre dans la vie commerciale en rendant objectivement responsable un deuxième utilisateur, qui même de bonne foi aura choisi un signe distinctif susceptible d'entraîner des confusions avec les produits ou l'établissement d'un concurrent pré-établi, créant un risque de détournement de clientèle.

Selon cet auteur, la création d'un risque de confusion est à elle seule considérée comme une faute et l'existence de risque de confusion est à elle seule considérée comme un préjudice.

150. G. DASSAS, op.cit., note 139, p. 132; G. RIPERT, op. cit., note 136, no. 462, p. 292; H.C.E. ULMER, op. cit., note 18, no. 76, p. 49.

151. Ibid.

Une telle solution revient à donner une protection très voisine de celle accordée sur le plan civil aux marques enregistrées.

Dans ce même ordre d'idée Ripert est amené à penser que l'action en concurrence déloyale est une action qui protège un droit défini et ce droit est la propriété du fonds de commerce.

Elle s'analyse comme le droit de conserver une clientèle par l'emploi de certains éléments. Les procédés employés pour détourner cette clientèle constituent une atteinte au droit dans la mesure où ils détruisent quelques éléments de fonds (152).

Pour Ripert, la décision d'interdiction par rapport à une décision de réparation se comprend dès lors à merveille. On ne vise pas à réparer un préjudice mais à protéger un droit.

Selon ce dernier, la jurisprudence sanctionne même les agissements non intentionnels, ce qui nous éloigne de la théorie de la responsabilité civile. Ceci nous rapproche de la sanction du droit exclusif qui appartient à une personne sur sa clientèle et nous rapproche d'une action possessoire ou d'une action en revendication. L'action en concurrence déloyale est en quelque sorte une action réelle et sanctionne un droit de propriété.

152. G. RIPERT, op. cit., note 136, no. 463, p. 294.

Plusieurs auteurs affirment que cette conception si intéressante soit-elle, ne correspond pas à l'état du droit positif (153). On prétend que la jurisprudence ne se contente pas d'une simple atteinte à un droit, et au surplus il peut y avoir concurrence déloyale indépendamment de toute atteinte à la clientèle, par exemple, quand un concurrent détourne déloyalement un employé de son rival.

La majorité des auteurs est d'avis que le fondement de la concurrence déloyale demeure celle de la responsabilité civile. Qu'on dénote un certain nombre de particularités n'est pas un phénomène inconnu en matière de responsabilité délictuelle en général. Que l'action en responsabilité tente normalement à faire cesser les agissements plutôt qu'à réparer les dommages passés se retrouve souvent en d'autres matières. Lorsque les actes dommageables se poursuivent, l'action en responsabilité civile vise aussi la cessation des faits illicites.

En ce qui concerne les dommages causés dans l'exercice d'un droit, c'est une notion extensive ou acceptée de la faute ou c'est selon d'autres, la notion d'abus de droit qui s'applique.

Cette confrontation des deux écoles de pensée tire son origine à l'époque du début du siècle où le contexte social admettait de moins en moins le concept traditionnel de la faute

153. F. DERRIDA, op. cit., note 18, p. 556; R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 63, p. 50.

en responsabilité civile. Graduellement, on a tenté de développer la théorie du risque ou de la garantie (154).

Il y a toujours eu de farouches opposants à cette évolution moderne du droit civil et il appert que les contestataires n'ont pas convaincu la doctrine et la jurisprudence majoritaire française. A toute fin pratique, on continue de parler d'action en responsabilité civile mais de type particulier. Un peu comme on parle de la responsabilité particulière qui découle des troubles de voisinage. Dans ce dernier cas, on a créé une faute présumée dans l'intérêt général de la société lorsque quiconque cause à ses voisins une gêne excédant celle que l'on doit normalement tolérer. La faute existe peu importe si celui qui a causé le dommage a agi avec toute la célérité et la prudence d'un bon père de famille ou d'une personne avisée.

Dans certains cas on se retrouve dans un domaine spécialisé de la responsabilité civile qui s'est développée de façon autonome avec des conditions et critères d'applications propres.

154. J.-L. BAUDOUIN, op. cit. note 16, no. 90, p. 56: "Cette théorie se développa principalement en réaction contre les injustices sociales engendrées par l'application du système traditionnel aux accidents industriels. Le développement de l'utilisation de la machine et une mécanisation du travail de plus en plus poussée au cours de la seconde moitié au XIX^e siècle avaient eu pour effet d'augmenter considérablement le nombre d'accidents de travail. Dans de nombreux cas, l'ouvrier blessé qui voulait réclamer de l'entreprise, se trouvait placé dans une situation défavorable."

SECTION II - Evolution du droit québécois.

Au Québec le débat doctrinal quant à la nature même de l'action en concurrence déloyale n'a pas fait l'objet d'autant de controverse qu'en France. Dès le début du siècle les auteurs québécois ont classé ce recours dans la catégorie des actions en responsabilité civile:

Le plus connu et le plus fréquent des délits et des quasi-délits relatif aux commerçants et aux opérations commerciales est la concurrence déloyale ou illicite.

....

Celui qui commet un acte de ce genre peut être tenu responsable aux termes de l'art. 1053 C.c. qui impose le devoir général de ne pas nuire à autrui (155).

L'action en concurrence déloyale est basée sur l'art. 1053 et il peut y avoir quasi-délict d'imprudence à se servir, sans examen sérieux, de méthodes susceptibles de nuire injustement à autrui, dans son commerce ou son industrie, même sans méchanceté (156)

Il y a concurrence déloyale dès lors que le commerçant commet dans l'exercice et au bénéfice de son commerce, à l'encontre d'un autre commerçant, un acte ou une faute susceptible de porter préjudice à ce dernier dans le but de détourner sa clientèle. Ceci suppose donc la preuve

155. A. PERRAULT, op. cit., note 16, no. 441, p. 449.

156. Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, op. cit., note 16, no. 201, p. 219.

d'une faute commise par le défendeur et celle d'un dommage subi par le demandeur (157).

Nous verrons cependant qu'une certaine jurisprudence québécoise connaît des préoccupations semblables à celles qui ont été débattues en France le tout doublé des effets apportés par l'influence des décisions de la common law.

En effet, la jurisprudence québécoise a plus souvent qu'autrement eu recours aux critères élaborés dans l'action en "passing off" de la common law plutôt que de procéder à l'analyse traditionnelle des éléments générateurs de la responsabilité civile. On dénote ces références de la common law dans une partie importante de la jurisprudence québécoise; voir les arrêts suivants: Vive Camera Co. c. Hogg (158); Pabst Brewing Co. c. Ekers (159); Republique Française c. S. Hyman Ltd. (160); Philco Corporation of Canada Ltd. c. Bialik (161); Banquet & Catering Supplies Rental Ltd. c. Bench & Table Rental World Inc. (162); Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983) (163).

Même si l'acte en "passing off" est reconnu comme étant déloyal en droit québécois l'action en "passing off" de la

- 157. L'HEUREUX, op. cit., note 16, no. 174, p. 130.
- 158. (1988) 18 C.S. 1.
- 159. (1902) 21 C.S. 545.
- 160. (1921) 31 B.R. 22.
- 161. [1946] C.S. 185.
- 162. [1979] C.S. 1130.
- 163. [1984] C.S. 946.

common law est d'application plus restreinte que ne peut être l'action en responsabilité civile (164).

Voici, comment l'auteur Fox (165) en citant l'affaire Powell c. Birmingham Vinegar Brewery Co. (166) nous résume cette action en "passing off":

- 1) It is unlawful for a trader to pass off his goods as the goods of another.
- 2) Even if this is done innocently it will be restrained.
- 3) A fortiori if done designedly, for that is fraud.
- 4) Although the first purchaser is not deceived, if the article is so delivered to him as to be calculated to deceive a purchaser from him, that is illegal.
- 5) One apparent exception is that where a man has been describing his goods by his own name(...).
- 6) But this exception does not go far. A man may so use his own name as to infringe the rule of the law. It is a question of evidence in each case whether there is false representation or not(...) (167).

La faute commise par un concurrent dans l'exercice de son commerce peut se retrouver dans des situations beaucoup plus variées que l'action en "passing off". Les concepts civilistes sont plus larges et s'adaptent plus facilement à la variété changeante des pratiques déloyales (168).

164. D.N. MAGNUSSON, op. cit., note 14, p. 1032.

165. H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 501.

166. 13 R.P.C. 235, 256.

167. L'arrêt Powell c. Birmingham Vinegar Brewery Co., ibid., énumère quatre autres situations visant à compléter la définition du "passing off". Ces situations concernent particulièrement les noms d'inventions dont le brevet est expiré.

168. D.N. MAGNUSSON, op. cit., note 14, p. 1032.

Une des raisons de cette référence à la common law s'explique par le fait que l'action en concurrence déloyale est souvent liée à une action en violation de la loi fédérale sur les marques de commerce (169). Le champ de la concurrence déloyale étant très voisin des marques de commerce enregistrées il est aussi plus facile à ce moment de puiser dans le répertoire des actes déloyaux des provinces de common law. Il est plus difficile également de se familiariser avec les pratiques déloyales françaises tenues parfois dans un contexte commercial différent du Canada.

Malgré cette influence de la common law un courant jurisprudentiel a tenté d'affirmer non sans difficulté les principes de la responsabilité civile québécoise.

Dans l'affaire Lambert Pharmacal Co. c. J. Palmer & Son Ltd. (170) le juge Cross de la Cour du Banc du Roi énonça ce qui suit en 1912:

Civil law responsibility for wrongful interference with a plaintiff's trade, is to be determined by our law and not by English Law, except in so far as it depends upon statutory construction (...).

(...) It is up on that footing, that the decision in La Nationale -vs- La Société Nationale cited to us from 3- Coubin, p. 493, and the citation from Pouillet and from Fuzier - Herman, Rep. "Concurrence Déloyale" no. 459, and Sirey 91-1-165, in so far as not affected by statutory legislation, are seen to be reasonable.

169. Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c.T-10.

170. (1912) 21 B.R. 451, 466.

En 1925, dans la cause Maison Morin c. J.A. Marceau, Ltée (171) la défenderesse utilisait une marque depuis trois ans et prétendait devancer les droits de la demanderesse qui venait à peine d'enregistrer sa marque au Canada mais dont l'usage avait été établi en France depuis plus de vingt-cinq ans. Le juge Philippe Demers de la Cour supérieure considéra que le produit de la défenderesse était de nature à induire le public à croire erronément que ses fards étaient ceux fabriqués par la demanderesse à Paris et accueillit la demande d'injonction permanente.

L'acte de l'intimée constitue une concurrence déloyale qui donne lieu dans notre droit à une action en dommages-intérêts civils, indépendamment de tout enregistrement de la marque de commerce (172).

L'affaire Acme Vacuum Cleaner Co. c. Acme Vacuum Cleaner Co. (173) illustre bien le développement de cette action en responsabilité civile. Dans ce dossier, les appelants défendeurs avaient pris avantage du fait que l'intimée demanderesse avait omis pendant quelques années de déposer les rapports annuels exigés par la Loi des compagnies. Les appelants ont présenté une demande d'incorporation qui fut acceptée en affirmant qu'il n'existait aucune compagnie ou société dont la raison sociale pouvait prêter à confusion avec celle proposée.

171. (1924) 62 C.S. 301.

172. Ibid., 302.

173. [1953] B.R. 188.

Le tribunal se pencha sur la question suivante: considérant que la charte des appelants avait été émise légalement, les appelants avaient-ils néanmoins commis un fait délictueux au sens de l'article 1053 du Code civil du bas-Canada en obtenant légalement un nom semblable à celui d'un autre? Voici ce qui fut décidé:

Créer une confusion dans l'esprit du public par l'utilisation d'une désignation commerciale absolument analogue à celle de la demanderesse, c'est commettre un délit découlant d'une concurrence déloyale. Ce n'est pas à l'existence corporative des défendeurs qu'il faille s'arrêter, mais bien au fait que ceux-ci de propos délibéré et avec l'intention de nuire, cherchent à égarer le public en offrant en vente leurs propres marchandises et cela de manière à induire les acheteurs à croire que les articles qu'ils vendent sont ceux fabriqués et offerts légitimement en vente par l'autre société commerciale depuis longtemps en existence. Telles me paraissent être la doctrine et la jurisprudence que la concurrence déloyale est un délit civil (174).

Les décisions Conway c. Hamel (175), Hébert & Fils c. Desautels (176), Équipement de bureau Québec Métropolitain Inc. & De Grace (177) Goyette^o c. J.H. Restaurants Ontario Ltd. (178) assimilent l'action en concurrence déloyale à l'action en responsabilité civile. Voir également les arrêts suivants: Philippe Beaubien & Cie c. Canadian General Electric Company Ltd.

174. Id., 190, 191.

175. (1931) 37 R.L. 64 (C.S.).

176. [1971] C.A. 285.

177. C.S., Québec, no. 200-05-000718-762, 20 janvier 1978, J.E. 78-95.

178. [1979] R.P. 398 (C.S.).

(179); Collectif Liberté Inc. c. Liberté-Magazine Ltée (180);
Ferland c. Larose (181); Pajar Production Ltée c. Capovilla
 (182); Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc.
 (183); Genest c. La Société de Courtage Immobilier du Trust
Général Inc. (184).

Malgré ces nombreux jugements qui paraissent ne pas jeter l'ombre d'un doute sur le fondement de cette action, d'autres décisions ont dessiné une orientation différente.

En responsabilité civile, on qualifie de fautif le fait de confondre son nom commercial avec celui d'un autre nom commercial pré-existant. Pour certains cependant, le droit du premier usager à un nom commercial est assimilé à un véritable droit de propriété. Pour ces derniers, il n'est pas nécessaire de rechercher l'élément intentionnel ou quasi-délictuel dans le geste commis par le concurrent. Il suffit que ce concurrent se soit emparé du nom d'autrui.

Comme nous l'avons vu, une certaine doctrine et jurisprudence françaises expliquent ce nouveau droit de propriété en créant un pont très étroit entre ce domaine de la concurrence

179. [1976] C.S. 1459.

180. C.S., Montréal, no. 500-05-001615-804, 28 février 1980, J.E. 80-277.

181. [1982] C.S. 616.

182. C.S., Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E. 82-1663.

183. C.S., Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, J.E. 84-1045.

184. C.S., Québec, no. 200-05-005023-812, 1er novembre 1984, J.E. 84-992.

déloyale et celui de la propriété intellectuelle (185). On considère à certain égard la marque non enregistrée au même titre que celle enregistrée, soit un bien appartenant au premier utilisateur. L'enregistrement de la marque accentue cependant la protection qu'on lui apporte.

Le Québec a également établi ce lien avec le domaine des propriétés intellectuelles, mais puise en plus dans les concepts de la common law, pour justifier ce droit de propriété sur la marque non enregistrée. Ces concepts font référence au "proprietary right" sur un nom (186).

Dans T.V. Guide Inc. / T.V. Hebdo Inc. c. Les Publications de la Semaine Inc. (187), la demanderesse cherchait à protéger l'habillage distinctif de ses produits. Ceci constituait selon le juge Denis Durocher l'équivalent d'un droit d'auteur et il jugeait que l'imitation de ces éléments risquait de créer de la confusion auprès du consommateur.

La demanderesse doit ici prouver un droit de propriété sur un nom, une marque, un habillage. L'anglais emploie "proprietary right" (188).

On a également reconnu à des artistes d'une certaine notoriété un droit de propriété sur leur nom. Dans l'affaire

185. Voir note 150.

186. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99; Deschamps c. Automobiles Renault Canada Ltée, C.S., Montréal, no. 500-05-818140-71, 24 février 1972, p. 9.

187. C.S., Montréal, no. 500-05-0011771-837, 16 juillet 1984, J.E. 84-730.

188. Ibid., p. 11.

Deschamps c. Automobiles Renault Canada Ltée (189) le juge Melvin L. Rothman s'est fondé en partie sur l'arrêt de la common law Krouse c. Chrysler Canada Ltd. (190) pour introduire le concept de "proprietary right" qui est selon lui, l'équivalent de l'article 406 du Code Civil du Bas Canada.

While Ontario and other common law authorities are of use only where the principles of law in both jurisdiction are similar, the principles set out in the Krouse case are of interest in the present case. Proprietary rights of this kind are no less protected under articles 406 and 408 C.C. than they are at common law (191).

Il faut remarquer que dans les provinces de common law le "proprietary right" n'a pas été établi sans contrainte. La jurisprudence de common law a elle aussi débattu la question à savoir s'il ne s'agissait pas plutôt d'un "tort" que d'un véritable droit de propriété. Mais l'auteur Fox (192) est d'avis que la majorité de la jurisprudence s'est ralliée à la notion de droit de propriété. Toujours selon cet auteur la jurisprudence de common law est toutefois partagée sur la question de savoir

189. C.S., Montréal, no. 500-05-818140-71, 24 février 1972.

190. 1972, 5 C.P.R. 30; cette décision fut renversée en appel voir (1974) 13 C.P.R. 28.

191. Deschamps c. Automobiles Renault Canada Ltée, C.S., Montréal, no. 500-05-818140-71, 24 février 1972, p. 12.

192. H. G. FOX, op. cit. note 18, p. 500.

s'il s'agit d'un droit de propriété à la marque de commerce comme tel ou d'un droit au commerce et à son achalandage (193).

Tout en notant cette disparité d'opinion, Fox réitère qu'un certain droit de propriété a été reconnu par la jurisprudence et ce, depuis plus d'un siècle:

As long ago as 1863, Lord Westbury L.C. laid it down categorically that a trader had a property right in his common law trade mark. This principle was repeated in numerous later cases and was so well established that Lord Blackburn in Singer Mfg. Co. c. Loog pointed out that it was settled by a long series of cases of which Hall c. Barrows is the leading one "that both trade marks and trade names are in a certain sense property" (194).

Plusieurs décisions québécoises réitérent le fait que depuis longtemps l'action en "passing off" de la common law a été reconnue au Québec. Le geste, du "passing off" est certainement répréhensible au sens de l'article 1053 du Code civil du Bas Canada. Peut-on dire, cependant, qu'en reconnaissant l'acte en "passing off" de la common law on reconnaît, par conséquent, la nature de l'action qui est celle d'une action visant à protéger

193. Par exemple, dans Draper c. Trist & Tristbestos Brake Linings, Ltd. (1939) 56 R.P.C. 429 à la page 442. M. le Juge Godard écrivait: "But in passing off cases, the true basis of the action is that the passing off by the defendant of his goods as the goods of the plaintiff injures the right of property in the plaintiff, that right of property being his (rights to the goodwill of his business". Cependant, l'auteur Fox, op. cit., note 18 à la page 501, énonce "a trade mark has a value independant of the goodwill of the business in which it is used whether the trade mark is registered or not".

194. H. G. FOX, op. cit., note 18, p. 501; Singer Mfg. Co. c. loog 1882, 8 App. Cas. 15, 33.

un droit réel par rapport à l'action qui vise à condamner un délit?

Nous croyons qu'en fait les éléments constitutifs du "passing off" soit celui de faire passer ses biens pour celui d'un autre sont reconnus en droit québécois comme constituant une faute civile mais que la jurisprudence majoritaire n'a pas accepté la théorie du droit de propriété.

Cependant, en appliquant de façon presque systématique les arrêts de la common law, un certain courant jurisprudentiel laisse planer le doute à ce sujet.

Certaines décisions minoritaires se sont cependant ralliées à la majorité des arrêts de la common law et classifient ce droit à la marque dans la catégorie des droits réels (195).

Quoique le droit de propriété en cette matière a principalement été introduit par la common law, certaines décisions ont eu recours aux lois particulières pour justifier le droit du premier utilisateur d'un nom. Dans Pinard c. Coderre (196) le tribunal s'est rattaché, en plus de la Loi sur la concurrence déloyale, à la Loi des déclarations des compagnies et sociétés pour assimiler le droit du premier occupant de la marque à un droit de propriété.

195. Voir note 189.

196. [1953] B.R. 99. Voir également: Québec Pharmaceutiques Ltd. c. Compagnie Georges Painchaud, C.S., Montréal, no. 550-05-007736-752, 20 octobre 1975; Martel c. Fillion, [1965] R.C.S. 349, Place Tevere c. Reda, [1975], C.S. 381, Lamontagne, Ltd. c. Girard, (1910) 39 C.S. 179.

Il semblerait que le premier occupant de ce nom ou de ces mots en a acquis un droit à leur usage exclusif de tous autres, comparable par plusieurs points à un véritable droit de propriété.

Cette protection du premier occupant ou premier usager d'un nom commercial semble lui être assurée par les dispositions de deux lois, l'une de la province et l'autre du Canada: La Loi des déclarations des compagnies et sociétés (S.R.Q. 1941, ch. 277) et la Loi sur la concurrence déloyale (Can. 1932, 22-23 Géo. 5, ch. 38 (197)).

Outre le rattachement à l'article 13 de la Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés et la Loi sur la concurrence déloyale (198), la jurisprudence s'est également servie de l'article 1834 du Code civil du Bas-Canada pour établir son droit (199).

-
197. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 103; l'article 13 de la Loi des déclarations des compagnies et des Sociétés S.R.Q. 1941, c. 277 se lit comme suit: "Aucune déclaration prescrite par la présente loi ne peut être enregistrée si une personne ou une société y prend un nom, un titre ou une raison sociale qui est la désignation d'une société existante ou d'une autre personne, ou qui y ressemble tellement que le public peut être induit en erreur. Tout enregistrement fait contrairement aux dispositions du présent article peut être annulé par la Cour supérieure du district sur requête, après avis donné aux intéressés et au protonotaire". La référence actuelle est L.R.Q. 1977, c. D-1.
198. Aujourd'hui connu sous le nom: Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c.T-10
199. Article 1834 Code civil du Bas-Canada. "Dans les sociétés formées pour des fins de commerce (...) les associés sont tenus de remettre au protonotaire de la Cour supérieure de chaque district dans lequel le commerce ou l'affaire doit être faite, une déclaration par écrit en la forme et suivant les règles prescrites dans le statut intitulé: Loi des déclarations des compagnies et des sociétés, S.R.Q., 1941, c.277.

Il est de droit et de jurisprudence constants que le premier occupant d'un nom de commerce a acquis un droit à son usage, exclusif de tous autres, et qui est comparable par plusieurs points à un véritable droit de propriété (...) et ce droit émane de deux sources, soit celle portée au chapitre de la Société du Code Civil (art. 1834 et suivants) aussi bien que de la Loi des marques de commerce et de la concurrence déloyale ... (200).

En conclusion, on note essentiellement sur, cette question de la nature de l'action en concurrence déloyale deux tendances divergentes en droit québécois. La tendance jurisprudentielle majoritaire considère que l'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité civile et la tendance minoritaire fait valoir qu'il s'agit d'un droit réel.

Pour les tenants de cette deuxième tendance, on qualifie le tout de droit réel, mais on est plus hésitant à motiver ce choix. Essentiellement, on parle de "proprietary rights" de la common law ou on se rattache à l'article 13 de la Loi des déclarations de compagnies et sociétés (201) et à l'article 1834 du Code Civil du Bas Canada ou à la Loi sur les marques de commerce et sur la concurrence déloyale (202).

200. Place Tevere c. Reda, [1975] C.S. 351, texte intégral, C.S., Montréal, no. 500-05-010944-74, 17 janvier 1975 à la page 10. Voir aussi l'utilisation de l'article 1834 du Code Civil du Bas-Canada dans l'affaire Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99.

201. L.R.Q. 1977, C. D-1.

202. Loi sur les marques de commerce et sur la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c.T-10, on réfère moins à cette loi depuis que l'article 7e fut déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt MacDonald c. Vapor Canada Ltd. (1977) 2 R.C.S. 134.

L'ensemble de la jurisprudence semble toutefois s'être rangé dans la lignée des traditionalistes français où il s'agit en fait d'une action en responsabilité civile connaissant des particularités propres à cette action spécialisée en droit civil.

Nous verrons donc de plus près dans les deux prochains chapitres intitulés "les conditions préalables à l'exercice de l'action en concurrence déloyale" et "les conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale" quelles sont en fait ces particularités applicables à l'action québécoise en concurrence déloyale.

CHAPITRE II - LES CONDITIONS PREALABLES A L'EXERCICE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE.

SECTION I - Le rapport de concurrence.

A. LE RAPPORT DE CONCURRENCE DANS LES CAS DE CONFUSION.

L'élément concurrentiel doit-il exister entre les parties pour que l'une d'elles puisse invoquer l'action en concurrence déloyale? Si on se fie aux règles ordinaires d'une action en responsabilité civile on est tenté de répondre par la négative. L'élément de concurrence n'est pas une des conditions de cette action.

Certains prétendent cependant que ce rapport de concurrence doit exister entre les parties pour invoquer cette action. On estime que c'est justement en raison de ce rapport de concurrence que l'une des parties est lésée par l'acte déloyal commis par l'autre. Il ne peut, par exemple, y avoir risque de confusion et danger d'un détournement de clientèle si les commerçants n'exercent pas des entreprises identiques ou similaires ou encore si leurs activités s'exercent sur des territoires bien distincts (203).

203. A défaut de ce rapport de concurrence, on considérera l'acte fautif comme un délit civil autre qu'un acte de concurrence déloyale.

Dans une bonne proportion des arrêts québécois, les parties impliquées cotoyaient des domaines d'affaires presque identiques. Cette question n'avait donc pas à être discutée. Un certain nombre de décisions ont cependant présenté des cas où les parties ne seraient pas dans des domaines identiques. De ces jugements on peut dégager certains critères.

On constate que dans la majorité de ces décisions un rapport de concurrence constitue une condition préalable à l'exercice de l'action en concurrence déloyale (204).

Il n'est cependant pas absolument nécessaire que les

204. Henson Associates Inc. c. 119201 Canada Inc., C.S., Montréal, no.500-05-005340-847, 31 mai 1985, p. 13 J.E. 85-713; Thériault c. Association Montréalais d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 955; 102558 Canada Ltée c. 114524 Canada Inc., [1983] C.S. 1180, 1184; Pinard c. Coderre, [1953] B.R., 99, 104; Pour une interprétation restrictive de cette notion voir: Lambert Pharmacal Company c. J. Palmer & Son Ltd, (1912) 21 B.R. 451, 462, où la Cour d'appel estima qu'il ne pouvait y avoir un rapport de concurrence entre un rince bouche et un dentifrice.

activités des commerçants soient parfaitement semblables. Un rapprochement raisonnable doit néanmoins exister (205).

Pour déterminer s'il s'agit d'une même classe d'activités on regarde si les deux activités sont susceptibles de créer une confusion chez le consommateur. Ainsi dans Henson Associate Inc. c. 119201 Canada Inc. (206), on rejeta l'argumentation qui voulait établir qu'il ne pouvait y avoir concurrence entre un spectacle donné par un artiste en personne et un spectacle donné par une marionnette puisque chacun de ces spectacles s'adressait à un public différent. Le tribunal était d'avis que c'est la probabilité qu'il existe une confusion chez le consommateur qui importe. Il ne tint pas compte du fait dans cette affaire que les oeuvres étaient destinées à un public

205. Dans Pik-Nik Ltd c. Picnic Lunch Ltd, [1968] R.P. 188, (C.S) on a dit: "Il a semblé, à ce tribunal que les opérations des deux parties en cette cause bien qu'ayant trait à la nourriture et à la satisfaction de manger agréablement, différent totalement dans leur caractère et leurs moyens. Les repas légers pris aux établissements de la demanderesse et offerts par elle d'une façon générale différent au pique-nique auquel l'intimé s'intéresse exclusivement"; Voir également: Coin-A-Matic Inc. c. Coin Automat Washing Machine, corp., [1966] R.P. 419 (C.S.); En France, on a considéré qu'il y avait un rapport de concurrence entre un opéra et un film portant le même nom. A l'inverse, on a considéré qu'il y avait une différence entre une collection de biographie d'hommes célèbres sous le titre "les Flambeaux" et une collection de meilleurs textes des grands écrivains sous le titre "Collection de Flambeau" Trib. Civ. Seine 6 mars, 1953, ann. pr. ind. 1955, 119; entre un film en couleur sur la vie de Johann Strauss ayant pour titre "Le Beau Danube Bleu" de Johann Strauss et un film en noir et blanc sur une histoire policière de tziganes sous le titre "Beau Danube Bleu", Paris, 9 janvier, 1960, ann. pr. ind. 1960, 319.
206. C.S., no. 500-05-005340-847, 31 mai 1985, p. 13, J.E. 85-713; voir aussi Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 104.

différent. On jugea que ce n'était pas le contenu de l'oeuvre qui gênait, c'était son titre semblable et la relation qu'un consommateur pouvait faire entre la marionnette et l'artiste.

Ces activités commerciales ne doivent pas nécessairement constituer l'objet principal de l'entreprise. Il peut y avoir concurrence entre ce qui est vendu à titre accessoire ou secondaire et ce qui constitue l'activité maîtresse d'une autre entreprise. Dans Pinard c. Coderre (207), le demandeur avait construit une hôtellerie consistant en sa maison et seize cabines contigües qu'il a appelé "Motel Laval". Le défendeur lui aussi louait dans sa maison et ses allonges, huit pièces aux voyageurs. Il appelait cette maison "Tourist Room". Quelques années plus tard, le défendeur organisa un stationnement à quelques trois cent pieds du demandeur et ce stationnement portait l'enseigne "Laval Motor Court". On argumenta qu'il s'agissait de commerces différents et qu'il ne pouvait de ce fait y avoir concurrence déloyale. Le tribunal a conclu que les deux commerces voisins avaient le même caractère général. "Que l'un se décrive par le néologisme 'Motel' et l'autre par le composé 'Motor Court' ne sont pas importants, les commerces n'en sont pas limités au seul hébergement des personnes dans le premier cas et

207. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99; Voir également, le rapport de concurrence établi entre une société de transport général et une entreprise d'excavation et de transport de matériaux Hébert & Fils c. Désautels, [1971] C.A. 285; entre un nom d'établissement et une marque de produit, Maison du Café du Canada Inc. c. Interpex Dairy Products Ltd., [1971] C.S. 316; entre un spectacle et une publicité à la radio, Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946.

au seul stationnement dans le second; tous deux sont commerces d'hôtellerie."

Les entreprises peuvent également appartenir à des échelons économiques différents. Ainsi, on peut qualifier de concurrence déloyale les activités d'un vendeur ou d'un distributeur par rapport aux activités d'un fabricant (208).

La concurrence existe partout où le succès de l'un se produit aux dépens de l'autre qui recherche le même résultat (209). La concurrence déloyale se manifeste dans des domaines économiques les plus variés. Cela comprend le domaine commercial économique et touche également le domaine des professions libérales. L'application des sanctions professionnelles n'exclut pas l'action en concurrence déloyale. (210)

Précisons également, qu'il doit non seulement exister un lien de concurrence entre les parties, mais encore faut-il que l'acte commis ait été fait dans un but de concurrence. Ainsi, il n'y a pas concurrence déloyale si un

208 Certains ont allégué en s'appuyant sur une certaine jurisprudence américaine qu'il y a rapport de concurrence et concurrence déloyale dès "qu'il y a preuve de piraterie des services au point où des profits sont réalisés par l'organisme qui les fournit" Vidéotron Ltée c. Industrie Microbec Produits Inc. C.S. St François, 000518-858, 25 Septembre 1986, J.E. 86-1005, 1987 R.J.Q. 1246.

209. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, p. 60; R. KRASSER, op. cit., note 18, p. 16; R. SAVATIER, Traité de responsabilité civile, Vol. 1, p. 63.

210. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, p. 60, Drouyn c. Bellemare, C.S., Québec, no. 200-05-000320-858, 8 août 1985.

commerçant lèse un concurrent dans un but ou pour un motif autre que celui relié au commerce.

Notons que l'exigence d'un lien de concurrence se retrouve également dans plusieurs autres juridictions. Ainsi en common law, il est dit que "the courts do not interfere unless there is a common field of activity in which the parties are engaged "(211)".

Cette position qui est de conception traditionnelle se retrouve aussi en droit français. L'évolution de la jurisprudence française fait en sorte que l'acte de concurrence est une des conditions d'exercice de cette action (212). Comme certains le disent, pour qu'il y ait action en concurrence déloyale, on doit commencer par faire la preuve de la concurrence existante entre les parties impliquées au litige.

L'appréciation du lien de concurrence peut être aussi bien objective que subjective. Deux situations paraissant semblables peuvent amener une conclusion différente. Dans chaque cas il appartient aux tribunaux d'évaluer dans quelle mesure une

211. H. G. FOX, op. cit., note 18, p. 577 et s. et p. 580. L'auteur Fox note cependant, qu'une jurisprudence minoritaire passe outre cette exigence. L'auteur Fox considère que l'action en "passing off" pourrait être appliquée dès qu'un commerçant utilise un nom semblable à un autre et que cela lui cause un dommage. On doit voir le rapport de concurrence dans son sens le plus large. Ce point de vue met plus d'accent sur le qualificatif "déloyal" que sur le lien de concurrence. Selon Y. Saint-Gal, op. cit., note 19, p. w.5, note que cette dernière voie serait suivie aux Etats-Unis mais, serait moins acceptée en Autriche et en France.

212. F. DERRIDA, op. cit.; note 18, p. 556.

situation de fait donne naissance à un rapport de concurrence. Dans les cas où on juge que ce lien n'existe pas, on peut conclure que les activités déloyales constituent un délit mais ne font pas parties de la famille des délits appelés concurrence déloyale.

A titre d'exemple, on a jugé en France qu'un rapport de concurrence existait dans les cas suivants entre:

- un confiseur usant de liqueur et un fabricant de liqueur; (213).
- une banque et une agence de renseignements commerciaux recourant au crédit; (214)
- celui qui publie une brochure ayant pour titre "Méthode de rééducation auditive" et des fabricants d'appareils électroacoustiques; (215)
- de grands couturiers parisiens qui ont l'habitude de donner des licences à certaines maisons de prêts à porter pour la reproduction en série de leurs modèles en faisant usage de leur griffe et une maison de confection; (216)

Par contre, on a refusé de considérer qu'il y avait acte de concurrence dans les situations suivantes entre:

-
- 213. Rouen, 8 janvier 1930, ann. pr. ind., 1930, 138, 142.
 - 214. Paris, 31 décembre 1929, ann. pr. ind., 1930, 218.
 - 215. Douai, 2 octobre 1962, ann. pr. ind., 1964, 58, 60.
 - 216. Bordeaux, 13 octobre 1964, D. 1965, 607.

- la publicité d'une maison de café décaféiné et le nom d'une maison de café naturel; (217)
- un tailleur et un fourreur; (218)
- un magasin de mode et un magasin de robes et lingerie; (219)
- une chapellerie et un commerce de lingerie; (220)
- des fabricants de lettres et signes publicitaires ou éducatifs en plastique adhérant sans colle et des fabricants de vaisselle en plastique; (221).

La doctrine et jurisprudence contemporaines interprètent assez largement la notion de concurrence. Cependant chaque situation doit être analysée à la lumière des faits qui sont présentés. Ainsi il n'est pas exclu que dans certains cas spéciaux les tribunaux passent outre à cette exigence d'un rapport de concurrence. Il y a notamment le cas où une entreprise commerciale acquiert une haute renommée et le cas des situations abusives (222).

La jurisprudence française a démontré plusieurs

-
- 217. Paris 30 avril 1935, ann. pr. ind., 1936, 32, 36.
 - 218. Tr. Seine, 10 décembre 1913, ann. prop. ind., 1914, 272.
 - 219. Lyon, 4 mars 1926, ann. pr. ind., 1928, 212.
 - 220. Tr. Com. Nice, 18 mars 1908, ann. pr. ind., 1910, 36.
 - 221. Paris, 10 novembre 1956, ann. pr. ind., 1957, 194.
 - 222. Philippe Beaubien & Cie c. Canadian General Electric Ltd, [1976] C.S. 1459.

exemples où on a pas exigé la preuve d'un rapport de concurrence pour les entreprises possédant une haute renommée.

Pour ne donner qu'un exemple, le tribunal civil de la Seine (223) a interdit l'utilisation du nom Waterman pour des lames de rasoir, parce qu'elle était susceptible de créer une confusion avec une marque d'encre, portant ce nom et jouissant d'une grande notoriété dans le commerce. On a jugé que le risque de confusion consiste dans la possibilité d'erreurs sur l'origine des produits ou la fausse supposition de liens entre les entreprises utilisatrices de ces marques. Des jugements de même nature ont été rendus pour les marques Omega (224), Ritz (225) et Pontiac (226).

Dans ce dernier cas, la demanderesse était une société américaine qui fabriquait des automobiles de marque connue "Pontiac". La défenderesse, une société française, utilisait cette marque pour ses réfrigérateurs. La publicité de la défenderesse amenait les clients à espérer obtenir les mêmes qualités et garanties qui caractérisaient les voitures "Pontiac". On a jugé que le préjudice de la demanderesse en matière de responsabilité civile consistait dans une atteinte portée au pouvoir attractif de la marque.

223. Tr. Com. Seine, 5.1. 1940, Rev. int. prop. ind. et art., 1940, 8, ann. pr. ind. 1940, 48, 2809.

224. Paris, 14 mars 1953, ann. pr. ind. 1953, 15, 31 et s., confirmé par Cass., 3 février 1959, J.C.P., 1959, 11, 1100.

225. Paris, 24 novembre 1959, Rev. int. prop. ind. et art., 1960, 33.

226. Paris, 8 décembre 1962, ann. pr. ind., 1963, 147, 151 et s.; D. 1963, 406.

Il est possible d'appliquer cette règle d'exception attribuée aux marques de haute renommée aux cas d'agissements parasitaires. Un commerce peu connu donne l'impression qu'une entreprise de grande notoriété qui n'exerce pas dans la même sphère d'activité commerciale approuve ou endosse sa marchandise. Ainsi un nouveau marchand de bicyclettes donne le nom de "Kodack" à ses produits. Ce dernier laisse croire que l'entreprise "Kodack" possédant la marque de haute renommée endosse sa marchandise (227).

En common law, une preuve de grande réputation peut elle aussi permettre que l'action en "passing off" réussisse même s'il n'y a pas en fait concurrence entre les parties.

Dans l'affaire Rolls Razor Co. c. Rolls Lighters Ltd. (228), on a empêché la défenderesse d'utiliser le mot Rolls à des briquets alors que ce nom hautement reconnu était assimilé jusqu'à cette époque à des rasoirs. Fox (229) considère que cette preuve de haute renommée demeure toutefois difficile à établir.

**B. LE RAPPORT DE CONCURRENCE DANS LES CAS DE
DENIGREMENT, DE DESORGANISATION INTERNE
D'UNE ENTREPRISE RIVALE ET DE DESORGANISATION
GENERALE DU MARCHE.**

227. En France, cette protection élargie pour les agissements parasitaire est particulièrement préconisée par l'auteur Saint-Gal, Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (1958) no. 25/26, Rev. int. prop. ind. et art., p. 73 à 88.

228. (1949) 66 R.P.C. 299.

229. H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 499.

L'acte fautif apprécié selon les règles de la responsabilité civile connaît des particularités lorsque commis entre concurrents. Ces particularités viennent circonscrire ce que constitue un acte déloyal par rapport à un acte loyal.

En France, une certaine doctrine et jurisprudence est à l'effet qu'on ne peut parler d'action en concurrence déloyale si les parties impliquées n'oeuvrent pas dans un rapport de concurrence si minime soit-il. En dehors d'une perspective de concurrence on dira qu'on ne peut parler de concurrence déloyale.

Cette exigence d'un lien de concurrence entre les parties s'appliquerait non seulement aux cas de confusion mais également aux autres grandes catégories d'actes déloyaux soit le cas de dénigrement, la désorganisation interne d'une entreprise rivale et la désorganisation générale du marché (230).

Le dénigrement constitue l'acte par lequel on tente de dénigrer ou de critiquer de façon excessive l'entreprise concurrente. De par la nature même de cet acte il est plutôt rare qu'un tel geste soit commis pour des raisons désintéressées et non reliées au commerce. On vise essentiellement à attaquer le concurrent en vue d'avantager indûment sa propre entreprise. Ces litiges existent donc essentiellement entre concurrents

230. P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 108, p. 498.

(231). On admet que si l'attaque n'est pas faite entre concurrents et dans un but de concurrence on se retrouve dans le domaine de la diffamation ou d'un autre délit couvert par l'article 1053 du Code civil.

Pour les cas de désorganisation interne d'entreprise rivale, la jurisprudence québécoise est particulièrement riche de décisions touchant le droit d'un ex-employé ou d'un vendeur d'entreprise à concurrencer son ancien patron ou l'acheteur de l'entreprise. Les tribunaux sont venus imposer des limites au droit de concurrence lorsqu'il n'existe pas de convention restrictive de commerce. Dans ces cas le rapport de concurrence est également l'essence même du litige qui implique les parties (232).

Les tribunaux québécois se sont moins prononcés sur cette question concernant d'autres types de désorganisation tels les gestes visant à détourner les commandes du concurrent, la suppression de publicité, le débauchage irrégulier d'employés.

-
231. Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616; Publications La Semaine Inc., c. T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-011715-830, 16 juillet 1984; Service d'extincteurs de l'Estrie Inc. c. Côté, C.S. St-François, no. 450-05-000792-79, 17 décembre 1980, J.E. 81-50; Dominion Messenger & Signal Co. c. Vaudrin 1924 R.L. 336 (C.S.).
232. Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S. 1027; Volcano Inc. c. Lavoie, C.S., Montréal no. 500-05-010262-846, 17 octobre 1984, J.E. 84-1017; Santé Naturelle Ltée. c. Produits de Nutrition VitaForm Inc. 1985 C.S. 628; Tomenson, Saunders, Whitehead Ltd. c. Grégoire, [1982] R.L. 522 (C.S.); Grynwald c. Playfair Knitting Mills Inc., [1959] C.S. 200; Marion c. Roberts, (1905) 14 B.R. 23; Matfer Equipment Co. c. Kalisky, [1982] R.P. 221 (C.S.); Lange Company c. Platt, [1973] C.A. 1068.

Mais dans ces derniers cas, la même exigence d'un rapport de concurrence devrait exister comme dans les cas de dénigrement, de secrets de commerce et dans les cas de concurrence envers l'acquéreur de l'entreprise ou envers l'ancien patron. On parle de concurrence déloyale si le but poursuivi par le concurrent est celui de détourner la clientèle du compétiteur ou de désorganiser l'entreprise concurrente à l'unique profit de son commerce et de façon contraire aux usages commerciaux honnêtes. En dehors de ce contexte de concurrence on ne parle pas de concurrence déloyale.

Pour les cas de désorganisation générale du marché, le tribunal a eu l'occasion d'affirmer dans l'affaire Philippe Beaubien & Cie Ltée c. Canadian General Electric (233) que dans certains cas de situation abusive on admet qu'il s'agit d'un cas de concurrence déloyale même en dehors d'un rapport direct de concurrence. Dans cette affaire, la demanderesse fut acculée à la faillite suite au refus de vendre des défenderesses, principaux fournisseurs d'appareils électriques. Dans cette affaire, on a décidé "que les parties au litige soient concurrentes ou non n'a en fait aucune importance. En effet, la concurrence déloyale et le refus unilatéral de vendre un produit non disponible autrement doivent être considérés comme des actes de même nature".

Ainsi comme nous l'avons vu dans les cas de confusion, certains cas d'exception admettent la concurrence déloyale sans rapport de concurrence. Il s'agit essentiellement du cas des marques de haute renommée et des cas d'abus graves et excessifs impliquant des activités commerciales.

SECTION II - Les questions de la priorité d'usage, de la distinctivité et du sens secondaire dans les cas de confusion.

Avant d'invoquer la faute dans les cas de confusion, le plaignant doit établir au préalable son droit ou son intérêt au nom commercial ou à la marque. C'est pourquoi nous examinerons avant l'analyse de l'appréciation de la faute, quelles sont ces conditions d'ouverture à l'action en concurrence déloyale pour cause de confusion. On dégage de la jurisprudence un ensemble de règles qui ont été élaborées à cet effet. Ces conditions préalables concernent les questions de la priorité d'usage, des mots ou signes distinctifs et du sens secondaire.

A. LE DROIT DU PREMIER USAGER.

Une entreprise qui veut empêcher un individu ou une société de se servir de son nom ou de sa marque doit commencer par établir un droit prioritaire à l'utilisation de ces mots ou signes.

Celui qui se sert en premier lieu d'un nom ou d'une marque est privilégié par rapport à ce nom ou cette marque à un tel point qu'un second utilisateur peut se voir interdire le droit de s'en servir. On estime que le pré-utilisateur aura investi temps et argent à se faire connaître du public sous un certain nom et qu'il est injuste qu'un autre vienne profiter de

la situation (234). Ce droit revêt un caractère spécial qui pour certains s'apparente à un véritable droit de propriété (235).

Pour réussir dans cette action en concurrence déloyale l'entreprise doit donc nécessairement établir qu'elle est la première utilisatrice de ce nom. Elle doit établir que ce nom est actuellement en usage et qu'il n'est pas abandonné. Il n'est cependant pas certain qu'un premier utilisateur de nom soit ainsi privilégié s'il a toléré que d'autres commerçants se servent de cette désignation. Cette tolérance peut être interprétée comme une renonciation à en exiger l'exclusivité (236).

L'acceptation d'un nom par le Directeur à la direction des corporations ou l'Inspecteur général des institutions financières ne constitue pas une fin de non-recevoir à toute poursuite qui allègue priorité et similitude de nom (237).

D'ailleurs, lorsqu'une charte est accordée au terme de la Loi sur les Compagnies (238) ou la Loi sur les Sociétés

-
- 234. Acme Vacuum Cleaner Co. c. Acme Vacuum Cleaner Co., [1953] B.R. 188, 189; Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 100.
 - 235. Place Tevere c. Reda, [1975] C.S. 351; Hébert & Fils c. Désautels, [1971] C.A. 285, 293; Pinard c. Coderre [1953] B.R. 99, 103.
 - 236. Houde c. Houde, [1981] R.P. 218, 222 (C.S.); voir aussi T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc. c. La Publication La Semaine Inc., C.S. Montréal no. 500-05-011771-837, 16 juillet 1984, p. 21 J.E. 84-730 cas où le plaignant sème lui même la confusion.
 - 237. Acme Vacuum Cleaner co. c. Acme Vaccuum Cleaner, [1953] B.R. 188.
 - 238. L.R.Q. 1977, c. C-38, art. 19.

commerciales canadiennes (239). les parties acceptent la responsabilité à l'égard de toute confusion pouvant résulter de la similitude des noms (240).

Cependant une compagnie qui est incorporée non par charte ou lettres patentes mais par loi particulière du Parlement peut opposer ce fait à une défense d'action en concurrence déloyale basée sur la confusion du nom. On estime que ce nom est expressément donné par le législateur et qu'un nom semblable acquis par charte ou lettres patentes ne peut bénéficier de la priorité d'usage. C'est ce qui a été décidé dans The Travellers Insurance Co. c. The Travellers Life Assurance Company of Canada (241).

B. LE CARACTERE DISTINCTIF.

Non seulement un commerçant doit-il prouver qu'il est le premier usager du nom, du signe (qu'ils s'agissent de marques, noms commerciaux, enseignes, titres d'ouvrage, emballage de produits, devanture de magasin) mais encore doit-il prouver que ce nom ou signe est distinctif à son entreprise (242).

En matière de concurrence déloyale, la protection d'un nom ou signe dépend de ce qu'il possède un caractère distinctif.

239. S.C. 1974-75, C. C-33, art. 12.

240. Yellow Freight System Inc. c. Yellow Freight system Canada Ltd, [1986] R.D.J. 247 (C.A.); Wabco Standard Ltd c. Amslan Distributors Ltd [1986] R.L. 250 (C.A.).

241. [1910] B.R. 437.

242. T.V. Guide Ltd/Ltée c. Télésol Inc., [1979] C.S. 311, 320.

Il s'agit d'une condition de protection de la marque imposée maintes fois par les tribunaux, (243).

Dans ce dernier cas, le demandeur a le fardeau de prouver que le produit qu'il met en marché a acquis un caractère si distinctif qu'il est assimilé, dans l'esprit du consommateur, exclusivement au produit qu'il recherche. Et que le produit concurrent est susceptible, à cause de sa similitude, de créer chez-lui une confusion telle qu'il risque de ne plus distinguer les produits (244).

On ne peut parler de confusion pour un nom ou une marque identique ou similaire que si on est en mesure de prouver que le public identifie ce nom ou cette marque à sa propre entreprise. Le demandeur a à prouver que la marque est distinctive à une entreprise déterminée soit la sienne et non à n'importe quelle autre entreprise. Ce caractère distinctif s'applique non seulement aux mots mais également à l'habillage d'un produit ou à la forme d'objet.

Bien que n'étant protégée par aucune disposition légale, si les meubles fabriqués par la demanderesse avaient acquis une notoriété distinctive sur le marché, et que par cette seule qualité, elle s'imposait auprès de la clientèle, elle pourrait prétendre à un droit acquis

-
243. Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 953.
244. T.V. Guide Inc./ T.V. Hebdo Inc. c. Publications La Semaine Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-011771-837, 16 juillet 1984 à la page 21, J.E. 84-730.

auprès du public (245).

Cette identification à l'entreprise présuppose dans bien des cas que la marque soit utilisée depuis un certain temps, mais rien comme tel n'empêche qu'une marque nouvellement adoptée puisse être distinctive.

Dans l'affaire Pajar (246), il avait été mis en preuve que tout commerçant pouvait facilement se procurer les formes de bottes que revendiquait la requérante et que ces formes n'étaient pas particulièrement distinctives à l'entreprise de la requérante.

La requérante ne peut donc prétendre être la propriétaire exclusive de la forme 012486 ou de la forme 014510. Les caractéristiques de ces formes ne sont pas assez distinctives pour qu'on puisse prétendre qu'elles sont inadaptables à une botte d'un autre concurrent que Alpes (247).

Si un commerçant utilise trois noms semblables pour son commerce, il sème lui-même la confusion dans l'esprit du public et empêche qu'un nom devienne distinctif. C'est ce qui

-
245. Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S. Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, à la page 11, J.E. 84-1045.
246. Pajar Production Ltée c. Capovilla, C.S. Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E. 82-1163.
247. Ibid., à la page 10.

s'est produit dans les affaires Houde c. Houde (248) et T.V. Guide (249).

C. LE SENS SECONDAIRE.

De par leur nature certaines marques ou signes peuvent difficilement acquérir un caractère distinctif. Il s'agit notamment de marques constituées de mots du langage courant, de mots descriptifs, de noms géographiques ou de noms de personnes (250).

Ces marques ne peuvent bien souvent atteindre un degré de distinctivité propre à distinguer tels marchandise, service ou entreprise de ceux d'un autre. On dit bien souvent de ces mots qu'ils sont pratiquement dénudés de tout sens distinctif et ne sont pas en général protégeables. On les qualifie de marques faibles par rapport aux mots inventés qui sont plutôt considérés comme des marques fortes et facilement protégeables.

Ces mots peuvent être protégés cependant, dans la mesure où ils se sont faits identifier à des produits, services ou commerces de façon si particulière et extensive qu'ils ont acquis en quelque sorte un sens nouveau. C'est ce qu'on appelle

248. Houde c. Houde, [1981] R.P. 218, 221 (C.S.).

249. T.V. Guide Inc. / T.V. Hebdo Inc. c. Publications La Semaine Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-011771-837, 16 juillet 1984, p. 21, J.E. 84-730.

250. Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 952; Héroux c. Poliquin, [1974] C.S. 563, 564; Pabst Brewing company c. Ekers (1902) 21 C.S. 545; H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 529.

le sens secondaire (251). On peut penser, par exemple, à la marque "Shredded Wheat" qui bien qu'étant formé de mots descriptifs du langage courant sont venus avec le temps identifier beaucoup plus les céréales de telle entreprise que l'idée du blé en général.

Nous verrons à la prochaine section comment ont été analysés certains noms et marques que l'on peut ainsi qualifier de marques faibles ou de marques fortes.

D. LES CAS PARTICULIERS.

1) Les mots du vocabulaire et les chiffres.

Les mots du vocabulaire et les chiffres ne sont pas en principe protégeables. Il a été plusieurs fois décidé par les tribunaux qu'une partie ne peut prétendre s'approprier l'usage exclusif d'un mot qui appartient au vocabulaire général. Accorder un tel privilège à un particulier constituerait un obstacle pour le public et la bonne marche du commerce en général (252).

Les chiffres sont essentiellement dans le domaine public, autant sinon plus que les mots usuels du vocabulaire (253).

-
- 251. Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 952.
 - 252. Héroux c. Poliquin, [1974] C.S. 563, 564; Pik-Nik Ltd c. Picnic Lunch Ltd, [1968] R.P. 188, 190 (C.S.).
 - 253. Charles E. Frost & Co. c. Marco Medical Supplies Inc., [1965] R.P. 352, 354 (C.S.) pour une marque enregistrée.

Il paraît donc évident que les mots "Hut" ou "Hutte" sont d'usage courant et appartiennent au vocabulaire général. Il ne peuvent donc pas être la propriété unique du requérant (254).

Un mot d'usage courant peut être protégé s'il sert à désigner autre chose que ce qu'on entend habituellement (255). Ainsi pour donner un exemple, un commerçant qui possède une boutique de fleurs connue sous le nom "Orange" pourrait empêcher un compétiteur de se servir de ce même mot pour son entreprise de fleurs.

Pour ce qui est des expressions ou des mots combinés la France paraît plus généreuse que les tribunaux du Québec à leurs accorder une certaine protection. Ainsi en France, on a protégé les expressions suivantes: "Prenez garde, madame, vieillir c'est grossir" (256), "Lave tout tout seul, Brille en séchant sans qu'on y touche" (257), "La Vache qui rit" (258).

-
254. Goyette c. J.H. Restaurant Ontario Ltd., [1979] R.P. 398, 405 (C.S.).
255. 102558 Canada Ltée c. 114524 Canada Inc., [1983] C.S.1180, 1183. "Par ailleurs, même si le mot "Mirabel" comme l'a reconnu d'emblée le directeur général de la requérante en est un d'usage courant dans les commerces, il n'est en aucune façon descriptif des marchandises ou de l'entreprise de la requérante et, en l'absence de toute preuve qu'il ait été employé par quelque autre entreprise semblable ou pour désigner des marchandises de même nature, il est susceptible d'être distinctif".
256. Paris, 30 avril 1963, ann. pr. ind., 1964, 280.
257. Trib. Com. Seine 23.5, 1914, ann. pr. ind., 1920, 30.
258. Paris, 4.3 1959, ann. pr. ind., 1959, 148, et s.

Au Québec dans Thériault c. Association montréalaise d'action récréative et culturelle (1983) (259), on a refusé d'accorder un tel privilège à l'expression "Est bonne Est bonne". On a jugé dans ce cas que ces mots n'avaient pas atteint un degré de distinctivité suffisant pour être protégé. Il faut remarquer que ce jugement n'a été décidé qu'au niveau de l'injonction interlocutoire.

2) Les mots descriptifs.

La désignation qui se borne à décrire une entreprise, un produit ou un service n'est pas en général protégeable (260). Cependant, une combinaison de mots constituant un tout suffisamment original pourrait être accepté comme suffisamment distinctif.

Dans Banquet & Catering Supplies Rental Ltd. c. Bench & Table Rental World Inc. (261), la demanderesse a tenté sans succès de s'approprier de façon exclusive l'usage des mots "Party Time" pour décrire son commerce de location d'équipements pour des réceptions, des fêtes et autres activités du genre.

Basing myself on the absence of proof of damages in action as taken and the lack of distinctiveness and semi-generic meaning of the word "Party" (descriptive of the business of both litigants) plaintiff's

259. [1984] C.S. 946.

260. A moins évidemment d'acquérir un sens secondaire.

261. [1979] C.S. 1130.

action must be dismissed (262)".

3) Les mots géographiques.

Celui qui veut s'approprier un nom géographique doit prouver que ce nom a acquis en quelque sorte un sens secondaire par rapport à la région déterminée. Ce sens secondaire est plus facile à obtenir si le nom géographique suit la désignation du produit comme par exemple l'expression suivante: "Eau de source Caledonia".

L'auteur Fox rapporte l'affaire Bollinger c. Costa Brava Wine Co. (263) où douze demandeurs producteurs de vins dans le district de Champagne en France eurent gain de cause contre des producteurs de vins Espagnol ayant nommé leur produit "Spanish Champagne".

Il fut décidé en France que dans les cas de noms géographiques, l'utilisation de noms par tous les producteurs d'une région ne viendrait pas annuler le droit de chacun à

262. Id., p. 1139, voir les exemples suivants en common law: Reddaway c. Banham, [1896] 13 R.P.C. 218; Gramophone Co. c. Application, (1910) 27 R.P.C. 689; Havana Cigar & Tobacco Factories Ltd. c. Oddenino, (1923) 40 R.P.C. 229 (C.S.); Canadian Shredded Wheat Co. c. Kellogg Co. of Canada Ltd., (1938) 55 R.P.C. 125 (C.S.); H. G. FOX, op. cit., note 18, p. 525.

263. 1960 R.P.C. 16; H.G. FOX, op. cit. note 18, p. 523 et p. 533 et s.; sur ce sujet voir les décisions de common law suivantes: Grand Hotel Company of Caledonia Springs, Ltd. c. Wilson, (1904) 21 R.P.C. 117 (C.S.); Reddaway c. Banham, (1896) 13 R.P.C. 218; Montgomery c. Thompson, (1891) 8 R.P.C. 361; Worcester Royal Porcelain Company, Ltd c. Locke & Co., (1902) 19 R.P.C. 479.

pouvoir utiliser ce nom par rapport à un producteur oeuvrant à l'extérieur de ladite région' (264).

Dans the Pabst Brewing Co. c. Ekers (265), la demanderesse fabricante et commerçante de bière dans la ville de Milwaukee prétendait que l'utilisation du mot Milwaukee par une compagnie de bière Montréalaise laissait croire que ce produit provenait de la ville de Milwaukee. En fait, la Cour d'Appel jugea dans ce cas que la défenderesse avait pris soin d'apposer l'inscription Montréal sur cette marque de bière et que la confusion quant à l'origine ne pouvait exister.

4) Les mots inventés.

Les mots inventés, originaux ou modifiés bénéficient d'une protection plus étendue que les mots courants du vocabulaire, les mots descriptifs ou les mots géographiques.

Cependant, il peut arriver qu'un mot inventé identifiant un produit devient tellement connu du public qu'il devient en quelque sorte le nouveau mot qui sert à décrire un produit. Tel est le cas classique du mot gramophone qui est venu avec le temps identifier ce genre d'équipement en général et non pas un seul produit ou fabricant. Un commerçant ne pourrait en

264. R. KRASSER, op. cit., note 18, no. 566, p. 414 et s.; voir aussi: Chateau-Gai Wines Ltd. c. Institut National des appellations d'origines des vins et des eaux de vie, [1975] 1 R.C.S. 190.

265. (1902) 21 C.S. 545.

demander l'exclusivité puisque ce mot inventé il y a un temps est devenu par la suite descriptif du produit.

De même, les mots donnés à un brevet ne peuvent plus être le monopole de l'inventeur lorsque le brevet est expiré. Il appartiendra à celui-ci de faire la preuve d'un sens secondaire s'il veut en conserver l'exclusivité: voir à cet effet la décision Canadian Shredded Wheat Co. c. Kellogg Co. of Canada Ltd. (266).

Les mots inventés sont généralement connus comme étant des marques fortes par rapport aux mots du vocabulaire, les chiffres, les mots descriptifs et les noms géographiques qui sont plus difficilement protégeables et qu'on qualifie souvent de marques faibles.

5) Les noms de personnes.

On reconnaît que chacun est libre d'utiliser son nom pour son entreprise (267).

Cependant la personne qui s'établit en deuxième lieu avec un même nom devrait faire des efforts raisonnables en vue de distinguer les deux entreprises. Aussi il pourrait être jugé inacceptable pour une personne de s'associer avec une autre

266. (1938) 55 R.P.C. 125, (1938) 1 All.E.R. 619.

267. Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, op. cit., note 16, no. 206, p. 223; H. SIMON, op. cit., note 14, p. 16.

personne dans l'unique but de se servir du nom de famille de ce dernier, ce nouvel associé n'étant qu'un prête-nom.

We are not, however, in this case concerned with a tradesman honestly using his own name, but with a third party, the appellant, who has engaged an employee, not for his experience or skill, but primarily for the purpose of making use of his name (268).

Dans Carli-Petrucci Ltd c. Petrucci (269), on a établi qu'un vendeur de commerce pouvait continuer à bénéficier du privilège d'homonymie même s'il avait vendu son entreprise.

En common law plusieurs adhèrent aux principes énoncés dans l'affaire Powell c. The Birmingham Vinegar Brewery Co. "That a person may not be prevented from using his own name to describe his goods so long as he does so honestly, even though this may cause confusion and purchasers may be deceived; but that if he does so dishonestly or fraudulently he will be restrained" (270).

Aussi, on considère comme étant malhonnête le fait de se servir de son propre nom alors que ce même nom a été popularisé par un autre pour un même type de marchandise. Dans ce cas le plaignant doit prouver que son nom a acquis un sens secondaire (271).

268. Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co. (1929) 46 B.R. 121, 126.

269. (1926) 64 C.S. 420; voir aussi: H. L. Dery et Cie c. Dery (1941) 70 B.R. 433.

270. 13 R.P.C. 235, 256.

271. H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 620.

CHAPITRE III - LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE

SECTION I - La notion de faute et les éléments constitutifs de la faute en matière de concurrence déloyale

Pour qu'il y ait responsabilité civile, il est nécessaire de faire entre autres la preuve d'une faute commise. L'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement légal pour plusieurs dans l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada doit donc établir cette preuve d'acte fautif.

Dans bien des jugements il est difficile de déceler comment on en est arrivé à conclure qu'un geste commis entre deux concurrents constitue une faute. Certains gestes commis sont préalablement jugés fautifs. Ainsi dans le cas de confusion, on établit que la faute consiste dans le fait de ne pas avoir suffisamment vérifié si un nom semblable existait déjà sur le marché ou encore de ne pas avoir remédié à une situation de confusion lorsqu'on a été dûment avisé (272). Certaines décisions sont cependant plus explicites quant à cette appréciation de la faute. On fait référence aux critères des honnêtes usages commerciaux et industriels ou encore on examine si l'on a outrepassé les limites de la concurrence licite et les

272. Genest c. La Société de Courtage Immobilier du Trust Général Inc., C.S., Québec, no. 200-05-005023-812, 1er novembre 1984, J.E. 84-992.

bornes de la liberté d'expression (273). Dans ces cas, on apprécie le caractère déloyal d'un acte en ayant recours d'une part au contexte social (les usages de l'industrie et du commerce) et d'autre part à la moralité du geste commis.

Roubier (274) distingue trois méthodes pour déterminer le caractère déloyal d'un acte. Premièrement, la méthode "formaliste" part d'une définition légale des cas de concurrence déloyale et considère celle-ci comme la violation d'un devoir légal. Deuxièmement, la méthode "idéaliste" part de la morale et des principes généraux du droit et considère la concurrence déloyale comme la violation d'un devoir moral. Troisièmement, la méthode "réaliste" part des usages et voit dans la concurrence déloyale, la violation d'un devoir social.

Le critère des usages honnêtes en matière commerciales et industrielles a pour avantage de combiner plusieurs éléments de chacune de ces méthodes. Ce critère d'appréciation est généralement admis dans la jurisprudence française et on le retrouve de plus en plus accepté en droit québécois. Cette expression par ailleurs tire son origine de la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 qui définit dans ce sens la concurrence déloyale: "Constitue un acte de concurrence déloyal tout acte de

273. T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo c. Les Publications La Semaine Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-011771-837, 16 juillet 84, à la page 22, J.E. 84-730; Ferland c. Larose, (1982) C.S. 616.

274. P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 509.

concurrence contraire aux usages honnêtes en matières industrielles ou commerciales" (275). Le Canada est signataire de la Convention d'Union de Paris depuis 1951 (276).

Nous verrons ci-dessous comment ce critère des usages honnêtes en matières industrielles ou commerciales a été appliqué à chacune des quatre grandes catégories d'actes déloyaux.

A. LA FAUTE DANS LES CAS DE CONFUSION.

Une marque enregistrée confère à son détenteur certains privilèges. Ainsi dans une action en contrefaçon le demandeur pour se décharger du fardeau de la preuve n'a qu'à déposer son certificat d'enregistrement de marque et établir que cette marque a été copiée par le défendeur. Dans une action en concurrence déloyale le demandeur doit prouver son droit exclusif à la marque, c'est-à-dire sa priorité d'usage, la distinctivité de la marque à ses produits, services ou entreprises. Il doit de plus démontrer que le copiage crée cause de la confusion auprès du public ou est fait dans le but de créer la confusion.

La preuve d'une telle confusion est parfois difficile. Nous verrons ci-dessous quels sont les critères normalement utilisés par les tribunaux pour évaluer ce fait le plus justement possible.

275. Convention Internationale pour la protection de la propriété industrielle, op. cit., note 6; cette convention est connue sous le nom de Convention de Paris.

276. Arrêté en Conseil P.C. 2528, le 24 mai 1951.

Sur cette question d'appréciation de la confusion, il faut se rappeler le principe de la liberté de commerce. Celui qui cherche à empêcher la vente d'un produit concurrent doit établir qu'il peut le faire. Il doit prouver dans ce cas que le concurrent se livre à des manoeuvres illicites ou contraires aux usages commerciaux honnêtes en tentant de faire passer ses produits pour ceux d'un autre (277). Dans l'appréciation de la confusion, ce n'est pas seulement l'imitation comme telle qui compte. Comme le faisait remarquer monsieur le Juge Doiron dans la cause Super Meuble (278) il y a des domaines où le copiage constitue une pratique courante. Mais ce qu'il faut éviter c'est de vouloir confondre le public quant à l'origine des produits.

On considère qu'il n'y a pas seulement concurrence déloyale lorsque la confusion se produit comme telle mais également lorsque l'imitation est propre à tromper le client ou que la confusion puisse être simplement possible (279).

On explique parfois la faute en disant qu'un commerçant peut avoir agi comme "une personne raisonnable"

-
277. Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S. 1027, 1031; T.V. Guide Inc./ T.V.Hebdo Inc. c. Publications La Semaine Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-01771-837, 16 juillet 84, p. 22, J.E. 84-730; Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, op. cit. note 16, no. 201, p. 219.
278. Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S., Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, p. 8, J.E. 84-1045.
279. République Française c. S. Hyman Ltd., (1921) 31 B.R. 22, 24; voir aussi Fyon c. Paquin, (1922) C.S. 130, 131.

lorsqu'il a choisi son nom de commerce mais qu'il est devenu fautif s'il a persisté à s'en servir une fois avisé d'une utilisation préalable par un concurrent. La jurisprudence crée une faute dans l'intérêt de la société commerciale.

L'appréciation de la confusion provient également d'éléments communs au signe, au nom, à la marque. Les tribunaux examineront si la ressemblance de l'impression extérieure (effet sonore ou visuel) ou son contenu fait naître un danger d'erreur (280). On référera à l'appréciation d'une personne à l'attention moyenne pour juger de l'existence de la confusion (281).

Afin d'évaluer s'il y a effectivement confusion on ne doit pas nécessairement comparer les signes communs, un à côté de l'autre. Le consommateur n'a pas la plupart du temps les deux produits devant lui lorsqu'il y a possibilité de confusion. Cependant, même si on peut discerner des détails de dissemblance on doit toujours se fier à l'impression d'ensemble. La règle veut qu'on apprécie l'imitation d'un produit d'après les ressemblances et non pas d'après les dissemblances.

280. H. SIMON, note 14, p. 94; Coin-A-Matic Inc. c. Coin Automat Washing Machine Corp., [1966] R.P. 419, 421 (C.S.); Structures Lamelles Limitée c. Structures de bois Lamelle du Québec Inc., [1965] R.P. 216, 218 (C.S.).

281. P. BOURBONNAIS, op. cit., note 11, p. 47; R. KRASSER, op. cit., note 18, no 208, p. 158; T.V. Guide Ltd./Ltée c. Telesol Inc., [1979] C.S. 311, 324; Inspec-Sol (1975) Ltée c. National Boring & Sounding Inc., [1978] C.S. 1122, 1127; Goyette c. J.H. Restaurants Ontario Ltd., [1979] R.P. 398, 402.

...la confusion peut s'étudier en se plaçant pour ainsi dire aux yeux et place d'un "ordinary or unwary customer" et non d'une personne inattentive et insouciante, la comparaison se faisant de façon générale qui inclut aussi la phonétique, plutôt par une étude côte à côte ("side by side") (282).

Nous avons examiné les deux revues, comme le disent la doctrine et la jurisprudence, non pas en examinant chaque page, mais plutôt en les regardant, dans leur totalité et même en les regardant, non pas l'une à côté de l'autre, mais seule et indépendamment l'une de l'autre. Il ne fait aucun doute dans notre esprit qu'il existe une ressemblance indéniable quant à certains éléments principaux. Ainsi, le format est identique et le contenu est sensiblement le même (283).

En fait dans certains cas, même s'il est possible de dissocier chacun des détails, l'impression d'ensemble peut créer la confusion. Dans d'autres cas, tous les détails peuvent se ressembler mais l'impression d'ensemble peut-être différente (284).

282. Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S. 1027, 1029.

283. T.V. Guide Ltd/Ltée c. Télésol Inc., [1979] C.S. 311, 323.

284. En France, il a été admis que la confusion était possible entre "Superhermit" et "Superhermetic" trib. com. Lyon; 4 mai 1950, ann. pr. ind., 1951, 174; "Metallur-Gripfort" et "Metalbur" Paris 2 février 1954 ann. pr. ind., 138; "Société Les Grands Vins Sélectionnés" et "Société de diffusion des vins sélectionnés" trib. com. Seine 12 décembre 1958, ann. prop. ind., 1960 213; entre; "A. Réaumur" et "Comptoir Réaumur" Paris 10 novembre 1953, ann. prop. ind. 1953, 264; entre "G.A.R." et "R.A.G." trib. Com. Lyon 4 juillet 1952, ann. pr. ind., 1952, 293; entre "SMAC" et "SOMAC" Paris 22 novembre 1963, ann. pr. ind., 1964, 179. Mais une dénomination dont le caractère est faible bénéficiera de moins de protection. Ainsi "Radio Taxi" n'a pu empêcher une

Il a été décidé qu'un commerçant n'évite pas nécessairement la confusion en ajoutant simplement un mot ou en remplaçant l'un des mots d'un nom commercial (285). Chaque cas étant évidemment une situation d'espèce.

En matière de confusion, les personnes visées peuvent être tantôt les consommateurs ou tantôt les détaillants en gros pour les objets ou services spécialisés, lorsque ce sont ces derniers qui guident les consommateurs dans leurs achats (286).

L'utilisation d'un nom portant à confusion doit être d'une fréquence raisonnable. Un geste isolé ne sera pas généralement réprimé (287). On a certainement jugé comme étant de diffusion suffisamment fréquente le fait d'utiliser un nom durant une période d'environ deux mois et demi, dans une cinquantaine de messages publicitaires. Ces messages étaient publiés par le réseau de télévision T.V.A. dans neuf postes, par

autre entreprise de s'appeler "Appelez Radio Taxi".

285. Voir Place Tevere c. Reda, [1975] C.S. 351 concernant les mots "Place Tevere Pizzeria et "Miss Tevere Pizzeria"; à la page 9 du texte intégral de cet arrêt (C.S. Montréal, no. 500-05-0010944-74) il est dit: "que lon ait accolé au mon TEVERE le mot MISS alors que les requérantes se servent du mot TEVERE avec le mot PLACE, mais en y ajoutant dans chaque cas le mot PIZZERIA, ne change rien à la situation de faits, et à la confusion qui règne depuis l'ouverture du commerce de Côte Vertu par la compagnie intimée".
286. Voir à ce sujet; TV Guide Inc./TV Hebdo Inc. c. Publications La Semaine, C.S. Montréal, no. 500-05-011771-837, p. 20.
287. Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S., Québec, no. 200-05-002672-843, le 15 novembre 1984, p. 7 J.E. 84-1045; Héroux c. Péloquin, [1974] C.S. 563; PIK-NIK Ltd. c. Picnic Lunch Ltd., [1968] R.P. 188, 190 (C.S.).

le réseau Radio-Canada dans une douzaine de postes et par C.B.F.T. de Montréal (288). Le fait de faire distribuer soixante milles dépliantes ayant un contenu, déloyal, durant une période d'un mois, fut jugé suffisamment grave pour accorder des dommages (289).

Parfois certains éléments viennent atténuer l'application de ces règles. Ainsi une preuve de mauvaise foi a parfois pour effet d'amoindrir la rigueur des conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale. On admet plus facilement la confusion lorsque le signe a été utilisé de mauvaise foi ou encore lorsqu'il s'agit d'un signe de grande notoriété.

De plus il est possible que deux noms aient objectivement un risque de confusion minime mais qu'ils soient néanmoins considérés comme pouvant créer de la confusion en tenant compte de certains éléments aggravants. Tel est le cas d'un ex-employé qui se sert d'un nom ayant une certaine ressemblance avec le nom de compagnie de son ancien employeur et qui s'organise pour ouvrir un bureau dans le même bâtiment que cet ancien employeur. On peut considérer que celui-ci tente intentionnellement de créer la confusion.

288. Genest c. Société de Courtage Immobilier du Trust Général Inc., C.S., Québec, no. 200-05-005023-812, le 1^{er} novembre 1984, p. 5.

289. Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616, 617.

La notoriété, le caractère et l'étendue de la clientèle d'une marque ont donc une certaine incidence sur cette question d'appréciation de la confusion.

**B. LA FAUTE DANS LES CAS DE DENIGREMENT, DE
DESORGANISATION INTERNE D'UNE ENTREPRISE RIVALE
OU DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHE.**

Dans les autres cas de concurrence déloyale soit dans le cas de dénigrement, de désorganisation interne d'une entreprise rivale ou de désorganisation d'un marché, la notion de faute se rapproche davantage de la notion de faute traditionnelle appliquée en matière de responsabilité civile.

On se demande si un commerçant normalement avisé aurait agi de telle manière face aux circonstances qui ont causé le dommage.

Dans ces cas, le tribunal effectue une appréciation plus subjective de la notion de faute. On examine si les moyens utilisés dépassent ce à quoi les concurrents sont en droit de s'attendre d'après les usages honnêtes.

Nous avons vu qu'en matière de confusion une série de règles plutôt objective est appliquée lorsqu'il s'agit de déterminer si l'agissement constitue un acte déloyal et, par conséquent, un acte contraire aux usages honnêtes de commerce. Dans les cas de confusion la faute est parfois présumée. On crée une faute dans l'intérêt des commerçants.

Dans les cas de dénigrement on ne retrouve pas nécessairement des constatations concrètes et précises sur la façon dont on a déterminé ce qui constitue un usage honnête par rapport à un usage mahonnête.

De façon prudente, on évite d'établir des règles générales pour s'en tenir au cas d'espèce. On note cependant dans les cas de dénigrement une approche plus moralisante dans l'appréciation du geste posé. Cela s'explique dans bien des cas puisqu'il arrive souvent que l'acte commis en matière de dénigrement ait été fait de façon intentionnelle, malveillante et parfois de mauvaise foi.

Ainsi dans l'affaire Les Publications La semaine Inc. (290), on a jugé qu'il était de bonne guerre et d'usage commercial de lancer au moment opportun un article entrant en concurrence directe avec celui d'un nouveau concurrent. Mais que dans ce cas-ci l'ensemble des faits joints à la façon d'utiliser les mots "télé-semaine" indiquait clairement que la demanderesse avait débordé la ligne parfois tenue qui sépare la concurrence déloyale de celle qui ne l'est pas. En fait dans ce cas il y avait eu un acharnement et des tactiques qui n'ont pas été jugées acceptables dans le sens des honnêtes usages commerciaux.

290. Publications La Semaine Inc. c. T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-011715-830, 16 juillet 1984.

Dans la catégorie des actes de désorganisation interne d'entreprise rivale, certains actes déloyaux plus courants ont fait l'objet d'une analyse plus poussée par la jurisprudence. Une série de critères a été élaborée en vue de déterminer si l'agissement constitue un acte fautif ou non. Au chapitre des secrets de commerce la question de la loyauté d'anciens employés ou associés qui partent une entreprise concurrente a été régulièrement analysée par les tribunaux. On examine si les informations sont exclusives et secrètes au demandeur ou si elles ne constituent pas plutôt l'expérience et l'habilité manuelle ou intellectuelle de l'employé. Dans certains cas, l'employé qui occupe une position de confiance voit son obligation de loyauté renforcée. On lui reconnaît parfois un devoir de fiduciaire (291).

Dans les cas de désorganisation générale du marché, les gestes déloyaux commis sont parfois de grandes envergures. Des lois spéciales interviennent pour réprimer ces abus qui touchent bien souvent autant le concurrent que le consommateur. Cependant une certaine jurisprudence semble hésiter à qualifier l'acte de déloyal par rapport au concurrent lorsque le geste commis semble nuire à la communauté en général.

Dans Herboristerie Vibio Santé Naturelle Ltée c. Bio

291. Marion c. Roberts, (1904) 14 B.R. 23; Dominion Messenger & Signal Co. c. Vaudrin, [1924] R.L. 336 (C.S.).

Santé Canada Ltée (292), il a été prouvé que le produit de la défenderesse ne rencontrait pas les représentations faites sur la boîte contenant le produit. De plus, la présentation du menu sur la boîte n'était pas conforme aux données d'un régime amaigrissant. On a jugé que "la fraude reprochée à l'intimée réside beaucoup plus dans une violation qui atteint le public en général que la requérante. Le dommage allégué ne tient pas tellement à la concurrence déloyale qu'à la fraude dont le public serait victime. Les autres concurrents de la requérante sont aussi défavorisés qu'elle par la concurrence apportée par FINE FORM" (293). On estime que le préjudice direct dans ce cas est subi par les consommateurs et que les pouvoirs octroyés aux autorités publiques sont les remèdes appropriés dans les circonstances.

Nous devons préciser que cette décision n'a été jugée qu'au niveau d'une injonction interlocutoire et que le tout se décidait particulièrement au niveau de l'apparence de droit. Le tribunal dans cette affaire considérait qu'il s'agissait d'une question de droit nouveau.

Lorsque la fraude semble devenir trop importante ou générale, il devient plus difficile d'établir et de convaincre le tribunal du préjudice et de la concurrence déloyale effectués.

292. C.S. Montréal, no. 500-05-013624-791, le 15 novembre 1979, J.E. 79-1058.

293. id., à la page 15 du texte intégral.

Ceci ne devrait pas être le cas puisque même si une fraude ou une publicité générale atteint l'ensemble des commerçants chaque commerçant devrait pouvoir empêcher ces agissements s'il en est personnellement atteint.

Dans d'autres cas, cependant, les tribunaux sont intervenus en faveur du concurrent même s'il s'agit d'une fraude qui pouvait être réprimée pénalement par loi spéciale (294).

La jurisprudence s'est particulièrement prononcée sur l'application et l'appréciation de la faute en matière de confusion. Il en est ressorti des règles d'applications propres que nous avons exposées. Sauf exception pour les cas de violation de secrets de commerce, on a moins souvent analysé l'usage commercial reprehensible dans les cas de dénigrement et de désorganisation d'entreprise ou de marché.

Vouloir retomber sur la notion traditionnelle de la faute en matière civile comporte des dangers d'erreurs dans l'appréciation du geste commis. En matière civile, on admet généralement que les gestes commis ne sont pas faits avec l'intention de nuire. La notion de faute civile a été influencée par ce principe. En matière de concurrence commerciale c'est la règle contraire qui prévaut. La concurrence c'est très justement le fait de vouloir nuire au compétiteur. Le comportement des

294. Philippe Beaubien & Cie c. Canadian General Electric Co., [1976] C.S. 1459.

parties en présence n'est pas guidé suivant les mêmes principes.
Le droit de la concurrence déloyale doit établir ses propres
normes.

SECTION II - Les dommages et le lien de causalité en matière de concurrence déloyale.

A. LES DOMMAGES ET LE LIEN DE CAUSALITE DANS LES CAS DE CONFUSION.

Si l'on prend pour acquis que l'action en concurrence déloyale est de la nature d'une action en responsabilité civile la preuve d'un préjudice et du lien de causalité sont des éléments nécessaires à cette action (295).

Le préjudice se manifeste généralement par une perte de revenus (baisse du chiffre d'affaires) ou par des dépenses encourues pour rectifier l'image projetée par le concurrent déloyal. La preuve de dommages réels et tangibles est bien souvent exigée par les tribunaux dans ce genre de poursuites.

Le préjudice purement éventuel ne peut donner lieu à des dommages-intérêts mais le préjudice futur peut être compensé s'il est certain et s'il peut être immédiatement évalué (296).

-
295. Vive Camera Co. c. Hogg, (1899) 18 C.S. 1, 12; Héroux c. Poliquin, [1974] C.S. 563; Banquet & Catering Supplies Rental Ltd. c. Bench & Table Rental World Inc., [1979] C.S. 1130, 1134 et 1139; T.V Guide Ltd. c. Télesol Inc., [1979] C.S. 311, 324; Office Overload Inc. c. Trencaroff, [1973] C.A. 960; Pajar Production Ltée c. Capovilla, C.S. Montréal no. 500-05-001767-829, le 2 novembre 1982, p. 12, J.E. 82-1163.
296. 102558 Canada Ltée. c. 114524 Canada Inc., [1983] C.S. 1180, 1185.

Il a déjà été établi en common law que le demandeur d'une action en concurrence déloyale peut demander à son choix des dommages ou le remboursement des profits réalisés indûment par le défendeur.

Dans Cusson c. Hoffman, Lemercier & Co. (297) on a estimé que les profits réalisés par le concurrent déloyal ne pouvait servir de base à l'estimation des dommages. La seule base, c'était les dommages que la vente des produits de qualité inférieure du défendeur pouvait causer au demandeur.

Il ne faut pas croire que la jurisprudence est unanime sur cette question de la nécessité d'une preuve de préjudice précise dans l'action en concurrence déloyale.

Devant une difficulté constante à bien évaluer des dommages subis, certaines décisions se sont tournées vers une appréciation moins rigide de cette question et se sont dissociées en quelque sorte de la règle bien établie en responsabilité civile. Ce même phénomène s'est retrouvé en France tel que l'a exprimé l'auteur Mermillod:

On ne peut mieux découvrir la nature de ces difficultés qu'en citant une décision caractéristique de la Cour de Paris:
"Considérant... que ces agissements ont été au premier chef de nature à canaliser vers le magasin de l'appelant une

clientèle qui pouvait ne pas leur être destinée et ce par une manoeuvre déloyale..."

'Une clientèle qui pouvait ne pas lui être destinée', cela exprime à merveille l'incertitude rencontrée d'ordinaire lorsque se pose la question de l'existence du préjudice en matière de concurrence déloyale... (298).

Dans certains cas on a procédé à une évaluation raisonnable lorsqu'une preuve de préjudice était mathématiquement difficile à établir (299).

Dans d'autres cas la jurisprudence se contente d'une constatation d'acte déloyal et infère l'existence d'un préjudice (300).

On sait qu'une certaine jurisprudence admet l'action en concurrence déloyale sur une preuve d'intention à créer la confusion ou sur une preuve de confusion possible. Dans ces cas,

298. L. MERMILLOD, *op. cit.*, note 1, no. 56, p. 72.

299. Genest c. La Société de Courtage Immobilier du Trust General Inc., C.S., Québec no. 200-05-005023, le 1er novembre 1984 p. 5; Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co., (1929) 46 B.R. 121, 122; Conway c. Hamel, [1931] R.L. 64 (C.S.); Robins c. Canadian Broadcasting Corporation [1958] C.S. 152; Les Artisans du Meuble Québécois Inc. c. Rousseau, C.S., Montréal no. 500-05-014926-800, 8 janvier 1981, p. 19; Santé Naturelle Ltée. c. Les Produits de nutrition Vitaform Inc., [1985] C.S. 628, 636; Hébert & Fils c. Désautels, [1971] C.A., 285, 296; Equipement de bureau Québec Métropolitain Inc. c. J.-G. de Grace, C.S., Québec, no. 200-05-000718-762, 20 janvier 1978, p. 9.

300. Collectif Liberté Inc. c. Liberté-Magazine Ltée., C.S., Montréal no. 500-05-001615-804, 28 février 1980, p. 17, J.E. 80-277.

il va de soi que l'évaluation du préjudice sera elle aussi présumée puisque l'on présume la confusion.

Parfois, ce sera l'existence de mauvaise foi qui justifie la Cour d'accorder des dommages même si aucun dommage spécifique n'est prouvé (301).

Les jugements qui voient dans l'action en concurrence déloyale une action de nature possessoire ou pétitoire (revendication d'un nom appartenant au premier usager) accordent également des dommages sans preuve réelle et directe.

Il n'a pas fait preuve spécifique de dommages, mais la Cour est en droit, tout comme dans les actions possessoires de lui accorder des dommages-intérêts nominaux ou tout simplement d'accorder ses conclusions en injonction... (302).

On voit dans ce dernier cas que l'élément préjudice n'est pas essentiel à ce genre de recours. Voir également le dossier Place Tevere c. Reda (303) où l'action en concurrence déloyale basée entre autres sur l'article 1834 du Code civil du Bas-Canada accorda au requérant un droit à l'injonction, puisque ce recours visait à protéger un véritable droit de propriété appartenant au premier occupant d'un nom de commerce.

301. Cie Trust Royal c. Immeubles Le Page Royal Inc., C.S. St-Hyacinthe, no. 750-05-000319-78, 22 juin 1979, p. 7, J.E. 79-802.

302. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 107.

303. [1975] C.S. 351.

La jurisprudence majoritaire mise plus souvent qu'autrement sur l'élément de la faute créée et des dommages qu'elle cause. C'est du moins ce que laisse transparaître la plupart des décisions.

Cependant, lorsqu'on regarde de plus près la façon dont est évaluée le préjudice et le lien de causalité on réalise que cette question paraît toujours être un sujet encombrant dans le débat. Malgré cela on hésite à sortir expressément des sentiers battus et on préfère réaffirmer les règles traditionnelles en responsabilité civile. Mais essentiellement, suivant sa volonté à vouloir suivre ou non ces règles traditionnelles on adopte une conception tantôt libérale tantôt restrictive de l'appréciation du préjudice et du lien de causalité. Certaines décisions se montrent donc très peu exigeante sur cette question alors que d'autres exigent une preuve de dommages réels et tangibles (304).

Pourtant les particularités de ce recours justifient à notre avis que le tribunal puisse apprécier de façon libérale la preuve d'un préjudice et du lien de causalité. Le commerçant est souvent incapable d'établir la perte effectivement subie tellement il est difficile de déterminer si sa clientèle a été détournée suite aux agissements déloyaux commis. La baisse du

304. Héroux c. Poliquin, [1974] C.S. 563; Banquet & Catering Supplies Rental Ltd. c. Bench & Table Rental World Inc., [1979] C.S. 1130, 1132.

chiffre d'affaires ne s'illustre bien souvent que longtemps après la commission des actes dérogatoires. Le préjudice constitue souvent l'entrave aux efforts qu'investit le commerçant pour attirer et conserver sa clientèle. Ainsi nous croyons qu'il suffit que le préjudice soit vraisemblable ou à tout le moins possible. Exiger une preuve directe et tangible de dommage en matière de concurrence déloyale serait nier le droit à une protection contre la concurrence déloyale.

B. LES DOMMAGES ET LE LIEN DE CAUSALITE DANS LES CAS DE DENIGREMENT DE DESORGANISATION INTERNE D'UNE ENTREPRISE RIVALE ET DE DESORGANISATION GENERALE DU MARCHE

Dans les cas de dénigrement il arrive que le préjudice causé atteigne directement la réputation de l'entreprise concurrente ou son âme dirigeante. Dans ces cas, il arrive plus souvent que l'on tienne compte du dommage moral causé (305).

L'ensemble des agissements en matière de dénigrement constitue une atteinte au patrimoine moral des demandeurs. Or, ce genre de préjudice est difficilement appréciable et les tribunaux l'a toujours établi par une évaluation approximative. Le juge ne peut refuser une telle réparation uniquement parce qu'elle ne peut s'évaluer concrètement. Toutefois, malgré l'opinion émise dans quelques décisions on ne peut accorder des

305. Ferland c. Larose [1982] C.S. 616, 620; Marion c. Roberts, (1904) 14 B.R. 23, 25.

dommages vindicatifs, exemplaires ou punitifs sauf lorsque les lois particulières le prescrivent (306).

Dans Genest c. Société de Courtage Immobilier du Trust General Inc. (307), le tribunal condamna la défenderesse à des dommages exemplaires de l'ordre de \$ 10,000 dollars suivant l'article 49 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne. A cet égard on considéra le nom du demandeur comme un bien au sens de l'article 6 de la loi/ci-dessus mentionnée (308).

Dans les cas de désorganisation d'entreprise rivale et du marché en général on retrouve les mêmes difficultés que dans les cas de confusion où la preuve du préjudice est parfois inexistante ou difficilement vérifiable. Comme nous l'avons souligné au sujet de la confusion, le tribunal ne devrait pas interdire ce recours si le préjudice est difficile à établir. Une évaluation difficile ne doit pas empêcher le juge d'apprécier les conséquences défavorables de la concurrence déloyale.

Dans les situations de concurrence déloyale qui

-
304. Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616, 620; Goyer c. Duquette, (1936) 61 B.R. 503, 511; Contra: D.P.M. Thibeault Inc. c. Produits Blanchet Inc., C.S., Montréal no. 500-05-006341-73, 2 Juillet 1974; p. 8, Dominion Messenger & Signal Co. c. Vaudrin, [1924] R.L. 336, 338 (C.S.).
307. C.S., Québec no. 200-05-005023-812, 1^{er} novembre 1984, p. 8.
308. Charte Des Droits Et Liberté De La Personne, L.R.Q. 1977, c. C-12.

désorganisent un marché, on a dit que le plaignant doit établir qu'il est personnellement atteint par l'offensive générale de la concurrence. Si la concurrence déloyale s'adresse à tout un marché on dira qu'il n'y a pas concurrence déloyale s'il ne prouve pas qu'il est personnellement atteint par ces actes et s'il n'établit pas une preuve de dommages directs et réels.

Lorsque l'acte de concurrence déloyale vise une collectivité, les effets néfastes ne sont pas nécessairement perceptibles dans l'immédiat et il est souvent difficile d'établir la cause à effet lorsque le dommage apparaît dans le futur.

La notion de dommage est une notion secondaire en matière de concurrence déloyale. L'acte déloyal intercepte les efforts du commerçant qui oeuvre selon les règles du jeu. Cela en soi justifie la répression des agissements déloyaux et constitue le fait dommageable pour le commerçant. L'action en concurrence déloyale ne devrait pas être rejetée parce qu'on ne peut établir avec suffisamment de précision quel pourcentage de clientèle a été perdu ou quel pourcentage de baisse de revenus est la conséquence de l'acte déloyal.

En fait une difficulté à évaluer le préjudice comme celle du lien de causalité ne devrait pas constituer une fin de non recevoir à l'action en concurrence déloyale. Tout au plus pourrait-elle être exigée de façon souple et réaliste lorsqu'on

demande en plus de la cessation des actes déloyaux une
compensation monétaire.

CHAPITRE IV - L'INCIDENCE DE LA MAUVAISE FOI DANS LES CAS DE CONCURRENCE DELOYALE.

Les anciens ouvrages français partaient de l'idée que la concurrence déloyale suppose la mauvaise foi (309). Une certaine doctrine contemporaine quant à elle s'est élevée contre la théorie selon laquelle la mauvaise foi serait indispensable pour qu'il y ait concurrence déloyale (310).

On explique que l'exigence d'une preuve de mauvaise foi trouve une explication dans l'origine historique de la notion de concurrence déloyale.

Les premiers essais de lutte contre la concurrence déloyale ont été tentés par la jurisprudence sans fondement légal précis. La jurisprudence ne s'appuyait en fait que sur des conceptions morales et ce n'est que par la suite que l'on prit comme fondement les dispositions du Code civil en matière de responsabilité civile (311).

Parfois il est possible de constater facilement l'élément de mauvaise foi. Les juges ont mis ce fait en évidence de sorte que l'on est venu à interpréter le tout comme constituant

309. A. ALLART, op. cit., note 26, p. 4.

310. P. ROUBIER, op. cit., note 18, no. 109, p. 500.

311. L. MERMILLOD, op. cit., note 1, no. 28, p. 35.

une condition essentielle à l'exercice de l'action en concurrence déloyale.

L'auteur québécois André Nadeau n'estime pas que l'élément de la mauvaise foi soit nécessaire pour invoquer l'action en concurrence déloyale. Nadeau note cependant que la jurisprudence exige cette preuve de mauvaise foi (312).

En fait, il ressort d'une lecture attentive de la jurisprudence que plusieurs décisions constatent que le concurrent poursuivi a agi de mauvaise foi. Il n'est pas dit cependant que la concurrence déloyale n'aurait pas existé sans cette mauvaise foi (313).

D'ailleurs, un bon nombre de décisions accueillent l'action en concurrence déloyale sans faire aucunement référence à la bonne ou mauvaise foi de la partie poursuivie. Il suffit que le défendeur ait négligé de prendre des mesures nécessaires pour éviter la confusion dans l'esprit du public ou qu'il

312. Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, op. cit., note 16, no. 201, p. 219; voir les jugements suivants où on a exigé une preuve de mauvaise foi ou tout au moins une intention de nuire: Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S.1027, 1029; Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S. Québec no. 200-05-002672-843, p. 10; Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616, 618; Corbeil c. Dufresne, [1933] R.L. 40, 47, (C.S.).

313. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 106; Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co., (1929) 46 B.R. 121, 126; Dominion Messenger and Signal Co. c. Vaudrin, (1924) 30 R.L. 336, 338 (C.S.); Collectif Liberté Inc. c. Liberté - Magazine Ltée, C.S., Montréal, no. 500-05-0001615-804, 28 février 1980, p. 16, 80-277; Service d'extincteur de l'Estrie Inc. c. Côté, C.S., St-François, no. 450-05-000792-79, 17 décembre 1980, p. 6, J.E. 81-150.

n'ait pas pris les mesures nécessaires pour cesser d'utiliser un nom lorsqu'on l'a informé qu'un autre commerçant s'en servait (314).

On constate dans d'autres cas que la preuve de mauvaise foi amène la condamnation aux dépens, à des dommages exemplaires (315).

On peut dire que dans plusieurs cas, ce n'est souvent que comme circonstance aggravante que les tribunaux relèvent que le défendeur a agi de mauvaise foi. Si parfois certaines allusions repoussent l'action en concurrence déloyale au motif que le défendeur a agi de bonne foi ou n'a pas agi de mauvaise foi, la plupart du temps, on ne fait qu'exprimer par de telles formules que l'on ne peut objectivement rien trouver à redire à la conduite du défendeur (316).

-
- 314. Genest c. Société de Courtage Immobilier du Trust Général Inc., C.S. Québec, no. 200-05-005023-81-2, p. 7; T.V. Guide Ltd. c. Telesol Inc., [1979] C.S. 311, J.E. 84-730; Coin-A-Matic Inc. c. Coin Automat Washing Machine Corp., [1976] R.P. 419 (C.S.).
 - 315. Philippe Beaubien et Cie c. Canadian General Electric Co., [1976] C.S. 1459; Cie Trust Royal c. Immeubles Le Page Royal Inc., C.S. St-Hyacinthe, no. 750-05-000319-78, p. 7, J.E. 79-802.
 - 316. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 106; Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co., (1929) 46 B.R. 121, 126; Dominion Messenger and Signal Co. c. Vaudrin, (1924) 30 R.L. n.s. 336, 338 (C.S.); Collectif Liberté Inc. c. Liberté - Magazine Ltée, C.S., Montréal, no. 500-05-0001615-804, 28 février 1980, p. 16; Service d'Extincteur de l'Estrie Inc. c. Côté, C.S., St-François, no. 450-05-000792-79, 17 décembre 1980, p. 6, J.E. 81-150.

TROISIEME PARTIE: QUESTIONS DE PROCEDURE ET DE PREUVE EN
MATIERE DE CONCURRENCE DELOYALE.

CHAPITRE I - LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX EN MATIERE DE
CONCURRENCE DELOYALE.

Les tribunaux relevant de l'administration de la province (Cour d'appel, Cour supérieure et Cour provinciale) et la Cour suprême du Canada ont compétence pour entendre les actions en concurrence déloyale (317).

Sous réserve de quelques exceptions les dits tribunaux mentionnés ci-dessus et la Cour fédérale ont cependant une juridiction concurrente pour entendre les actions de redressement

317. Art. 22 et s., Code de procédure civile du Québec; La Cour Fédérale n'aurait pas juridiction voir: Werder c. Beco Indust. Ltd. [1976] 2 C.F. 739; I. Goldsmith, Trade Marks and Industrial Designs, Toronto, Carswell, 1982, p. 141 à 247.

découlant de la Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale (318).

La Cour fédérale possède une compétence exclusive pour entendre les appels des décisions du registraire des marques de commerce au sujet d'une demande d'enregistrement refusée, d'une opposition, d'une radiation suivant l'article 44 de la Loi sur les marques de commerce ou d'une radiation d'inscription apparaissant au registre des marques de commerce suivant l'article 57 de la Loi sur les marques de commerce (319).

318. Loi sur la Cour Fédérale S.R.C. 1970, 71-72, p. 1 Art. 20:
"La Division de première instance a compétence exclusive en première instance, tant entre sujets qu'autrement,

- a) dans tous les cas ou des demandes... d'enregistrement... d'une marque de commerce... et
- b) dans tous les cas où l'on cherche à faire... insérer, rayer, modifier ou rectifier une inscription dans un registre... des marques de commerce...

et elle a compétence concurrente dans tous les autres cas où l'on cherche à obtenir un redressement en vertu d'une Loi du Parlement du Canada, ou de toute autre règle de droit relativement... à une marque de commerce...;

Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale S.C.R. 1970, C.T-10 art. 53 "Lorsqu'il est démontré à une Cour compétente, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, la Cour peut rendre l'ordonnance que les circonstances exigent, y compris une stipulation portant un redressement par voie d'injonction et le recouvrement des dommages intérêts ou de profits, et peut donner des instructions quant à la disposition des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard".

La Cour Fédérale n'a pas une juridiction concurrente pour les dispositions n'ayant pas une validité constitutionnelle: voir l'article 7(e) et l'affaire Macdonald c. Vapor Canada Ltd. (1977) 2 R.C.S. 134. La Cour Fédérale n'aurait pas juridiction voir: Werder c. Beco Indust. Ltd. [1976] 2 C.F. 739; I. Goldsmith, op. cit., note 317, p. 141 à 247.

319. Loi sur la Cour Fédérale S.R.C. 1970, 71-72 c.1 art. 20;
Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale S.R.C. 1970, c. T-10, art. 56, 57.

Cette compétence exclusive de la Cour fédérale ne veut pas dire qu'on ne peut demander en Cour supérieure, en défense et en demande reconventionnelle à une action en contrefaçon de marques enregistrées la nullité de cette marque. Il est possible en défense et en demande reconventionnelle de demander la nullité de la marque enregistrée du demandeur. Un jugement prononçant la nullité de la marque n'aura cependant d'effet qu'à l'égard du défendeur qui l'aura demandé. Si on désire que cette marque soit considérée nulle à l'égard de tout autre intéressé il est nécessaire de procéder par demande en radiation de la marque devant la Cour fédérale.

CHAPITRE II - LES RECOURS EN MATIERE DE CONCURRENCE DELOYALE ET AUTRES QUESTIONS DE PROCEDURE.

SECTION I - Dans les cas de confusion, de dénigrement, de désorganisation interne d'une entreprise rivale et de désorganisation générale du marché.

A. L'ACTION EN DOMMAGES-INTERETS.

Comme nous l'avons précédemment exposé la doctrine et la jurisprudence majoritaire s'entendent pour dire que le fondement de l'action en concurrence déloyale est celui d'une action en responsabilité civile. Ce recours s'exerce par le biais d'une action en dommages-intérêts suivant les particularités que commande la concurrence déloyale (320). Pour les cas de confusion, nous avons déjà souligné qu'un courant doctrinal et jurisprudentiel minoritaire estime qu'il s'agit d'une action de nature possessoire ou pétitoire (321).

Dans plusieurs cas de concurrence déloyale, il existe un bon nombre de recours à caractère pénal. De nombreuses législations pénales ont pour objectif premier de protéger le

-
320. Acme Vacuum Cleaner Co. c. Acme Vacuum Cleaner Co., [1953] B.R. 188, 189; République Française c. S. Hyman Ltd, (1920) 31 B.R. 22, 23; Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616, 620; Banquet & Catering Supplies Rental Ltd c. Bench & Table Rental World Inc., [1979] C.S. 1130, 1133.
321. Pinard c. Coderre, [1953] B.R. 99, 103; voir aussi T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc. c. Publications de la Semaine Inc. C.S. Montréal, no. 550-05-0011771-837, 16 juillet 1984 p. 11, J.E. 84-730.

public mais elles contribuent aussi indirectement à établir un code de pratiques loyales entre les concurrents.

S'il est établi qu'un acte a été commis contrairement à une loi, il ne reste bien souvent qu'un petit pas à franchir pour démontrer qu'il s'agit également d'un acte de concurrence déloyale sur le plan civil. Il faut prendre garde cependant, de ne pas confondre le recours en concurrence déloyale et l'action intentée suite au non respect d'une loi ou d'un texte réglementaire (322). L'objet visé n'est pas le même. Il n'est pas nécessaire d'attendre le résultat des poursuites entamées pour conduite illégale avant d'entreprendre un recours en concurrence déloyale. Ces recours peuvent se cumuler. C'est parce qu'on a tendance à confondre l'objectif distinct de l'action en concurrence déloyale avec celui du recours en concurrence interdite ou non-autorisée qu'une certaine jurisprudence prétend que dans le cas d'une activité commerciale fortement réglementée,

322. L'étude de la théorie sur la concurrence déloyale démontre qu'on a toujours délimité et circonscrit le champ de compétence de cette action. Ainsi, la concurrence déloyale se distingue de la concurrence interdite ou non autorisée. La concurrence déloyale fait l'objet d'un certain nombre de procédés considérés comme critiquables dans les rapports concurrentiels et dans la recherche d'une clientèle. La concurrence interdite ou non autorisée est celle qui fait l'objet d'une restriction formelle résultant de la loi (connue sous le nom de concurrence illégale) ou résultant d'un contrat (connu sous le nom de concurrence anti-contractuelle) voir: P. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 482; L. MERMILOD, op. cit., note 18, p. 16.

l'action en concurrence déloyale n'a pas sa place (323).

En réalité, une forme de concurrence telle, par exemple, la concurrence illégale n'exclut par nécessairement l'action en concurrence déloyale.

Dans plusieurs cas d'actes déloyaux, les actes commis touchent souvent l'ensemble d'une collectivité commerciale ou industrielle. L'un des membre de cette collectivité ne peut pour autant se plaindre des actes touchant le groupe auquel il appartient. Il ne peut poursuivre que si l'acte déloyal l'atteint ou atteint son entreprise individuellement. La poursuite doit être intentée en son nom personnel ou au nom de l'entreprise et non pour la collectivité visée par les propos déloyaux (324).

B. L'ACTION EN INJONCTION PERMANENTE ET LA REQUETE EN INJONCTION INTERLOCUTOIRE.

L'action en dommages-intérêt peut être jointe à une demande en injonction. On admet également que l'injonction puisse être exercée indépendamment d'une demande de dommages (325).

-
- 323. Herboriste Vibio Santé Naturelle Ltd. c. Bio Santé Canada Ltd., C.S. Montréal, no. 500-05-013625-791, 15 novembre 1979, p. 16, J.E. 79-1058.
 - 324. Sarrazin c. Duquette (1935) 41 R.L. 365, 371 (C.S.); Goyer c. Duquette (1936) B.R. 503, 511.
 - 325. Publications la Semaine Inc. c. T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc., C.S., Montréal, 500-05-011915-830 le 16 juillet 1984 p. 27.

Dans plusieurs cas d'agissements déloyaux, la jurisprudence fait voir que ces actions en injonction sont souvent précédées d'une requête pour injonction interlocutoire.

Il faut prendre garde de ne pas analyser l'état du droit en la matière suivant le seul résultat de ces requêtes pour injonction provisoire ou interlocutoire. Nous savons que les requêtes de nature provisoire ou interlocutoire sont régies par des règles différentes de l'action en injonction permanente. Essentiellement, l'injonction interlocutoire est accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher qu'il ne soit causé un préjudice sérieux ou irréparable ou voir que ne soit pas créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace (326).

Lorsque le droit du requérant paraît incertain, les tribunaux tiennent compte de la balance des inconvénients.

-
326. Dans la cause Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat, [1975] C.A. 166, 183, le principe a été expliqué comme suit: "At the interlocutory injunction stage these rights are apparently either a) clear or b) doubtful, or c) non-existent.
- a) if it appears clear, at the interlocutory stage that the petitioners have the rights which they invoke then the interlocutory injunction should be granted if considered necessary in accordance with the provision of second paragraph of Article 752 C.P.
 - b) However, if at this stage the existence of the rights invoked by the petitioners appears doubtful then the Court should consider the balance of convenience and inconvenience in deciding whether an interlocutory should be granted.
 - c) Finally if it appears, at the interlocutory stage, that the rights claimed are non-existent then the interlocutory injunction should be refused".

Souvent, dans le domaine de la concurrence déloyale l'entreprise la plus vulnérable, financièrement, à l'accueil ou au rejet de l'action, bénéficie de cette balance des inconvénients (327); ce sera, par exemple, le cas de l'entreprise qui aura investi beaucoup, l'entreprise saisonnière (328) ou débutante (329). La balance des inconvénients ne jouera pas en faveur du débutant, si ce nouveau venu dans un domaine d'activités commerciales est peu sérieux ou peu solvable et semble s'être engagé dans une aventure dont l'unique but est l'espoir de vivre au crochet d'une entreprise de meilleure renommée (330).

Les parties impliquées dans une action en concurrence déloyale peuvent avoir participé de façon différente à l'acte déloyal. Ainsi, le distributeur de produit, l'imprimeur ou le

-
327. Vidéotron Ltée c. Industrie Microlec Produits Electroniques Inc., 1987 R.J.Q. 1246, (C.A.); Piscines et Abris Tempo Inc. c. Tempo Fab Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-019504-784, 16 novembre 1978, p. 26 J.E. 78-1023; Artisans du Meubles Québécois Inc. c. Rousseau, C.S., Montréal, no. 500-05-014926-800, 8 janvier 1981, p. 18. Voir aussi la question de la balance des inconvénients dans les cas de désorganisation interne d'entreprise: Matfer Equipment Co. c. Kalisky, [1982] R.P. 221, 228 (C.S.).
328. Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 957.
329. Pajar Production Ltée c. Capivilla, C.S., Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, p. 12, J.E. 82-1163.
330. Collectif Liberté Inc. c. Liberté-Magazine Ltée, C.S., Montréal, no. 500-05-001615-804, 28 février 1980, p. 16, 17, J.E. 80-277. Dans National Financial Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicale Ltd. [1986] R.D.J. 164, 173 (C.A.) le juge François Chevalier (ad hoc) précisait que le principe selon lequel le poids des inconvénients devrait favoriser la partie qui pourrait par l'injonction "être obligée de fermer son commerce" de doit pas recevoir d'application dans le cas où les appelants n'avaient pas le droit de faire ce qu'ils ont fait.

diffuseur sont parfois appelés à titre de co-défendeurs dans ces actions dans les cas où ils ont participé en connaissance de cause à l'accomplissement des agissements déloyaux (331). Ils sont mis en cause si le demandeur ne désire que leurs opposer le jugement.

De plus, pour les actions en injonction il est prudent de s'adresser dans les conclusions non seulement à une compagnie défenderesse mais aussi à ses administrateurs, préposés, employés ou représentants (332).

Les conclusions recherchées sont pour la plupart du temps une demande de somme d'argent à titre de dommages-intérêts avec l'indemnité de l'article 1056 c du Code civil et diverses demandes d'ordonnance d'agir ou de ne pas agir dans un sens donné

-
331. A titre d'exemple: T.V. Guide Inc./T.V. hebdo Inc. c. Publications la Semaine Inc., C.S. Montréal, no. 500 05-001171-837, 16 juillet 1984, J.E. 84-730; Genest c. Société de Courtage Immobilière du Trust Général Inc., C.S., Québec, no. 200-05-005023-812, le 1er novembre 1984.
332. A titre d'exemple: D.P.M. Thibeault Inc. c. Produits Blanchet Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-000341-73, le 12 juillet 1974.

plus les dépens (333).

En France, on admet que la plaignante à l'action en concurrence déloyale puisse demander au tribunal une ordonnance de publication du jugement condamnant les agissements déloyaux (334).

333. Par exemple dans les cas de confusion il peut y avoir une ordonnance de cesser dans un certain délai de la signification du jugement, d'utiliser la marque, le nom ou toute autre marque ou nom comportant le signe en question ou qu'il soit ordonné au défendeur de changer de nom ou marque en un autre nom ou marque qui ne comprend pas les vocables ou signes discutés, isolément ensemble ou en combinaison avec d'autres mots ou d'effacer et de faire disparaître ledit nom ou marque sur ces produits.

Dans d'autres situations on peut demander qu'il soit ordonné au défendeur de cesser d'utiliser l'habillage en tout point identique à celui de la demanderesse ou qui y soit tellement semblable qu'il puisse induire le public quant à l'identité de produit et à son origine.

On peut demander une ordonnance à cesser de se faire passer pour la demanderesse ou pour une compagnie associée ou affiliée à la demanderesse.

334. J. Vincent et J. Guinchard, Procédure civile, 20e ed., Paris, Précis Dalloz, 1981, p. 724.

SECTION II - Recours connexes à l'action en concurrence déloyale dans les cas de confusion.

Outre l'action en dommages et en injonction permanente ou interlocutoire plusieurs autres types de recours visent à supprimer la concurrence déloyale. Ces recours proviennent de lois particulières et n'ont pas comme fondement légal les principes de droit commun. Il est cependant bien important de saisir la nature de ces procédures parce qu'elles sont parfois intentées concurremment ou accessoirement à l'action en concurrence déloyale.

Nous ne ferons qu'énumérer quelques-uns de ces recours en soulignant leurs principales caractéristiques.

A. LA REQUETE EN RADIATION D'ENREGISTREMENT DE RAISON SOCIALE.

La requête en radiation de l'enregistrement d'une raison sociale suivant l'article 13 de la Loi sur les déclarations des compagnies et des sociétés du Québec, se lit comme suit:

Aucune déclaration prescrite par la présente section ne peut être enregistrée si une personne ou une société y prend un nom, un titre ou une raison sociale qui est la désignation d'une société existante ou d'une autre personne, ou qui y ressemble tellement que le public peut être induit en erreur.

Tout enregistrement fait contrairement aux dispositions du présent article peut être annulé par la Cour Supérieure du district sur requête, après avis donné aux intéressés et au protonotaire (335).

Dans le cas d'une telle requête, le protonotaire de la Cour supérieure du district où est enregistré le nom doit être mis en cause.

B. LA DEMANDE EN CHANGEMENT DE NOM CORPORATIF.

Lorsqu'une dénomination sociale peut être confondue avec la raison sociale d'une autre compagnie une demande de changement forcé de nom corporatif peut être présentée suivant les articles 19 et 123.25 de la Loi sur les compagnies (336) et suivant l'article 12 (5) de la Loi sur les sociétés commerciales canadienne (337). L'Inspecteur général ou selon le cas le Directeur émettra des lettres patentes supplémentaires ou le certificat de modification changeant le nom contesté.

C. LA DECLARATION D'OPPOSITION A UNE DEMANDE D'ENREGISTREMENT DE MARQUE DE COMMERCE.

-
335. Loi sur les Déclarations des Compagnies et Sociétés L.R.Q. 1977 c. D-1 Article 13; Voir à cet effet les arrêts suivants: Lamontagne Ltd. c. Girard, [1910], 39 C.S. 179; Martel c. Filion, [1965] R.C.S. 349; Québec Pharmaceutique Ltée c. Compagnie Georges Pinchaud Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-0007736-752, 20 octobre 1975; Landmann - Schwartz c. Monika Del Fahio Vesely, C.S., Montréal, no. 500-05-15717-80.
336. L.R.Q. 1977, c. C-38.
337. S.C. 1974-75, c. C-33.

Il arrive parfois que dans une situation de concurrence l'un des compétiteurs se précipite en vue d'enregistrer une marque ou un nom afin d'obtenir une priorité face à son concurrent. Il est possible cependant que ce compétiteur ne rencontre pas les exigences de la loi pour obtenir un tel enregistrement. L'autre concurrent, comme toute personne intéressée, peut dans le délai d'un mois à compter de l'annonce de la demande d'enregistrement et sur paiement des droits prescrits, produire au bureau du registraire des marques de commerce une déclaration d'opposition basée sur l'article 37 de la Loi sur marques de commerce et de la concurrence déloyale (338).

D. LA DEMANDE EN RADIATION DE MARQUE DE COMMERCE
ENREGISTREE.

338. S.R.C. 1970, c.T-10; voir également les articles 56 et 61 de cette loi. L'opposant peut soulever son propre usage antérieur ou sa propre révélation de la marque qu'il ait ou non déposée une demande d'enregistrement le concernant. L'opposant peut également faire valoir que la marque du compétiteur n'est pas distinctive ou que ce compétiteur n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement ou encore que la demande ne satisfait pas les exigences de la loi. Si le registraire envoie une déclaration d'opposition au compétiteur, ce dernier pourra produire une contre-déclaration d'opposition. Si le registraire estime que l'opposition ne soulève pas une question sérieuse pour décision il doit la régler et donner avis de sa décision à l'opposant. Si le registraire est d'avis que l'opposition est sérieuse, il doit donner la possibilité au requérant de la marque de faire valoir ses motifs. La décision du registraire a expédié l'avis de la décision. Cette dernière décision est également appellable sur permission à la Cour Suprême du Canada.

Parfois, un concurrent réalisera qu'un compétiteur aura réussi à obtenir à son insu l'enregistrement d'une marque dans lequel il a des intérêts.

Il peut être trop tard pour ce concurrent de procéder par opposition devant le registraire. Ce concurrent peut néanmoins demander la radiation ou la modification de cette marque devant la Cour fédérale. La Cour fédérale a une compétence initiale et exclusive sur cette question (339).

339. Loi sur les marques de commerce et de la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c.T-10, art. 57, 58 et 61; une telle demande doit être présentée soit par la production d'un avis de motion introductif (originating notice of motion) soit par une demande reconventionnelle dans une action pour usurpation de la marque de commerce ou par un exposé de réclamation dans une action demandant un redressement additionnel en vertu de ladite loi. Sur cette question il peut être interjeté appel à la Cour Suprême du Canada de tout jugement de la Cour Fédérale.

CHAPITRE III - LES DEFENSES A L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE.

SECTION I - Les défenses à exercer dans les cas de confusion.

Nous avons vu à la deuxième partie de la présente étude quelles étaient les conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale. Ces conditions doivent être mises en preuve par le demandeur à défaut de quoi le défendeur peut demander le rejet de l'action. On appuie souvent une défense sur le fait que le nom ou la marque quoique semblable ne porte pas à confusion. Si la confusion existe, on plaide que le nom n'est pas distinctif à l'entreprise, au produit ou service du demandeur. On peut aussi invoquer qu'il s'agit d'un nom dont le demandeur ne peut en demander l'exclusivité. La partie défenderesse peut également contester la priorité d'usage alléguée par le demandeur.

De façon générale, la partie défenderesse représente que le demandeur n'a pas établi une cause d'action, qu'il n'y a pas en fait de concurrence déloyale, ni préjudice, et que les autres conditions d'ouverture à l'action en concurrence déloyale n'ont pas été prouvées. En plus d'alléguer que le demandeur ne rencontre pas les exigences de l'action en concurrence déloyale le défendeur peut également lui opposer d'autres moyens de défense, soit le droit à une utilisation concurrente, la renonciation à faire valoir un droit, l'acquiescement à l'usage

d'un nom et la prescription. Nous verrons ci-dessous ces autres moyens de défenses.

A. LE DROIT A UNE UTILISATION CONCURRENTTE.

Dans certains cas la défense peut invoquer qu'elle est en droit de se servir du même nom que le demandeur et ce, de façon concurrente. Ainsi, dans un cas de dissolution de société, chaque ex-sociétaire peut prétendre avoir des droits concurents sur leur nom de société. Ceci ne peut s'appliquer lorsque le nom de société est composé du nom des individus formant la société ou encore lorsqu'il y a eu vente du fonds de commerce. Dans ce dernier cas le nom appartient, à moins d'indication contraire, à l'acquéreur du fonds de commerce (340).

Egalement, lorsqu'un propriétaire de marque enregistrée intente une action en contrefaçon et en concurrence déloyale, le défendeur peut se prévaloir de l'article 21 (1) de la Loi sur les marques de commerce et de la concurrence déloyale

340. H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 432.

en vue de soutenir un droit à une utilisation concurrente (341). Il peut alléguer que malgré l'enregistrement de la marque du demandeur, il a utilisé de bonne foi ce nom avant le demandeur et qu'il n'est pas contre l'intérêt public de permettre une utilisation concurrence sur un territoire défini. L'article 21 ne s'applique que lorsqu'il s'agit de procédures relatives à une marque dont l'enregistrement est protégé au terme du paragraphe 17(2) de cette même loi. Essentiellement, il s'agit de procédure touchant des marques enregistrées depuis cinq ans (342).

341. Loi sur les marques de commerce et de la concurrence déloyale, S.R.C. 1970, c.T-10, article 21: "Si, dans des procédures relatives à une marque de commerce déposée dont l'enregistrement est protégé aux termes du paragraphe 17 (2), il est démontré à la Cour de l'Echiquier du Canada que l'une des parties aux procédures, autre que le propriétaire inscrit de la marque de commerce, avait de bonne foi employé au Canada une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, avant la date de la production de la demande en vue de cet enregistrement, et si la Cour considère qu'il n'est pas contraire à l'intérêt public que l'emploi continu de la marque de commerce ou du nom commercial créant de la confusion soit permis dans une région territoriale définie simultanément avec l'emploi de la marque de commerce déposée, elle peut, sous réserve des conditions qu'elle estime justes, ordonner que cette autre partie puisse continuer à employer la marque de commerce ou le nom commercial, créant de la confusion, dans cette région, avec une distinction suffisante et spécifiée d'avec la marque de commerce déposée."

342. Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale S.R.C. 1970, c.T-10 art. 17(2) "Dans les procédures ouvertes après l'expiration de cinq ans à compter de la date d'enregistrement d'une marque de commerce... aucun enregistrement ne doit être rayé... à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée l'a fait alors qu'elle était au courant de cette utilisation ou révélation antérieurement."

L'auteur Fox est d'avis que ce droit concurrent existe non seulement en vertu des lois particulières (art. 21 de la Loi sur les marques de commerce) mais également suivant la common law (343).

Un droit concurrent peut également être plaidé dans les cas d'homonymie. Cependant, le droit pour deux personnes de se servir concurremment de leur même nom sera refusé si l'un s'en sert à des fins frauduleuses ou de façon contraire aux usages commerciaux honnêtes (344).

B. LA RENONCIATION A FAIRE VALOIR UN DROIT OU
L'ACQUIESCEMENT A L'USAGE D'UN NOM OU D'UNE MARQUE.

Le non exercice à faire valoir son droit dans un délai raisonnable peut constituer une renonciation à la poursuite de ce droit (345).

Mais pour juger s'il y a eu renonciation à faire valoir son droit ou encore acquiescement à l'usage d'un nom il faut partir du principe que personne n'est censée renoncer à ses droits. Le retard à poursuivre peut s'expliquer par bien des raisons.

343. H.G. FOX, op. cit., note 18, p. 431, 613.

344. Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co. (1929) 46 B.R. 121.

345. Pabst Brewing Co. c. Ekers, (1902) 21 C.S. 545, 565; Houde c. Houde 1981 R.P. 218 (C.S.); voir aussi Lambert Pharmacal company c. J. Palmer Son Ltd, (1912) 21 B.R. 451, 463; Vive Camera Company Ltd c. Hogg, (1988) 18 C.S. 1, 8.

Dans l'affaire Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co. (346) il fut dit que le seul fait du retard de dix ans, non accompagné de circonstances indicatrices de volonté, ne constitue pas en soi un acquiescement à l'usage de son nom.

Dans un autre cas l'expiration d'un délai de dix ans fut considérée comme une renonciation à exercer un droit même si la confusion entre deux noms n'avait été causée que dans une situation récente (347).

Un demandeur peut également voir rejeter son action s'il a participé directement ou indirectement au fait de la confusion.

Ainsi, dans Houde c. Houde (348) le demandeur avait admis utiliser trois noms différents pour son commerce soit "Houde Matelas Sherbrooke Enrg.", "Matelas Houde" et "les Matelas Houde". Par ces agissements le demandeur renonçait implicitement à l'exclusivité d'un nom. Il ne pouvait se plaindre du fait que le défendeur se serve du nom de "Houde Ideal Matelas Enrg".

C. LA PRESCRIPTION.

346. (1919) 46 B.R. 121, 127.

347. Houde c. Houde, [1981] R.P. 218, 222 (C.S.).

348. [1981] R.P. 218 (C.S.); voir aussi T.V Guide Inc./T.V. Hebdo Inc. c. Les publications La Semaine Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-011771-837, le 16 juillet 1984 à la page 14, J.E. 84-730.

Le défendeur dans une action en concurrence déloyale peut également invoquer la prescription à l'encontre de l'action qui lui est opposée.

Pour la jurisprudence majoritaire qui considère l'action en concurrence déloyale comme faisant partie de la famille des actions en responsabilité civile c'est la prescription de deux ans établie à l'article 2261(2) du Code civil du Bas-Canada qui doit s'appliquer (349).

Un autre courant doctrinal et jurisprudentiel considère qu'il faut appliquer la prescription de cinq ans. En effet l'alinéa 2 de l'article 2261 du Code civil du Bas-Canada mentionne que c'est seulement à défaut d'autres dispositions applicables que la prescription de deux ans s'applique. Pour les délits commerciaux il existe une autre disposition applicable soit l'article 2260(4) du Code civil du Bas-Canada qui prévoit

349. L'article 2261(2) se lit comme suit: "L'action se prescrit par deux ans dans les cas suivants: Pour dommages résultant de délits et quasi-délits, à défaut d'autres dispositions applicables. Voir: Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co., (1929) 46 B.R. 121; Château-Gai Wines Ltd. c. Institut National des appellations d'origines des vins et eaux-de-vie, [1975] 1 R.C.S. 190, 211.

qu'en matière commerciale c'est la prescription de cinq ans qui s'applique (350).

On considère le délit de concurrence déloyale comme un délit commercial soit à titre principal soit à titre accessoire à une opération commerciale (351).

C'est à bon droit croyons-nous que la prescription quinquennale fut appliquée dans l'affaire Houde c. Houde (352).

350. L'article 2260(4) se lit comme suit: "L'action se prescrit par cinq ans dans les cas suivants:... 4. En fait de lettres de change à billets promissoires ou billes ou livraison de grains ou autres choses, négociables ou non, et en toutes matière commerciales, à compter de l'échéance; cette prescription néanmoins, n'a pas lieu quant aux billets de banque," voir: H.Simon, op. cit., note 14, p. 116; Houde c. Houde, [1981] R.P. 218, (C.S.).

351. H. SIMON, op. cit., note 14, p. 117; A. PERRAULT, op. cit., note 16, no. 364, p. 386.

352. [1981] R.P. 218, (C.S.).

SECTION II - Les défenses à exercer dans les cas de dénigrement, de désorganisation interne d'une entreprise rivale et de désorganisation générale du marché.

Les défenses à l'action en concurrence déloyale pour cause de dénigrement et de désorganisation sont variées. On allègue bien souvent que les propos tenus ou gestes commis ont été faits de façon générale et non individualisée ou encore que les gestes commis sont honnêtes et d'usage courant dans le domaine d'activités commerciales en question.

En plus des défenses qui se rattachent au non-respect des conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale, la défense peut avoir recours à d'autres considérations qui se rattachent aux concepts du droit de critique, à la légitime défense ou à la protection de certains intérêts légitimes.

A. LE DROIT DE CRITIQUE.

Le droit de critique est une défense généralement admise dans les cas de dénigrement. La portée du droit de critique dépend beaucoup du but ultimement visé par les propos émis ou gestes commis. Le droit de critique constitue une défense lorsque la critique demeure objective et est

mesurée (353). Il n'est pas toujours facile de savoir avec quelle sévérité les tribunaux interviendront pour réprimer ces gestes de dénigrement. Une critique excessive qui intervient à la suite d'une situation de longs conflits entre deux concurrents sera toujours scrupuleusement analysée, tout comme la critique poussée qui s'adresse essentiellement à un seul concurrent.

Ainsi dans les affaires Ferland c. Larose (354) et Services d'extincteurs de l'Estrie Inc. c. Côté (355) les parties se livraient depuis un certain temps à une guerre de contrôle d'entreprise rivale et de marché.

On a jugé que les propos tenus et les gestes commis n'avaient pas pour but d'informer le public des différences existantes entre les services mais étaient faits en vue de détruire la réputation ou la bonne renommée de l'entreprise rivale.

La jurisprudence française, nous fait voir que le droit de critique a été outrepassé dans les cas suivants: des défendeurs avaient établi une campagne publicitaire qui tentait de démontrer les dangers entraînés par la consommation de pain blanc; en occurrence ils démontraient un lien entre la

353. Cloutier c. Demers, (1911) 39 492; Sarrazin c. Duquette, (1935) 41 R. de J. 365 (C.S.); R. ROUBIER, op. cit., note 18, p. 554.

354. [1982] C.S. 616.

355. C.S., St-François, no. 450-05-000792-79, 17 décembre 1980, J.E. 81-50.

consommation de pain blanc et le cancer. Le tribunal jugea que cette campagne était excessive et faite de façon imprudente et outrancière (356).

Cependant, des propos tendant à préconiser la consommation de la viande de boeuf et qui laissaient voir que la viande de cheval est toxique pour les malades ont été considérés comme licites. La Cour a souligné dans ses motifs que la publicité incriminée s'adressait exclusivement aux médecins et qu'elle ne constituait ni dans ces termes ni quant aux moyens utilisés une attaque contre le commerce de viande de cheval (357).

B. LA LEGITIME DEFENSE ET LA PROTECTION DES INTERETS LEGITIMES.

Les auteurs français Roubier (358) et Pouillet (359) soutiennent que tout commerçant ou industriel a le droit de rectifier les allégations non conformes à la vérité et qui lui sont désavantageuses. On estime cependant qu'il doit s'en tenir à des mesures nécessaires pour se défendre, autrement le commerçant risque d'être condamné pour concurrence déloyale.

356. Paris, 19 juin 1963, ann. pr. ind., 1965, 250. Fut également considérée déloyale la publicité suivante: Une enseigne exposait un fusil dont le canon gauche était largement déchiré et il était écrit à côté: "Eclatement de Canon St-Etienne par une simple cartouche de quatre grammes; se méfier de sa résistance". Trib. com. Seine, 27 juin 1907, ann. pr. ind. 1908, 86.

357. Paris, 21 décembre 1911, Gaz. Pal., 1912, 2, 517, 518.

358. P. ROUBIER, op. cit., note 18, p 582.

359. POUILLET, op. cit., note 25, p. 983:

On estime aussi que certains propos condamnables en eux-même peuvent se justifier s'ils s'expliquent par une protection de ses intérêts légitimes et ce, même si ces propos ne constituent pas une contre-attaque. Ainsi dans un cas jugé par la Cour de Paris, on a endossé ce moyen de défense. Dans cette affaire, un intermédiaire était chargé de prendre des livraisons d'équipements à l'usine des défendeurs. Cet intermédiaire avait commandé et vendu certains équipements qui auraient pu être vendus par les concessionnaires de la défenderesse. A la suite de cet incident la compagnie défenderesse avait interdit aux intermédiaires l'accès à l'usine de la défenderesse et en avait informé les concessionnaires par circulaires. La Cour a jugé que la société fabricante avait agi pour des motifs légitimes et n'avait commis aucune concurrence déloyale.

Au Québec, dans l'affaire Beaubien (360), les défenderesses principales fournisseurs en électricité refusaient de vendre leurs produits à un entrepreneur, en alléguant leur politique interne de ne pas vendre leurs produits aux entrepreneurs généraux liés à des entrepreneurs en électricité. On voulait empêcher que ces entrepreneurs en électricité viennent bénéficier de prix spéciaux par rapport aux autres entrepreneurs en électricité. Cette pratique fut jugée malveillante à l'endroit de la demanderesse et abusive.

360. Philippe Beaubien & Cie c. Canadian General Electric Co.,
[1976] C.S. 1459.

Cependant, sous réserve du droit des ententes celui qui refuse de vendre essentiellement pour protéger ses propres intérêts économiques et non en vue de nuire à autrui pourra invoquer la protection de ses intérêts légitimes. Ainsi, on a jugé en France qu'il était licite pour un négociant de mettre à l'index un concurrent qui vendait des produits revêtus d'une marque susceptible de provoquer de la confusion (361). Dans un autre cas, on a estimé que la pratique d'un commerçant de vendre ses produits à des détaillants à la condition de ne pas vendre des produits semblables n'était pas contraire à l'ordre public (362). Ces négociants ne mettaient en oeuvre que des mécanismes en vue de protéger leurs propres intérêts.

C. LA LIBERTE DE COMMERCE.

C'est particulièrement dans le domaine de la désorganisation d'entreprise rivale et de marché que la défense fera appel à la notion de liberté de commerce. Ainsi le vendeur d'entreprise ou l'ancien employé d'entreprise invoquera ce principe afin de pouvoir oeuvrer librement et sans contrainte dans ses nouvelles activités commerciales. Mais la notion de

361. Trib. com. Marseille, 26 juillet 1928, ann. pr. ind., 1929, 180.

362. Chambéry, 3 janvier 1912, ann. pr. ind., 1912, 223. Dans une situation similaire, on a jugé cependant qu'il s'agissait d'une coalition constitutive d'infraction à l'article 419 du Code pénal français ou au moins une condition illicite qui est génératrice de responsabilité pour Concurrence déloyale, Rouen, 26 juillet 1886, ann. pr. ind., 1894, 38.

secrets de commerce, d'obligation implicite de non-concurrence constituent des limites à ce principe.

Pour juger s'il y a excès de la liberté de commerce, les juges apprécient de façon comparative ce droit qui peut également être invoqué par celui visé par les pratiques commerciales litigieuses. Il s'agit essentiellement de maintenir un bon équilibre de ce principe applicable à la fois aux deux parties concurrentes.

Dans certains cas le refus de contracter est classifié comme étant constitutif de concurrence déloyale. On y voit un usage abusif de la liberté de commerce (363).

363. Philippe Beaubien & Cie c. Canadien General Electric Co.,
[1976] C.S. 1459, 1463.

CHAPITRE IV - DES QUESTIONS DE PREUVE EN MATIERE DE CONCURRENCE DELOYALE.

SECTION I - L'utilisation des enquêtes et des sondages comme moyen de preuve des actes de concurrence déloyale.

La preuve des agissements déloyaux s'établit bien souvent par une preuve testimoniale. Ainsi les témoins sont amenés à relater une série de faits dont ils ont connaissance et qui font l'objet du litige. Il a été maintes fois affirmé que les témoins n'avaient pas à donner leur opinion sur ce qui constitue un agissement déloyal. Il appartient au juge de tirer ses propres conclusions à la lumière de faits qui lui sont présentés. Un témoin peut dire qu'une telle situation l'a induit en erreur mais il ne peut affirmer que le public en général a été induit en erreur. Cette question est du ressort du tribunal.

Mais pour que le tribunal puisse décider que le public a été trompé, les parties font entendre bien souvent un grand nombre de témoins. Parfois, on se sert de sondages scientifiquement préparés. Dans d'autres cas le plaignant crée des pièges au défendeur pour mieux présenter sa preuve au tribunal. Par exemple, un plaignant peut envoyer plusieurs représentants qui se font passer pour des acheteurs auprès du défendeur. Ceux-ci notent l'ensemble des fausses représentations faites par le défendeur.

Notons tout de suite que ces sondages ou enquêtes piégés n'ont pas de valeur probante concluante. Le tribunal ne doit pas être lié par un témoignage collectif, par des enquêtes et des sondages, mais il peut en tenir compte dans l'analyse du dossier (364).

Le juge doit à même ce qui lui est présenté faire sa propre idée sur ce qui lui est présenté. Il s'agit d'une question de faits qui doit être laissée à l'appréciation du tribunal. Les sondages et les enquêtes sont souvent vérifiés avec sévérité par le tribunal. La prudence est de mise.

Dans une affaire impliquant deux propriétaires de revues un sondage avait été effectué afin de démontrer la confusion qui existait entre les deux marques (365). On avait obtenu un échantillonnage de cinq cents détaillants (dépanneurs et tabagistes) dans la région métropolitaine de Montréal. On avait envisagé plusieurs simulations dont deux où les enquêteurs présentent une revue "T.V. Hebdo", et une revue "La Semaine" avec ou sans son horaire, ou avec "l'horaire T.V." seulement. On a noté la réaction spontanée ou provoquée du marchand.

C'est avec réserve que cette enquête fut examinée par le tribunal.

364. Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946, 950.

365. T.V. Guide/T.V. Hebdo Inc. c. Publications La Semaine Inc., C.S., Montréal, no. 500-05-011771-837, le 16 juillet 1984, J.E. 84-730.

Toutes ces données sont sujettes à caution et ne font pas conclure comme le veut la demanderesse. Il est difficile d'en faire les extrapolations vers le consommateur. Il aurait fallu aussi mesurer les possibilités avec des constantes et aussi être plus près de la réalité. Ainsi on ne s'est pas servi de T.V. Plus, qui est aussi sur le marché (366).

Dans certaines situations, les sondages et les simulations sont à toutes fins pratiques les seules façons de prouver l'acte déloyal. Si cela s'avère nécessaire il faut établir une enquête et des simulations justes, simples et facilement vérifiables. Ces moyens de preuve ont été plus souvent utilisés dans les provinces de common law. Or, voici ce que l'auteur Fox nous dit à ce sujet.

Care must be exercised to see that the orders are fair. The order must be given in clear and unambiguous terms. It should be given to a person of responsibility and it is a sage precaution and one usually required by the court, that the person from whom the wares or services have been obtained in response to the order should be advised that the order is a trap order and that evidence of the transaction will be given in court so that he may have an opportunity of knowing precisely the facts in connection with that order when called in court to answer (367).

Puisque le juge est le seul maître dans l'appréciation des faits, il ne faut pas penser que le poids des témoignages est nécessairement une preuve privilégiée. Le tribunal tient

366. Id., p. 20.

367. H. G. FOX, op. cit., note 18, p. 607.

également compte d'autres moyens de preuve, telle la preuve par présomption ou la preuve documentaire (368).

Ainsi dans T.V Guide Ltd/Ltée c. Télésol Inc. (369) le tribunal arriva à la conclusion que la preuve testimoniale n'avait pas établi tout au moins une probabilité de confusion dans l'esprit du public mais que dans ce cas-ci la preuve documentaire avait démontré ce fait.

368. Herboriste Vibio Santé Naturelle Ltée c. Bio Santé Canada Ltée, C.S., Montréal no. 500-05-0136624, le 15 novembre 1979, J.E. 79-1058.

369. T.V. Guide Ltd. c. Télésol Inc., [1979] C.S. 311, 324.

CONCLUSION

Pour protéger le commerçant contre le détournement de sa clientèle, on a créé divers régimes de protection. On a donné par loi des droits exclusifs d'exploitation. Ces droits exclusifs constituent des monopoles partiels sur les marques, les brevets, les droits d'auteur et les dessins industriels. La législation a également créé, par le droit des ententes, un système de protection contre les positions dominantes sur le marché. Parallèlement à ceci, la jurisprudence a créé un autre système de protection d'application plus large qui vise à réprimer les actes de concurrence déloyale.

La concurrence déloyale constitue une lutte pour s'approprier sans droit la clientèle d'autrui. Nous avons vu que la jurisprudence québécoise est riche de décisions concernant les agissements déloyaux. S'agit-il d'un acte de confusion, de dénigrement, ou de désorganisation d'entreprise ou de marché? L'identification de l'acte commis permet de mieux connaître le code d'éthique devant s'appliquer à chaque secteur d'activité commerciale ou industrielle.

Quoi que l'on ait rattaché la repression de l'acte déloyal à l'action en responsabilité civile, la nature véritable de cette action a constamment fait l'objet de discordes parmi les auteurs. Certains sont d'avis que les actes déloyaux constituent une violation du droit à sa clientèle. Ce droit à sa clientèle s'apparentant à un droit de propriété. Cette approche a été retenue par la jurisprudence de common law.

Le droit québécois a été influencé par ces concepts de common law. Ainsi dans les cas de confusion, une certaine jurisprudence considère que l'action intentée est de la nature d'une action de nature possessoire ou pétitoire. Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire de recourir à ces concepts retenus par la common law si on adapte adéquatement l'action en responsabilité civile au domaine de la concurrence déloyale. Les critères d'application de la responsabilité civile sont en constante évolution. La notion de faute a connu par exemple plusieurs interprétations depuis le début du siècle. On peut constater comment la jurisprudence a su adapter l'action en responsabilité civile aux problèmes occasionnés par les relations de voisinage.

Pour la concurrence déloyale, la jurisprudence s'est tournée vers le critère des usages honnêtes en matières commerciales et industrielles pour mieux circonscrire la faute en la matière. Ce critère des honnêtes usages commerciaux et industriels qui tire ses origines de l'Union de Paris en 1902 a

été constamment analysé par les divers pays membres de cette union. Plusieurs pays qui répriment la concurrence déloyale par le biais de la responsabilité civile ont adopté ce critère. Le droit québécois a suivi cette même évolution.

De plus, dans l'analyse des conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale il faut se rappeler que le but ultime de ce recours est la cessation de l'acte commis. L'aspect indemnitaire revêt un caractère secondaire. Les dommages ne sont pas aussi liés intimement à la faute que dans d'autres domaines. L'acte déloyale n'est pas toujours un acte isolé. Il s'agit plus souvent d'une pratique commerciale à laquelle on doit se demander si elle est acceptable dans le contexte de la concurrence. C'est dans cette perspective que l'on doit analyser les règles d'application propre à ce recours en concurrence déloyale.

BIBLIOGRAPHIE DOCTRINALE

OUVRAGES GENERAUX

Droit Canadien et Québécois

Annuaire de jurisprudence du Québec 1982, Montréal, Société québécoise d'information juridique, 1983, 1009 pp.

Annuaire de jurisprudence du Québec 1986, Montréal, Société Québécoise d'information juridique, 1987, 1351 pp.

BAUDOIN, J.L., La responsabilité civile délictuelle, Cowansville, 1985, 780 pp.

BOURBONNAIS, P., l'action en concurrence déloyale en droit canadien et en droit québécois, thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1979, 178 pp.

FOX, H.G., The Canadian Law of Trade marks and Unfair Competition, 3e éd., Toronto, Carswell, 1972, 516 pp.

GOLDSMITH, I., Trade Marks and Industrial Designs, Toronto, Carswell, 1982, 344 pp.

L'HEUREUX, N., Précis de Droit Commercial du Québec, 2 éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1975, pp.

PERRAULT, A., Traité de Droit Commercial, Tome II, Montréal, Editions Albert Lévesque, 1936, 829 pp.

PICHETTE, S., Le Régime Canadien de la propriété intellectuelle, Montréal, Centre d'études en administration internationale Ecole des Hautes Etudes Commerciales, Université de Montréal, 1979, 275 pp.

SIMON, H., Le Nom Commercial, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1984, 147 pp.

Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, Tome 1, par André Nadeau et Richard Nadeau, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, 732 pp.

Droit Français, Belge et Suisse

ALLART, A., Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1982, 353 pp.

BOUREL, P., Les conflits de lois en matière d'obligation extra-contractuelle, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1961, 299 pp.

COUHIN, C., La propriété industrielle artistique et littéraire, t. 3, Paris, Librairie De La Société Du Recueil Général Des Lois et Des Arrêts, 1898, 561 pp.

DASSAS, G., L'élargissement de la protection des marques en droit français, allemand et international, Paris, Librairie techniques, 1976, 222 pp.

DE CALUWE, A., A.C., Delcorde, X: Leurquin, Les pratiques du Commerce, Tome I, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier S.A., 1973, 467 pp.

DERRIDA, F., Concurrence déloyale ou illicite, dans Dalloz Répertoire de Droit commercial et des Sociétés, tome I, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1956, 813 pp.

DESSEMONTET, F., Le Savoir-faire industriel, Genève, Librairie Droz, 1974, 398 pp.

ESCARRA, J., Cours de droit commercial, Paris, Sirey, 1952, 118pp.

GODINOT, A., La concurrence déloyale ou illicite, Paris, 1932, 464 pp.

GUINCHARD, S., La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1971, 287 pp.

HOUIN, R. et M. PEDAMON, Droit commercial, 8e ed., Paris, Dalloz, 1985, 642 pp.

JOSSERAND, L., De l'esprit des droits et de leur relativité, 2e ed., Paris, Librairie Dalloz, 454 pp.

KRASSER, R., La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la communauté Economique Européenne, trad. par Françoise Urbain, tome 10, (France), Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1972, 659 pp.

LALOU, H., Traité pratique de la responsabilité civile, 6e ed., Paris, Librairie Dalloz, 1962, 1023 pp.

LUSSIER, M., Propriété Industrielle et Marché Commun, Travaux du colloque tenu les 6 et 7 décembre 1963 à Grenoble par le centre de préparation à la Gestion des entreprises de l'université de Grenoble dans Publication de la faculté de Droit et des Sciences Economiques, Collection générale, Vol. 1, Paris, Université de Grenoble, 1964, 230 pp.

LYON-CAEN, Ch. et L. RENAUD, Traité de droit commercial, t. 2., 4e ed., Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1908, 625 pp.

MAZEAUD, H. L., et A. TUNC. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome 1, 6e ed., Paris, Mont Chrestien, 1965, 1079 pp.

MERMILLOD, L., Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis, Paris, R. Pichon et Durand-Auzias, 1954, 272 pp.

PICHOT, O., De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière commerciale et industrielle, Paris, Rousseau & Cie, 1924, 566 pp.

POUILLET, E., Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres, 5e ed. (Par André Taillefert et Charles Claro), Paris, Marchal et Billard, 1906, 1073 pp.

RENDU, A., Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale, Paris, 1858.

RIPERT, G., Traité élémentaire de droit commercial, 10e ed., (par René Roblot), Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1980, 1109 pp.

RODIERE, R. et B. oppéit, Droit commercial, t.1, 10e ed., Paris, Dalloz, 1980, 484 pp.

ROUBIER, P., Le Droit de la Propriété Industrielle, Paris, Librairie Du Recueil Sirey, 1952, 612 pp.

ROUBIER, P., Le droit de la propriété industrielle, Vol. 11, Paris, Sirey, 1954, 853 pp.

SAINT-GAL, Y., Protection et défense des Marques de Fabrique et concurrence déloyale, 5e ed., Paris, J. Delmas, 1982 p.

SERRA, Y., L'obligation de non concurrence, Paris, Sirey, 1970, 221 pp.

SAVATIER, R., Traité de la responsabilité civile, t. 1., 2e ed., Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1951, 590 pp.

THALLER, E., Traité élémentaire de droit commercial, 8e ed., Paris, Rousseau & Cie, 1931, 781 pp.

ULMER, H.C.E., La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la Communauté Economique Européenne, tome I (Droit comparé), Paris, Jurisprudence générale, Dalloz, 1967, 308 pp.

VAN BUNNEN, L., Aspect actuels du droit des marques dans le marché Commun, Bruxelles, Centre Universitaire de droit comparé, 1967, 690 pp.

VINCENT, J. et J. GUINCHARD, Procédure Civile, 20e ed., Paris, Précis Dalloz, 1981, 1280 pp.

Droit Anglais, Américain et Australien

FLEMING, J., The Law of Torts, 5e ed., Sydney, Law Book, 1977, 729 pp.

Kerly's law of Trade Marks and Trade Names, 11e ed., London, Sweet & Maxwell, 1983, 753 pp.

LADAS, S.P., Patents, Trademarks, and related rights - National and International Protection, Vol. III, Cambridge, Havard University Press, 1975, 1705 pp.

STREET, H., The Law of Torts, 6e ed. London, Butterworth, 1976, 528 pp.

WISE, A.N., Trade Secrets and Know-how throughout the World, Vol. 2. New-York, Clark Boardman Co., 1981, 1028 pp.

ARTICLES DE REVUES

Droit Canadien et Québécois

BERESKIN, D.R., "The Trade Mark Act and the Constitution" (1982) 12 P.T.I.C. Bulletin Series 8, 687.

FOX, H.G., "Reflexion on the law of unfair competition in Canada", (1946) 6 R. du B. 14.

GOUDREAU, M., "La publicité comparative au Québec: Est-ce une faute de comparer?", [1986] 17 R.G.D. 455.

GOUDREAU, M., "Concurrence déloyale en droit privé/commentaire d'arrêts", (1984) 15 R.G.D. 128.

HAYHURST, W.L., "Industrial property: Part II" (1983) 15 Ott. L.R. 311.

HOGG, P.W., Commentaire, (Vapor Canada Ltd.) (1976) 54 R. du B. Can. 361.

LANDRY, N., "The protection of Trade Secrets in Canada" (1982) 12 P.T.I.C. Bulletin Series, 712.

MAGNUSSON, D.N., "Unfair compétition: Yesterday, today and Tomorrow", (1982) 10 P.I.T.C. Bulletin Series 8, 1017.

PICHETTE, S., "Journées portugaises Lisbonne: 18-22 mai 1981, La publicité - propagande" (1981) 41 R. du B. 951.

RAISER, C.K., "Substitution (The Problem of substitution from the viewpoint of the pharmaceutical manufacturer)" 19 C.P.R. 1.

Sears M.J.A. and Compco, (1967) 19 Journal of Patent office society, no. 10.

STEWART, G.R., "Notes of Cases, Torts - Passing off unfair competition" (1983) 61 R. du B. Can. 505.

SCHANFIELD FREEDMAN, F., "Passing off in Quebec", (1985) 45 R. du B. 641.

TAKAH, G., "Notes of Cases, passing off Trade Mark protection and Parallel Import after consumers distributing & Seiko", (1985) 63 R. du B. 645.

Droit Français et Belge

DOUCET, J.P., "Prescription et nature juridique de l'action en concurrence déloyale", (1964) 2 Gaz. Pal., Doctr., 105.

FOURGOUX, J.C., "La concurrence déloyale et la responsabilité des publicitaires et des supports", 1970 2 Gaz. Pal., doctr., 149.

FOURGOUX, J.C., "Marques publicité et tromperie, (1967), Gaz. Pal., Doctr., 2.

GIVERDON, C., "Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce", (1953) 6 Rev. trim. dr. comm. 855.

GOURDET, G., "Droit de critique et consommation", 1980, Rev. trim. dr. comm. 25.

JEANTIN, M., "Concurrence déloyale", Jurisclasser, responsabilité civile, art. 1382-1386, fasc. 132-1.

PIROVANO, A., "La concurrence déloyale en droit français" (1974) 26 Rev. int. dr. comp. 467.

ROUBIER, P. et A. CHAVANNE, "Propriété industrielle", 1959, Rev. trim. dr. comm., 115.

ROUBIER, P., "Théorie générale de l'action en concurrence déloyale", (1948) 1 Rev. trim. Dr. Comm. 541.

SCHRICKER, G., "La répression de la concurrence déloyale dans les Etats Membres de la C.E.E. (1970) 2, Gaz Pal., Doctr., 170.

SCHUMACHER, H., "Le système du droit de la concurrence", 1971, Rev. trim. dr. europ., 40.

Droit Américain et Australien

DERENBERG, W.J., "The influence of the French Civil Code on Modern Law of unfair competition", (1955) 4 Am. j. comp. 1. 1.

GUMMON, W.M.C., "Carrying on passing off", (1973-76) 7 Sydney L. Rev. 224.

TABLE DES ARRETS

Jurisprudence Canadienne et Québécoise

102558 Canada Ltée c. 114524 Canada Inc., [1983] C.S. 1180.

Acme Vacuum Cleaner Co. c. Acme Vacuum Cleaner Co., [1953] B.R. 188.

Aluminium du Canada Ltée c. Alscó Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-004722-748, 9 juillet 1974.

Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc., [1984] C.S. 1027, Artisans des Meubles Québécoise Inc. c. Rousseau, C.S., Montréal, no. 500-05-014926-800, 8 janvier 1981.

Banquet & Catering Supplies Rental Ltd. c. Bench & Table World Inc., [1979] C.S. 1130.

Bérubé c. Bérubé, [1976] C.S. 1776.

Canadian Shredded Wheat Co. c. Kellogg Co. of Canada Ltd., (1938) 55 R.P.C. 125 (C.S.)

Carli-petrucci Ltd. c. Petrucci, (1926) 64 C.S. 420

Carsley c. The Bradstreet Co., M.L.R., 2 C.S. 35.

Charles E. Frost & Co. c. Marco Medical Supplies Inc. Ltd., [1965] R.P. 352.

Chateau-Gai Wines Ltd. c. Institut National des appellations d'origines des vins et des eaux de vie, (1975) 1 R.C.S. 190.

Cie Trust Royal c. Immeubles Le Page Royal Inc., C.S., no. 750-05-000319-78, 22 juin 1979, J.E. 79-802.

Cloutier c. Demers, (1911) 39 C.S. 492.

Coin-A-Matic Inc. c. Coin Automat Washing Machine Corp., [1966] R.P. 419 (C.S.).

Collectif Liberté Inc. c. Liberté-Magazine Ltée., C.S., Montréal, no. 500-05-001615-804, 28 février 1980, J.E. 80-277.

Commodore Business Machines Ltd c. 116772 Canada Inc., [1983] C.S. 1186.

Conway c. Hamel, (1931) 37 R.L. 64 (C.S.).

Corbeil c. Dufresne, [1933] R.L. 40 (C.S.).

Cossette c. Dun, (1890) 18 R.C.S. 222.

Cusson c. Hoffman, Lemercier & Co., (1925) 63 C.S. 380.

D.P.M. Thibeault Inc. c. Produits Blanchet Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-006341-73, 2 juillet 1974.

De Cow et Lyons, (1984) 6 C.S. 171.

Deschamps Automobiles Renault Canada Ltée., C.S., Montréal, no. 500-05-818140-71, 24 février 1972.

Diamond Taxicab Association Ltd. c. Luxor Cab Co. Ltd., (1925) 63 C.S. 29.

Dominion Messenger & Signal Co. c. Vaudrin, [1924] R.L. 336 (C.S.).

Drouyn c. Bellemare, C.S. Québec, no. 200-05-000320-858, 8 août 1985, J.E. 85-837.

Eagle Shoe Co. c. Slater Shoe Co., (1929) 46 B.R. 121.

Équipement de bureau Québec Métropolitain Inc. c. De Grace, C.S., Québec, no. 200-05-000718-762, 20 janvier 1978, J.E. 78-95.

Ferland c. Larose, [1982] C.S. 616.

Field c. United Amusement Corporation Ltd., [1971] C.S. 283.

Fyon c. Paquin, (1922) 60 C.S. 130.

Genest c. Société de Courtage Immobilier du Trust Général Inc., C.S. Québec, no. 200-05-005023-812, 1er novembre 1984, J.E. 84-992.

Giguère Automobile Ltée c. Universal Auto Ltd., (1941) 70 B.R. 166.

Girard c. Bradstreet, M.L.R., 3 Q.B. 69.

Goyer c. Duquette, (1936) 61 B.R. 503.

Goyette c. J.H. Restaurants Ontario Ltd., [1979] R.P. 398 (C.S.).

Graham c. Pelland, (1896) 5 B.R. 196.

Grynwald c. Playfair Knitting Mills Inc., [1959] C.S. 200.

H.L. Dery et Cie c. Dery, (1941) 70 B.R. 433.

Hébert & Fils c. Desautels, [1971] C.A. 285.

Henson Associates Inc. c. 119201 Canada Inc., C.S.,
no:005340-847, 31 mai 1985, J.E. 85-713.

Herboristerie Vibio Santé Naturelle Ltd. c. Bio Santé Canada Ltd., C.S., Montréal, no. 500-05-013625-791, 15 novembre 1979, J.E. 79-1058.

Héroux c. Poliquin, [1974] C.S. 563.

Houde c. Houde, [1981] R.P. 218 (C.S.).

Inspec-Sol (1975) Ltée c. National Boring & Sounding Inc., [1978] C.S. 1122.

Insurance Co. c. Travellers Life Assurance Company of Canada, [1910] B.R. 437.

Insurance co. c. Parson, 7 App.Cas. 96.

Lambert Pharmacal Company c. J.P. Palmer & Son, Limited, (1912) 21 B.R. 451.

Lamontagne, Ltd. c. Girard, (1910) 39 C.S. 179.

Landmann-Schwartz c. Monika Del Fahio Vesely, C.S., Montréal, no. 500-05-15717-80.

Lange Co. c. Platt, [1973] C.A. 1068.

Les Publications La Semaine Inc., c. TV Guide Inc./TV Hebdo Inc., C.S. Montréal, no. 500-05-011715-830, 16 juillet 1984.

MacDonald c. Vapor Canada Ltd, (1977) 2 R.C.S. 134.

Maison Morin c. J.A. Marceau Ltd, (1924) 62 C.S. 301.

Marion c. Roberts, (1904) 14 B.R. 23.

Martel c. Fillion, [1965] R.C.S. 349.

Matfer Equipment Co. c. Kalisky, [1982] R.P.221.

N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Ltd., [1986] R.D.J. 164 (C.A.).

Ortenberg c. Plamondon, (1915) 24 B.R. 385.

Pabst Brewing Co. c. Ekers, (1902) 21 C.S. 545.

Pajar Production Ltée c. Capovilla, C.S., Montréal, no. 500-05-001767-829, 2 novembre 1982, J.E. 82-1163.

Philco Corporation of Canada Ltd. c. Bialik, [1946] C.S. 185.

Philippe Beaubien & Cie c. Canadian General Electric Co. Ltd., [1976] C.S. 1459.

Piknik Ltd c. Picnic Lunch Ltd, [1968] R.P. 188.

Pinard c. Coëerre, [1953] B.R. 99.

Piscines et Abris Tempo Inc. c. Tempo Tab. Inc., C.S., Montréal no. 500-05-019504-784, 16 novembre 1978, J.E. 78-1023.

Place Tevere c. Reda, [1975] C.S. 351.

Québec Pharmaceutiques Limitée c. Compagnie Georges Painchaud, C.S., Montréal, no. 007736-752, 20 octobre 1975.

République Française c. S. Hyman Ltd., (1921) 31 B.R. 22.

Robins c. Canadian Broadcasting Corporation, [1958] C.S. 152.

Santé Naturelle Ltée c. Produits de Nutrition Vitaform Inc., C.S., Montréal, 21 mai 1985, no. 500-05-007329-848, J.E. no. 85-519.

Sarrazin c. Duquette, (1935) 41 R.L. 365, (C.S.).

Service d'extincteurs de l'Estrie c. Côté, C.S., St-François, no. 450-05-000792-79, 17 décembre 1980, J.E. 81-150.

Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat, [1975] C.A. 166.

Structures Lamelles Ltée c. Structure de bois Lamelle du Québec Inc., [1965] R.P. 216.

Super Meubles Inc. c. Gestion Marcel Chouinard Inc., C.S., Québec, no. 200-05-002672-843, 15 novembre 1984, J.E. 84-1045.

T.V. guide Ltd. c. Telesol Inc., [1979] C.S. 311.

Thériault c. Association Montréalaise d'action récréative et culturelle (1983), [1984] C.S. 946.

Tomeson, Saunders, Whitehead Ltd. c. Grégoire, [1982] R.L. 522 (C.S.).

Travel, Travel Inc. c. Voyages Stan-buy Inc., C.S., Montréal, no.500-05-021902-828, 13 avril 1983, J.E. 83-494.

Trudel c. Clairol Inc. of Canada, (1975) 2 R.C.S. 236.

TV Guide Inc./TV Hebdo Inc. c. Publications La Semaine Inc., C.S., Montréal no.500-05-011771-837, 16 juillet 1984, J.E. 84-730.

Vidéotron Ltée c. Industrie Microbec Produits Inc. C.S. St François, 450-000518-858, 25 Septembre 1986, J.E. 86-1005, 1987 R.J.Q. 1246, (C.A.).

Vive Camera Co. c. Hogg, (1899) 18 C.S. 1.

Volcano Inc. c. Lavoie, C.S. Montréal, no. 500-05-010262-846, 17 octobre 1984, J.E. 84-1017.

Wabco-Standard Ltd c. Amslan Distributors, [1986] R.L. 152 (C.A.).

Werder c. Beco Indust. Ltd. [1976] 2 C.F. 739.

Yellow Freight Systeme Inc. c. Yellow Freight system Canada Ltd, [1986] R.D.J. 247 (C.A.).

Jurisprudence Française

Ann. pr. ind., 1963, 147, D. 1963, 406.

Bordeaux, 13 octobre 1964, D. 1965, 607.

Chambery, 3 janvier 1912, ann. pr. ind., 1912, 223.

Douai, 2 octobre 1962, ann. pr. ind., 1964, 58.

Lyon, 4 mars 1926, ann. pr. ind. 1928, 212.

Paris, 9 janvier 1960, ann. pr. ind., 1960, 319.

Paris, 2 février 1954, ann. pr. ind., 1938.

Paris, 4 mars 1959, ann. pr. ind., 1959, 141.

Paris, 14 mars 1953, ann. pr. ind., 1953, 15., Cass., 3 février 1959, J.C.P., 1959, 11, 1100.

Paris, 30 avril 1935, ann. pr. ind., 1936, 32.

Paris, 30 avril 1963, ann. pr. ind., 1964, 280.

Paris, 19 juin 1963, ann. pr. ind., 1965, 250.
Paris, 10 novembre 1953, ann. prop. ind., 1953, 264.
Paris, 10 novembre 1956, ann. pr. ind., 1957, 194.
Paris, 22 novembre 1963, ann. prop. ind., 1964, 179.
Paris, 24 novembre 1959, rev. int. prop. ind. et art., 1960, 33.
Paris, 8 décembre 1962, ann. pr. ind., 1963, 147, D. 1963, 406.
Paris, 21 décembre 1911, Gaz. Pal. 1912, 2, 517.
Paris, 31 décembre 1929, ann. pr. ind., 1930, 218.
Rouen, 8 janvier 1930, ann. pr. ind., 1930, 138.
Rouen, 26 juillet 1886, ann. pr. ind., 1894, 38.
Trib. com. Lyon, 4 mai 1950, ann. pr. ind., 1951, 174.
Trib. com. Lyon, 7 juillet 1952, ann. pr. ind., 1952, 293.
Trib. com. Marseille, 26 juillet 1928, ann. pr. ind., 1929, 180.
Trib. com. Nantes, 23 avril 1956, J.C.P. 1956, 11, 9639.
Trib. com. Nice, 18 mars 1908, ann. pr. ind., 1910, 36.
Trib. com. Paris, 23 mai 1979, Gaz. Pal. 1980, 2J, 510.
Trib. com. Seine, 23 mai 1914, ann. pr. ind., 1920, 30.
Trib. com. Seine, 27 juin 1907, ann. pr. ind., 1908, 86.
Trib. com. Seine, 12 décembre 1958, ann. pr. ind., 1960, 213.
Trib. civ. Seine, 6 mars 1953, ann. pr. ind. 1955, 119.
Tr. Com. Seine, 5 janvier 1970, rev. int. prop. ind. et art.,
1940, 8, ann. pr. ind., 1940-48, 2809.
Trib. com. Versailles, 23 avril 1852, D. 1853, 11, 163.
Tr. Seine, 10 décembre 1913, ann. pr. ind., 1914, 272.

Jurisprudence Anglaise

Draper c. Trist & Tristbestos Brake Linings, Ltd., (1939) 56 R.P.C. 429.

Gramophone Co. c. Application, (1910) 27 R.P.C. 689.

Grand Hotel Company of Caledonia Springs, Ld. c. Wilson, (1904) 21 R.P.C. 117

Havana Cigar & Tobacco Factories Ltd. c. Oddenino, [1923] 40 R.P.C. 229 (C.S.).

Montgomery c. Thompson, (1891) 8 R.P.C. 361.

Powell c. Birmingham Vinegar Brewery Co., 13 R.P.C. 235.

Reddaway c. Banham, (1896) 13 R.P.C. 218.

Singer Mfg. Co. c. Logg, (1882), 8 App. Cas. 15.

Worcester Royal Porcelain Co. c. Locke & Co., (1902) 19 R.P.C. 479.

SOMMAIRE

Nous verrons dans la première partie de l'étude que le droit de la concurrence déloyale est un complément indispensable à toute réglementation sur le droit des propriétés intellectuelles et sur le droit des ententes et des pratiques restrictives de commerce. Le Canada a tenté de légiférer de façon nationale sur le sujet de la concurrence déloyale en adoptant l'article 7(e) de la Loi sur les marques de commerce. L'arrêt Macdonald c. Vapor Canada Inc. a cependant sérieusement attaqué la validité constitutionnelle de cet alinéa. Le droit de la concurrence déloyale a donc trouvé refuge dans le droit relevant des compétences provinciales. Mais on ne peut dire qu'il existe pour autant, au Québec, une véritable théorie générale de la concurrence déloyale. Peu d'efforts ont été faits en vue de définir la nature véritable de ce recours et en vue de présenter une classification ordonnée des divers actes de concurrence déloyale. Les études touchant la concurrence déloyale sont plus prolifiques sur le continent européen. La classification énoncée par l'auteur Roubier est la plus intéressante. Cet auteur regroupe les actes de concurrence sous quatre volets soient les moyens de confusion, les moyens de dénigrement, les moyens de désorganisation interne d'une entreprise rivale et les moyens de désorganisation générale du marché. La première partie de l'étude dresse un tableau général de ces divers actes de concurrence déloyale en droit québécois.

La deuxième partie de l'étude analyse la nature et les conditions d'exercice de ce recours en concurrence déloyale.

Plusieurs auteurs contestent l'assimilation de l'action en concurrence déloyale à une action en responsabilité civile. En droit français on argumente que l'action en concurrence déloyale connaît des particularités qui ne répondent pas suffisamment bien aux conditions d'exercice d'une action en responsabilité civile. En matière de concurrence déloyale l'objectif visé est avant tout l'interdiction de l'acte déloyal. La question des dommages est une question secondaire. De plus, plusieurs auteurs divergent d'opinion quant à la notion de faute et quant à l'importance de la mauvaise foi. Il existe deux écoles de pensée à ce sujet. La première école étant de conception classique maintient que ce recours en est un de nature personnelle que l'on qualifie tour à tour d'abus de droit, d'action en responsabilité civile ordinaire et d'action en responsabilité de type particulier. Ceux qui adhèrent à la deuxième école de pensée considèrent les actes déloyaux comme une violation d'un droit réel qui s'apparente plus à un droit de propriété, au droit à sa clientèle, ou à sa marque. Une certaine doctrine et jurisprudence s'est ralliée à l'opinion de Roubier et Mermillod, de la première école de pensée, qui estime que cette action tout en étant une action en responsabilité civile connaît des particularités qui lui sont propres. Les auteurs et la jurisprudence québécoises sont peu loquaces sur cette question. Il appert cependant que la jurisprudence québécoise connaît des préoccupations semblables à celles qui ont été débattues en France le tout doublé des effets apportés par l'influence des décisions de la common law. La

common law des provinces canadiennes reconnaît qu'un commerçant détient un "proprietary right" sur son nom ou sa clientèle. Ainsi en matière de confusion plusieurs arrêts québécois puisent leurs références dans les arrêts de "passing off" de la common law. D'autres décisions ont recours aux lois particulières comme la Loi sur les déclarations de compagnies et sociétés pour justifier la théorie de l'action en droit réel par rapport à l'action en responsabilité civile. Mais la majorité de la jurisprudence et de la doctrine québécoise se rallie du côté de la responsabilité civile comme fondement à l'action en concurrence déloyale. On constate néanmoins des particularités à cette action. Les particularités développées par la jurisprudence touchent la question du rapport de concurrence, les notions de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Ainsi on exige comme condition préalable à l'action en concurrence déloyale la preuve d'un rapport de concurrence existant entre les parties. Dans les cas de confusion, il existe d'autres conditions préalables à l'exercice de cette action telles les questions de la priorité d'usage, de la distinctivité et du sens secondaire des noms et des marques. Pour ce qui est de la notion de la faute on fait référence aux critères des honnêtes usages commerciaux. On apprécie le caractère déloyal d'un acte en ayant recours d'une part au contexte social et d'autre part à la moralité du geste commis. Les dommages en matière de concurrence déloyale sont parfois difficiles à établir. On ne sait pas toujours à quel pourcentage l'acte déloyal a influencé

la baisse du chiffre d'affaires par rapport à d'autres facteurs. Bien souvent la baisse du chiffre d'affaires ne s'illustre que longtemps après la commission des actes dérogatoires. En matière de concurrence déloyale une certaine jurisprudence interprète libéralement la notion de préjudice. Quant à la question de la mauvaise foi, les anciens ouvrages français portaient de l'idée que la concurrence déloyale ne pouvait exister sans preuve de mauvaise foi. Une certaine doctrine contemporaine s'élève contre cette thèse selon laquelle la mauvaise foi serait indispensable pour qu'il y ait concurrence déloyale.

La troisième partie de l'étude concerne des questions de procédure et de preuve. Les tribunaux relevant de l'administration de la province et la Cour suprême du Canada ont compétence pour entendre les actions en concurrence déloyale. Les recours en matière de concurrence déloyale s'exercent par le biais d'actions en dommages-intérêts et en injonction. La présente étude souligne l'existence de plusieurs autres recours qui sont connexes ou accessoires à l'action en concurrence déloyale. Le présent travail expose également les diverses défenses qui peuvent être plaidées à l'encontre d'une action en concurrence déloyale. Il existe des moyens de défenses fondées notamment sur le droit à une utilisation concurrente, le non exercice à faire valoir son droit, la prescription, le droit de critique, la légitime défense et la protection de ses intérêts légitimes. L'étude se termine par une analyse de l'incidence des enquêtes et des sondages comme moyen de preuve des actes de concurrence déloyale.