

Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme
mai 2009 - septembre 2010 (1)

Centre de droit de la concurrence Yves Serra

L'essentiel

Depuis le précédent panorama, plusieurs décisions relatives à l'obligation de non-concurrence de plein droit et à la validité des clauses de non-concurrence ont attiré notre attention. Parmi le contentieux toujours abondant de la non-concurrence en matière sociale, on relèvera la solution très pragmatique de l'arrêt de la chambre commerciale du 8 avril 2010 relatif à la sanction des clauses irrégulières, lequel privilégie l'ablation salvatrice à l'anéantissement perturbateur de la stipulation.

Par ailleurs, le droit des pratiques restrictives de concurrence alimente toujours le contentieux, en particulier à propos de la rupture abusive de relations commerciales.

Enfin, en matière de concurrence déloyale, la jurisprudence continue à être très embarrassée par l'appréhension de la notion de faits distincts de la contrefaçon, comme en attestent de récents arrêts rendus en la matière. La dimension internationale de la « *cyber-concurrence déloyale* » suscite aussi d'intéressants conflits de juridictions, illustrés notamment par l'arrêt de la chambre commerciale du 9 mars 2010.

Yves Picod, Responsable du Centre

I - Concurrence interdite

A - Concurrence anticontractuelle

1 - Concurrence anticontractuelle en matière civile et commerciale

Obligation de non-concurrence de plein droit et intérêt commun. En l'absence de transfert de clientèle, l'*intérêt commun* permet en fonction de son intensité de justifier - dans les contrats nommés ou innomés - l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit en l'absence de clause expresse. La question se pose à propos des contrats de distribution (le législateur impose lui-même à l'agent commercial une obligation de non-concurrence de plein droit fondée sur la loyauté contractuelle et la jurisprudence étend cette solution à tout mandataire d'intérêt commun). Elle se pose aussi en matière de droit des sociétés à propos des mandataires sociaux, mais aussi des associés. L'arrêt rendu le 19 novembre 2009 par la cour d'appel de Rouen (**Rouen, 19 nov. 2009, n° 08/01868**, Rev. sociétés 2010. 297, note A. Brès) s'inspire de ces principes : « *Les règles de la bonne foi dans l'exécution du contrat de société et de l'intérêt commun des associés doivent être appréciées au regard de la place dans la société de l'associé auquel est reprochée une activité concurrente de celle de la société dès lors qu'aucune clause statutaire ne lui en fait interdiction* ». L'arrêt s'inscrit dans le prolongement de solutions antérieures (par ex. Com. 5 oct. 2004, n° 02-17.375, D. 2005. 2454, obs. Y. Picod) tendant à affirmer l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge de l'associé « de poids ».

C'est au regard de ces principes que les juges écartent l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge d'un associé minoritaire ayant pris une participation dans une société concurrente, au motif qu'il n'exerçait aucun rôle prépondérant au sein de la première société : détenant 6 % du capital, il ne pouvait influencer de façon

significative sur les décisions sociales. Mais on retiendra surtout la leçon de l'arrêt, duquel il ressort clairement que l'exigence de bonne foi révélée par l'intérêt commun peut fonder - selon l'intensité de ce dernier - une obligation de non-concurrence de plein droit. Depuis longtemps, nous défendons l'idée selon laquelle l'intérêt commun - au même titre que la représentation des intérêts d'autrui et la subordination - permet dans certains contrats de justifier le renforcement de l'exigence de bonne foi (Y. Picod, L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle, JCP E 1994. I. 349). Tout est évidemment question de mesure : il ne s'agit pas d'imposer à tout associé une obligation de non-concurrence de plein droit. Mais à l'instar des prohibitions légales concernant certains apports et certains types de sociétés, il est possible d'affirmer que l'associé de poids au regard de son influence concrète sur la vie de la société ne saurait mettre en péril les intérêts essentiels de cette dernière. L'arrêt de la cour d'appel de Rouen illustre parfaitement cette idée.

Y. P.

Obligation de non-concurrence de plein droit et garantie d'éviction. Les contrats portant sur un transfert définitif de clientèle font naître une obligation de non-concurrence de plein droit relevant de l'économie du contrat car indispensable à un tel transfert. Les parties ont toutefois pris l'habitude d'insérer dans l'acte une clause permettant d'aménager cette obligation implicite aux contours forcément imprécis. On assiste alors à un chevauchement de l'obligation de non-concurrence de plein droit et de l'obligation de non-concurrence issue de la volonté contractuelle qui alimente parfois un contentieux relatif à leur portée respective. L'examen de la jurisprudence montre que la disparition de la clause de non-concurrence est en général sans influence sur l'obligation de non-concurrence de plein droit. Par exemple, l'impossibilité pour l'acheteur d'un fonds de commerce de rapporter la preuve de la stipulation de la clause de non-concurrence n'efface pas l'obligation de non-concurrence qui émane de l'article 1625 du code civil (Com. 17 oct. 1966, Bull. civ. III, n° 399). Plus encore, l'annulation d'une clause de non-concurrence insérée dans l'acte de cession du fonds de commerce ne fait pas disparaître l'obligation de garantie à laquelle est assujéti tout vendeur (Civ. 11 mai 1898, DP 1903. 1. 605).

Le problème des relations entre obligation de plein droit et obligation d'origine volontaire se pose également avec acuité lorsque, dans la cession d'un fonds de commerce, le vendeur, débiteur de non-concurrence, entreprend une activité en concurrence avec celle de l'acheteur, créancier de non-concurrence, en dehors de la limitation géographique imposée par la clause de non-concurrence. Bien qu'ayant respecté cette dernière, le vendeur du fonds se trouve-t-il toujours assujéti à l'obligation de non-concurrence de plein droit, expression de la garantie légale d'éviction ? C'est à cette question que s'est trouvée confrontée la cour d'appel d'Orléans (**Orléans, 11 mars 2010, n° 09/02313**). Après avoir relevé que le vendeur n'avait pas violé la clause, les juges, en conformité avec la jurisprudence qui assure le maintien de l'obligation de plein droit à l'expiration de la clause de non-concurrence (Com. 14 avr. 1992, n° 89-21.182, RTD civ. 1993. 150, obs. P.-Y. Gautier ; D. 1993. 239, obs. G. Paisant ; RTD com. 1992. 786, obs. J. Derruppé) considèrent que « *néanmoins, au-delà de l'obligation conventionnelle de non-concurrence, le vendeur d'un fonds de commerce doit s'abstenir, au titre de la garantie légale d'éviction, de tout agissement ayant pour effet de lui permettre de reprendre la clientèle du fonds cédé, privant ainsi celui-ci de sa substance...* ». Il incombe alors à l'acheteur de démontrer le détournement de clientèle qui en l'espèce n'était pas caractérisé, le seul fait d'accepter des demandes de clients habitant dans le périmètre visé par la clause n'étant pas prohibé. Autrement dit, la concurrence passive ne constitue pas une violation de l'obligation de garantie (V. par ex : Com. 5 juill. 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. Somm. 300). Est seule condamnable une concurrence active en direction de la clientèle du fonds cédé (V. par ex : Req. 8 nov. 1892, DP 1893. 1. 33).

La nature des relations entre la clause de non-concurrence, d'origine volontaire, et l'obligation de non-concurrence de plein droit, d'origine légale, se trouvait également au coeur du litige que devait résoudre la chambre commerciale de la Cour de cassation (**Com. 15 déc. 2009, n° 08-20.522**, D. 2010. 206 ; RTD com. 2010. 155, obs. B. Dondero et P. Le Cannu ; CCC 2010. 17, obs. L. Leveneur). Un cédant de droits sociaux prétendait être libéré de tout

engagement après avoir racheté la clause de non-concurrence, argument réfuté par la chambre commerciale qui confirme la distinction que l'on doit opérer entre l'obligation de non-concurrence d'origine légale et celle d'origine volontaire : « *Après l'expiration de la clause de non-concurrence, le cessionnaire [...] demeurerait fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction...* ». Cette solution mérite l'approbation. Les deux obligations ne sauraient en effet être mises sur le même plan car elles ne puisent pas à la même source. Coexistent une obligation de non-concurrence d'origine volontaire découlant d'une clause stipulée dans le cadre du mandat social postérieur à la cession des droits sociaux et une obligation de non-concurrence de plein droit liée à cette cession. La chambre commerciale refuse très justement de les confondre en considérant que la disparition de la première du fait de la renonciation est sans incidence sur la seconde. Si la confusion avait été jugée possible, c'est un autre argument qui aurait privé d'effet le rachat de la clause de non-concurrence, celui du caractère d'ordre public de la garantie du fait personnel permettant d'écarter les clauses de non-garantie sur le fondement de l'article 1628 du code civil.

La chambre commerciale en profite également pour confirmer sa position relative à l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit. En matière de cession de droits sociaux, on sait que la jurisprudence, longtemps incertaine (cf. J. Amiel-Donat, *Clause de non-concurrence et cession de droits sociaux*, Dr. sociétés 1989. 1), semble désormais s'être fixée sur l'existence, à la charge du cédant, d'une obligation de non-concurrence de plein droit ayant pour origine la garantie légale d'éviction du fait personnel du vendeur (pour une critique de ce rattachement, cf. Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, *Rép. com. Dalloz*, v° *Obligation de non-concurrence*, n° 68). La portée de cette obligation d'origine légale se trouve toutefois fortement circonscrite puisqu'il n'est interdit au vendeur de se rétablir « *que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs de ces actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social* » (Com., 21 janv. 1997, n° 94-15.207, D. 1998. 393, obs. J.-C. Hallouin ; RTD civ. 1997. 443, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 1997. 277, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 469, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; Dr. sociétés 1997. Chron. 5, obs. T. Bonneau ; JCP E 1997. II, n° 936, note Y. Guyon ; Dr. et patr., mai 1997. 64, note A. Couret ; Bull. Joly 1997. 421, note P. Pigassou). Le présent arrêt de la chambre commerciale s'inscrit pleinement dans la mouvance jurisprudentielle en confirmant l'existence d'une obligation de plein droit pesant sur le cédant au visa de l'article 1626 du code civil.

Validité de la clause de non-concurrence. L'existence d'une contrepartie financière est imposée par le juge en droit du travail. En dehors de cette hypothèse, les parties ont toujours la possibilité de fixer le montant venant contrebalancer l'engagement du débiteur de non-concurrence. La jurisprudence récente en offre deux illustrations.

La première concerne le fonds agricole dont nul n'ignore que son existence a été reconnue en 2006 par le législateur (L. n° 2006-611, 5 janv. 2006, JO 6 janv. ; art. L. 311-3 c. rur.), lequel a ainsi poursuivi un mouvement de patrimonialisation de la clientèle civile (V. Y. Picod, Y. Auguet, et M. Gomy, *Rép. com. Dalloz*, préc., n° 60 s). On sait également que dans les contrats ayant pour objet la transmission d'une clientèle (la cession de fonds de commerce, par exemple), l'obligation de non-concurrence mise à la charge du cédant a pour contrepartie une fraction du prix payé par le cessionnaire. A cet égard, les parties ont la possibilité de mentionner dans le contrat la part que représente la contrepartie financière dans la somme versée au cédant. C'est précisément ce choix qui a été opéré dans le litige tranché par la troisième chambre civile de la Cour de cassation (**Civ. 3^e, 16 sept. 2009, n° 08-18.868**, D. 2009. 2345 ; AJDI 2010. 235, obs. S. Prigent ; RTD civ. 2009. 748, obs. T. Revet ; Dr. rur. 2009, n° 378, 176, obs. S. Crevel ; JCP N 2009, n° 49, 1331, note V. Barabé-Bouchard ; JCP 2010, n° 5, 115, note J.-J. Barbiéri) et qui, faut-il le préciser, avait débuté avant l'adoption de la loi du 5 janvier 2006. Des agriculteurs avaient donné à bail leur exploitation, cédé notamment le droit de présentation de la clientèle et la marque, et s'étaient engagés à ne pas concurrencer les preneurs. L'ensemble de ces engagements devait s'apprécier à l'aune de l'article L. 411-74 du code rural qui permet la répétition des sommes indûment perçues par « *tout bailleur, tout preneur sortant ou tout intermédiaire qui aura, directement ou indirectement, à l'occasion d'un changement d'exploitant, soit obtenu ou tenté d'obtenir une remise d'argent ou de valeurs non justifiée, soit imposé ou tenté d'imposer la* »




reprise de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci » (une peine d'emprisonnement de deux ans et/ou une amende de 30 000 € sont également prévues). La cour d'appel de Rouen avait retenu que les bailleurs « *ne pouvaient monnayer, en vertu des dispositions de l'article L. 411-74 du code rural, ni la présentation de clientèle, ni la clause de non-concurrence, ni la cession de marque, comme s'il s'agissait de la vente d'un fonds de commerce* ». Ne souscrivant pas à cette solution, la troisième chambre civile estime que « *le droit de présentation d'une clientèle professionnelle autre que commerciale et une clause de non-concurrence sont des droits cessibles et qu'une marque est un bien incorporel qui a une valeur patrimoniale* ». Ce faisant, le débiteur de non-concurrence pouvait monnayer son engagement et établir contractuellement le montant de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence. De manière plus large, cet arrêt consacre explicitement l'existence d'un fonds agricole, à côté du fonds libéral et du fonds artisanal (V. Y. Picod, Y. Auguet, et M. Gomy, *op. cit.*, n° 66 s.).



La deuxième illustration concerne les agents commerciaux. Si les tribunaux refusent de leur étendre la solution retenue en droit du travail, faisant de la contrepartie financière une condition de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle, il est toujours loisible aux contractants d'en envisager une. Une cour d'appel (**Pau, 14 déc. 2009, n° 09/00426**) a ainsi validé une disposition du contrat d'agence prévoyant le versement de 10 455,25 € pendant les six mois de l'interdiction, indemnité compensatrice égale à 20 % de la moyenne mensuelle des commissions perçues par l'agent au cours des douze derniers mois d'activité.

M. G.



2 - Concurrence anticontractuelle en matière sociale

Les années passent et le problème de la non-concurrence en droit du travail continue de susciter un abondant contentieux (J. Beckhard-Cardoso et M. Desplats, Non concurrence : trois clauses, deux chambres, une question, JCP E 2010. 1157). Certains arrêts, reprenant des solutions jusqu'ici acquises, n'appellent guère de commentaires. On regrettera simplement que certains juges du fond ne les aient pas encore totalement assimilées... Ainsi en va-t-il par exemple du droit à indemnité compensatrice de congés payés ouvert par la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence. A la cour d'appel qui affirmait que « *seul le travail effectif ouvre droit à congés payés* », la Cour de cassation ne pouvait répondre que par la cassation (**Soc. 23 juin 2010, n° 08-70.233**, D. 2010. 1795 ; JCP S 2010. Actu. 353 ; CSB 2010, 223-A44, obs. C. Charboneau et F.-J. Pansier ; cf. déjà Soc. 17 mai 2006, n° 04-47.597, Bull. civ. V, n° 177 ; JCP E 2006. 2678, note G. Vachet ; 10 oct. 2007, n° 05-45.657).

Sont en revanche plus intéressants certains arrêts relatifs à la *renonciation* par l'employeur à l'exercice de la clause de non-concurrence. En l'absence d'accord du salarié, l'employeur ne peut prévoir à son profit une faculté de renonciation unilatérale qu'à la condition que celle-ci ait été expressément prévue par le contrat de travail ou la convention collective (Soc., 17 févr. 1993, n° 89-43.658, D. 1993. 347, note Y. Serra, et 258, obs. J. Goineau  ; 22 févr. 2006, n° 04-45.406, D. 2006. 2923, obs. S. Robinne  ; RJS 2006, n° 835 ; 28 mars 2007, n° 06-40.293, RJS 2007, n° 734). Et si l'employeur décide de renoncer, il se doit bien évidemment de respecter la procédure prévue à cet effet ! Tel fut le cas de cet employeur qui avait posté sa lettre exprimant au salarié sa volonté de renoncer à la clause de non-concurrence dans le délai prévu par le contrat de travail (**Soc. 25 nov. 2009, n° 08-41.219**, JCP S 2010. 1231, note B. Bossu). Tel ne fut pas le cas en revanche de cet autre employeur qui s'était vu reprocher d'avoir tardivement renoncé à la clause de non-concurrence alors que le contrat de travail prévoyait que cette renonciation devait avoir lieu « *au plus tard à la date de la rupture* » (**Soc. 14 oct. 2009, n° 08-44.052**, D. 2009. 2555 ; LPA 5 févr. 2010, note K. Buhler). Cette question du délai à l'intérieur duquel l'employeur se doit d'agir pour exercer valablement sa faculté de renonciation prend toute son acuité lorsque rien n'est prévu par le contrat de travail ou la convention collective. En principe, une telle hypothèse obligeait l'employeur à exprimer sa volonté au plus tard au moment de la rupture du contrat de travail (Soc. 26 févr. 1997, n° 94-41.012, D. 1998. 215, obs. Y. Serra ). Un arrêt plus récent estima cependant qu'il était possible pour l'employeur

de renoncer à la clause de non-concurrence après la rupture du contrat de travail à condition que celle-ci intervienne dans un délai raisonnable (Soc. 13 juin 2007, n° 04-42.740, D. 2007. 1874  ; RDT 2007. 579, obs. J. Pélissier  ; Dr. sociétés 2007. 1052, obs. J. Mouly). Reste à savoir ce qu'il faut entendre par délai raisonnable ! A tout le moins, ce ne peut pas être celui de la durée d'exécution de la clause de non-concurrence ! A l'employeur qui avait ainsi inséré par avenant dans le contrat de travail de son salarié une clause de renonciation à la clause de non-concurrence « *à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci* », la Cour de cassation répond en effet que cette dernière est « *réputée non écrite* » (**Soc. 13 juill. 2010, n° 09-41.626**, D. 2010. 1885 ; CSB 2010, 223-A47, obs. F.-J. Pansier ; JCP 2010. 877, note N. Dedessus-le-Moustier ; JCP S 2010. Actu. 396, obs. S. Miara). La sanction est à cet égard non dénuée de pertinence puisqu'elle oblige au versement de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence dans la mesure où celle-ci, de fait, avait été respectée par le salarié pourtant laissé dans l'incertitude pendant de nombreux mois.

Cette sanction de la clause « *réputée non écrite* », classique en droit civil, l'est un peu moins en droit du travail. Elle confirme toutefois que le droit civil continue d'irriguer par des solutions originales les autres domaines du droit privé (F. Barbe et C. Rival, Quand le droit civil s'invite dans le droit du travail, JS Lamy 2010. Chron. 278). En témoigne cette très importante affaire où un employeur avait pensé pouvoir minorer le montant de la contrepartie financière en raison de la faute commise par le salarié justifiant son licenciement (**Soc. 8 avr. 2010, n° 08-43.056**, D. 2010. 1085 ; JCP S 2010. 1288, note I. Beynex ; Dr. contrats, 1^{er} juin 2010. 5, note G. Pillet ; JCP E 2010. 1656, obs. J.-B. Seube, et 1667, note S. Beal et P. Klein). Cette minoration avait certes été prévue et acceptée par le salarié dans un avenant à son contrat de travail. Pour autant, la Cour de cassation énonce là encore que la clause est réputée non écrite. Pourquoi une telle solution alors que, par ailleurs, la Cour de cassation a toujours décidé d'annuler les clauses de non-concurrence qui prévoyaient la suppression de la contrepartie financière en cas de faute grave du salarié justifiant son licenciement (Y. Picod et S. Robinne, Concurrence (obligation de non-concurrence), Rép. trav. Dalloz, n° 64 et la jur. citée)? Parce que, justement, suppression n'est pas minoration. Cette différence de degré dans la sanction financière appliquée au salarié fautif explique qu'il est préférable pour ce dernier que la clause soit réputée non écrite plutôt qu'annulée. Car, comme l'énonce très justement un auteur, « *la clause est réputée non écrite pour ce qui est de la minoration de la contrepartie financière. Le salarié peut conserver les fonds qu'il a perçus et, de plus, réclamer le différentiel résultant de la minoration ; si la clause avait été considérée comme nulle, le salarié aurait dû tout restituer sauf à prétendre à des dommages-intérêts* » (cf. F.-J. Pansier, De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite », CSB 2010, 221-A33).

Dans un tout autre domaine, la Cour de cassation apporte également quelques précisions à propos du montant de la contrepartie financière. Depuis un arrêt remarqué de la Cour de cassation, l'on sait qu'une contrepartie financière d'un montant dérisoire équivaut à une absence de contrepartie (Soc. 15 nov. 2006, n° 04-46.721, Bull. civ. V, n° 341 ; D. 2006. 2946  ; RDT 2007. 95, obs. J. Pélissier  ; CSB 2007, 188-A 23, note F.-J. Pansier). Le problème est qu'aucun élément n'a été fourni par la Cour de cassation pour déterminer ce caractère dérisoire, laissant dès lors le soin aux juges du fond de s'en remettre à leur appréciation souveraine. Il a certes été considéré que verser le dixième de son salaire brut au salarié empêché de concurrencer son ancien employeur sur l'ensemble du département et trois départements limitrophes pendant deux ans était dérisoire (Soc. 15 nov. 2006 préc.). Cela ne suffit cependant pas à fixer la frontière entre le licite et l'interdit. D'où l'intérêt de cet arrêt relativement récent qui, s'il ne règle pas complètement la question, n'en apporte pas moins, selon l'expression d'un auteur, un élément de « *repère* » fort intéressant (**Soc. 9 déc. 2009, n° 08-44.358**, CSB 2010, 218-A19, note M. Fathez). Selon la Cour de cassation, en effet, s'il n'est pas possible de limiter le montant de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence lorsque celle-ci s'exerce sur une durée et un territoire étendus, il n'en va pas de même lorsque l'employeur limite cette dernière à l'usage d'une pratique ou d'une technique bien déterminée. En l'espèce, un salarié carrossier s'était vu interdire pendant vingt-quatre mois d'user pour son propre compte ou au profit d'un concurrent d'une technique spécifique élaborée par son ancien employeur, moyennant une contrepartie financière correspondant à dix pour cent de son salaire. Bien que proche des faits ayant donné lieu à l'arrêt du 15 novembre 2006, l'affaire n'en était pas moins différente, justifiant la solution de

la Cour de cassation. L'atteinte à la liberté du travail du salarié apparaissait en effet dans cette dernière affaire particulièrement limitée puisque le salarié se voyait simplement interdire d'user d'une technique de travail et non de son travail lui-même. Technique de travail qui plus est manifestement confidentielle puisqu'inventée par son ancien employeur, dès lors seul à pouvoir légitimement l'utiliser. Ainsi, l'indemnité qui, de prime abord, pouvait apparaître comme dérisoire ne l'était finalement manifestement pas.

S. R.

B - Concurrence illégale

En matière de pratiques restrictives, l'examen des décisions rendues en 2010 révèle principalement des difficultés ayant trait à la question de la rupture abusive de relations commerciales établies, plus précisément, à la question de l'application des clauses attributives de juridiction et au domaine d'application des dispositions du code de commerce.

1 - Rupture abusive de relations commerciales établies et clauses attributives de juridiction
Deux décisions récentes (**Com. 9 mars 2010, n° 09-10.216** ; **Civ 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-67.013**, D. 2010. 1797) démontrent toute l'importance de la rédaction des clauses attributives de juridiction.

Tout d'abord, il s'agit d'une confirmation de l'opinion de la chambre commerciale et de la première chambre civile sur l'applicabilité des clauses attributives de juridiction au domaine de la rupture abusive des relations commerciales, régi en France par les dispositions exorbitantes de droit commun de l'article L. 442-6 du code de commerce. Dans la décision du 8 juillet 2010, suite à la rupture d'un contrat de distribution exclusive, le concessionnaire agit devant la juridiction commerciale, le concédant demande alors le respect de la clause compromissoire contenue dans le contrat et soulève l'incompétence du tribunal de commerce. Les juges du fond accueillent le déclinatoire. Sur pourvoi, la cour retient « *qu'il importe peu que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* ». Cette motivation constitue une reprise presque mot à mot de celle retenue dans une décision remarquable du 22 décembre 2008 se prononçant, quant à elle, sur la validité d'une clause attributive de compétence (Civ 1^{re}, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, D. 2008. 2790, obs. I. Gallmeister, 2009. 200, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, et 2384, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD com. 2009. 646, obs. P. Delebèque). Dans la seconde décision du 9 mars 2010, la chambre commerciale indique que la cour d'appel n'avait pas, contrairement à ce qui était soutenu par le pourvoi, « *écarté par principe le jeu de la clause attributive de juridiction contractuellement prévue par les parties au seul motif que l'action engagée par la société LMG aurait engagé la responsabilité délictuelle de la société John Deere* ». Il semble donc que la cour admette implicitement la validité des clauses attributives de juridiction quelle que soit la qualification retenue pour l'action en responsabilité prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce. Cette solution confirme, d'une part, que pour la chambre commerciale, l'action en responsabilité de l'article L. 442-6 du code de commerce présente bien une nature délictuelle et, d'autre part, que la nature profonde de ces dispositions - loi de police ou pas - n'exclut pas le jeu d'une clause attributive de juridiction.

Ces deux décisions démontrent, ensuite, l'importance de la rédaction de la clause. Pour la première chambre civile, la clause compromissoire visant « *tout litige ou tout différend né du contrat ou en relation avec celui-ci* », c'est à bon droit que la cour d'appel a pu retenir la compétence de la juridiction arbitrale. Au contraire, dans la seconde espèce, si la chambre commerciale rappelle d'abord que des relations commerciales entre deux sociétés peuvent être établies même si elles ne sont pas liées par un contrat, elle approuve ensuite la cour d'appel qui a écarté l'application de la clause attributive de compétence parce qu'elle visait restrictivement « *tout différend ou tout litige relatif à la formation, l'interprétation, l'exécution, la résiliation ou la cessation du contrat* », mais pas la rupture de relation commerciale. Où l'on vérifie que parfois le mieux peut être l'ennemi du bien, la précision des termes juridiques

utilisés pour envisager l'intégralité de la relation contractuelle se retourne, ici, contre le rédacteur de la clause. On ne peut que conseiller de viser expressément dans la rédaction de la clause la rupture abusive de la relation commerciale.

2 - Rupture abusive de relations commerciales établies et domaine d'application

Selon l'article L. 410-1 du code de commerce, « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services...* ». Au visa conjoint de cet article et de l'article L. 442-6, la chambre commerciale de la Cour de cassation vient de censurer la cour d'appel de Limoges qui avait exclu du champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence deux sociétés d'assurances mutuelles (**Com. 14 sept. 2010, n° 09-14.322**, D. 2010. 2150). La cour d'appel avait cru possible de fonder cette exclusion sur le caractère non commercial des sociétés mutuelles et leur but non lucratif. La Cour rappelle simplement que les sociétés d'assurances mutuelles procèdent à une activité de service pleinement concurrentielle, ce qui suffit, indépendamment de leur régime juridique, à les soumettre à l'intégralité des dispositions du livre IV du code de commerce.

Cette décision, qui est logique puisque le droit de la concurrence a vocation à régir l'ensemble des activités économiques, doit toutefois être rapprochée de plusieurs autres qui ont justifié l'inapplication des dispositions sanctionnant la rupture d'une relation établie en se fondant sur la nature non commerciale de l'activité de la victime. Il en fut ainsi dans un litige qui opposait un notaire victime à la Caisse d'épargne du Val-de-France au motif que « *le statut du notariat interdisait à la victime de la rupture de se livrer à des opérations de commerce* » (Com. 20 janv. 2009, n° 07-17.556, D. 2009. 369, obs. E. Chevrier¹) ou encore dans un litige entre deux médecins victimes et une clinique au motif « *que le code de déontologie médicale prohibe expressément l'activité de la médecine comme un commerce* » (Com. 23 oct. 2007, D. 2007. 2805, obs. E. Chevrier² ; RTD civ. 2008. 105, obs. B. Fages³). Malgré la lettre de l'article L. 442-6, on ne voit pas pourquoi le seul caractère non commercial de l'activité serait tantôt de nature à exclure de son champ d'application les professions libérales, tantôt ne serait pas de nature à exclure les associations ou les mutuelles.


N. D.

II - Concurrence déloyale et parasitisme

A - Domaine


1 - Les faits distincts de la contrefaçon

L'action en concurrence déloyale peut être exercée cumulativement avec l'action en contrefaçon. Mais, si ces deux actions peuvent être mises en oeuvre et accueillies en même temps, encore faut-il constater que les conditions d'exercice de chacune d'elles sont réunies. En particulier, il est nécessaire que chaque action repose sur des faits distincts pour éviter la reconstitution de droits de la propriété intellectuelle par d'autres biais. Aux faits constitutifs de la contrefaçon doivent s'ajouter d'autres fautes, la victime invoquant par exemple des imitations non visées par l'action en contrefaçon (M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4^e éd., Sirey Université, 2008, n° 359 ; Y. Picod, La concurrence déloyale (rapport français), in *La concurrence*, Congrès de l'Association Capitant, Journées internationales, Maroc, 2006, Société de législation comparée, 2010, p. 151 s.). Mais il faut bien observer que la notion de faits distincts est très difficile à cerner dans la jurisprudence récente et donne l'impression de varier au gré des espèces. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 janvier 2010 (**Com. 19 janv. 2010, n° 08-15.338, Céline**, CCE 2010. Comm. 32, obs. C. Caron) en atteste. En l'espèce, une condamnation à la fois pour contrefaçon et parasitisme avait frappé la société qui avait imité deux modèles de ceinture. Or, la cour d'appel avait pris soin de justifier sa solution : elle avait relevé qu'au-delà de l'imitation constitutive de contrefaçon, il y avait eu un véritable parasitisme des nombreux et coûteux investissements publicitaires réalisés par la société Céline autour de son produit phare. Dès lors, le contrefacteur était également un parasite puisqu'il avait exploité ce succès commercial pour se placer dans son sillage. Pourtant, la chambre commerciale estime que le fait de choisir de copier un produit ayant fait l'objet d'importants investissements publicitaires n'est pas un

fait distinct de l'action en contrefaçon et que la même analyse doit être retenue à propos de la banalisation du modèle qui conduit à sa dévalorisation (cf. en sens contraire : Civ. 1^{re}, 19 oct. 2004, n° 02-16.057, RTD com. 2005. 319, obs. F. Pollaud-Dulian , qui a considéré que le fait pour le contrefacteur de bénéficier d'économies en matière de conception et de réalisation publicitaire permettait de retenir le parasitisme). L'arrêt rapporté semble considérer que faute de *préjudice distinct* couvert par l'action en contrefaçon, il n'y a aucune place pour le fait distinct, ce qui est prendre le problème à l'envers. Ce glissement restreint en tout cas le champ d'application de l'action en concurrence déloyale.

Cette sévérité se retrouve dans une autre espèce (**Com. 23 mars 2010, n° 09-66.522**) dans laquelle la société Chanel faisait valoir qu'une société avait commis des fautes distinctes de l'usage illicite de ses marques en revendant des produits Chanel portant la mention « *cet article ne peut être vendu que par les dépositaires agréés Chanel* », à prix réduits, dans une solderie et dans des conditions de présentation incompatibles avec leur image de prestige. Or la cour d'appel a estimé que le préjudice allégué au titre de la concurrence déloyale par la société Chanel ne se distinguait pas de celui que lui avait causé l'usage illicite de la marque, dans la mesure où il trouvait sa cause dans les mêmes faits de revente hors réseau. La Cour de cassation approuve ce raisonnement sévère pour l'appréciation du fait distinct. Il est pourtant permis de penser que l'utilisation illicite de la marque aurait pu se réaliser sans des faits d'utilisation sinon dégradante (emballages abîmés et revente dans la solderie d'un centre commercial), à tout le moins aboutissant à la banalisation de son image.

On est néanmoins rassuré de voir que l'action en concurrence déloyale trouve encore sa place aux côtés de la contrefaçon en matière d'utilisation de mots-clés renvoyant vers des sites contrefaisants. Un très récent arrêt rendu par la haute juridiction (**Com. 13 juill. 2010, n° 06-15.136**, CCC 2010, n° 229, note M. Malaurie-Vignal), à propos de l'utilisation de mots-clés permettant à l'internaute d'être renvoyé vers des sites contrefaisants, considère que le titulaire de la marque peut agir en concurrence déloyale contre l'annonceur qui a utilisé sa marque sans autorisation à titre de nom commercial et de nom de domaine du site internet. L'arrêt relève un risque de confusion dans l'esprit de l'internaute entre les deux sites concurrents en raison du lien commercial effectué par le mot-clé dans le référencement. L'annonceur reprochait aux juges du fond de l'avoir condamné pour concurrence déloyale et parasitaire en se fondant sur des faits identiques à ceux de la contrefaçon. Mais la chambre commerciale répond pertinemment que l'action en concurrence déloyale et parasitaire (les deux termes sont à notre sens redondants) se fonde, non pas sur une atteinte à la marque, mais sur l'usurpation du nom commercial et du nom de domaine du site internet de la société victime, ce qui constitue un fait distinct. En effet, seule l'action en concurrence déloyale était en mesure de protéger le nom de domaine et le nom commercial.

Pour autant, le référencement de mots-clés par une société exploitant un moteur de recherche (Google) ne tombe pas sous le coup de la contrefaçon. C'est ce qui ressort de cette même décision et d'un autre arrêt rendu le même jour censurant sur ce point la cour d'appel (**Com. 13 juill. 2010, n° 08-13.944**, D. 2010. 1862, et 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; CCC 2010, n° 230, note M. Malaurie-Vignal), lesquels ne font qu'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE 23 mars 2010, n° C-236/08, D. 2010. 885, obs. C. Manara, et 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy  ; CCC 2010. Comm. 132). Pour cette dernière, la responsabilité pourrait être recherchée, le cas échéant, sur le fondement de la responsabilité civile, en fonction par exemple du rôle actif joué dans la rédaction du message promotionnel ou dans la sélection des mots-clés (le rôle passif de l'exploitant, en l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke, bénéficiant du régime favorable de l'art. 14 de la directive du 8 juin 2000), ce qui serait une sorte de concurrence déloyale par complicité.

2 - Le dénigrement constitutif d'abus de domination

Ni l'article L. 420-2 du code de commerce, ni l'article 102 du TFUE ne proposent de définition du comportement abusif caractérisant l'abus de position dominante. D'après le code de commerce, l'abus peut consister en un refus de vente, en des pratiques de ventes liées ou de conditions discriminatoires ou encore en la rupture des relations commerciales au seul motif

que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Pour le Traité, ces pratiques peuvent être caractérisées par des prix imposés, des conditions de transaction non équitables, des limites de production ou de débouchés, des traitements discriminatoires ou des ventes liées. Mais dans un cas comme dans l'autre, la liste n'est pas limitative. L'étude de la jurisprudence amène à considérer qu'il est difficile d'établir un critère permettant de qualifier la pratique comme abusive. « *Cette difficulté résulte de ce que le droit de la concurrence a pour mission la protection du jeu de la concurrence sur le marché, mais se doit d'envisager les faits qui lui sont soumis dans la perspective de l'efficacité économique qui est la raison d'être de la protection du jeu de la concurrence* » (M.-C. Boutard-Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem et J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 207). D'une grande diversité, ces comportements abusifs se caractérisent par le fait qu'ils violent une prescription juridique énoncée par le droit de la concurrence ou un autre texte, même prévu par le code de la consommation, comme par exemple une publicité fallacieuse (V. avis Cons. conc. 4 nov. 1985, Rec. Lamy, n° 253 ; sur les interférences, cf. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, n° 131 s.). Fréquemment, le caractère illicite de la pratique sera apprécié à l'aune du titre IV du livre IV du code de commerce portant sur les pratiques restrictives de concurrence. Par ailleurs, à ces comportements illégaux *per se*, s'ajoutent les comportements fautifs au regard de la théorie de la concurrence déloyale, fondée sur les exigences générales des articles 1382 et 1383 du code civil. Ceci est d'autant plus intéressant que les victimes de pratiques collectives ne resteront pas insensibles au contentieux de l'indemnisation. En effet, l'*action en réparation du préjudice subi* par les concurrents du fait des pratiques anticoncurrentielles obéit aux mêmes principes de droit commun de la responsabilité que le droit de la concurrence déloyale (cf. Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, *Rép. com. Dalloz, v° Concurrence déloyale*, 2010, n° 33).

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 23 mars 2010 (**Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 mars 2010**, CCC 2010. Comm. 130, obs. G. Decocq) illustre parfaitement les liens entre concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles. En l'espèce, la cour d'appel de Paris rejette le recours formé par la Société gaz et électricité de Grenoble contre la décision de l'Autorité de la concurrence qui prononçait à son égard une lourde sanction pécuniaire pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'électricité à l'usage des professionnels sur la zone desservie par le réseau de distribution de l'électricité de Grenoble. Après avoir caractérisé la situation de position dominante, la cour approuve l'Autorité de la concurrence d'avoir considéré qu'« *en matière d'abus de position dominante, le comportement fautif de l'entreprise au regard des dispositions générales de l'article 1382 du code civil constitue un abus de position dominante* » : le dénigrement systématique du concurrent, réalisé par communiqué de presse, était, selon elle, destiné à empêcher l'ouverture à la concurrence du marché dans la zone considérée. Mais ne nous y trompons pas : le dénigrement n'avait un objet et/ou un effet anticoncurrentiel que dans la mesure où il procédait d'une entreprise en position dominante sur le marché considéré.

3 - Les signes distinctifs du parasitisme

Les agissements parasitaires « *sont polymorphes, tant l'imagination des hommes est féconde (...)* » (P. le Tourneau, *Parasitisme. Notion*, J.-Cl. Concurrence Consommation, Fasc. 227, 2010, n° 52, l'auteur distinguant « *usurpation de la réputation d'autrui* », « *usurpation des efforts intellectuels et des investissements d'autrui* » et « *usurpation de l'idée d'autrui* » ; Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, *op. cit.*, n° 226). Mais l'élément usurpé suppose un minimum d'originalité, ainsi que l'exprime un arrêt de la cour d'appel de Versailles rendu le 14 janvier 2010 (**Versailles, 14 janv. 2010**, CCC 2010, n° 134, obs. M. Malaurie-Vignal) portant sur l'emprunt de l'idée d'autrui en matière de téléphonie mobile. Le détournement par la société SFR d'un simple projet portant sur une idée banale (concept de télé-réalité appliqué au téléphone mobile prenant la forme d'un concours ouvert à de jeunes talents comiques), certes exprimée sous la forme d'un *power point* précis et détaillé, mais ne comportant aucune donnée chiffrée susceptible d'être appropriée, ne caractérise pas un comportement parasitaire. C'est en tout cas la position de la cour d'appel de Versailles : tout dépend bien sûr où l'on place le curseur... A défaut de comportement parasitaire, l'attitude de la société SFR pouvait apparaître peu loyale dans la mesure où elle avait pris connaissance du projet et avait

répondu à la société Wy qu'elle l'étudiait, ce qui avait pu générer un sentiment de frustration à l'égard de cette dernière. C'était peut-être davantage sur le terrain de l'exigence de bonne foi, en l'occurrence l'espoir faussement entretenu, que la société SFR aurait pu être sanctionnée...

Y. P.

B - Sanctions

Qualité pour agir en concurrence déloyale. L'arrêt rendu le 24 novembre 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (**Com. 24 nov. 2009, n° 08-13.052**), bien que non publié au *Bulletin*, n'est pas dénué d'intérêt théorique et d'enjeu pratique (V. not. la note de M. Malaurie-Vignal, CCC 2010. Comm. 48). Au début de l'automne 2004, pendant une dizaine de jours, l'ensemble des magasins Auchan a organisé la vente de neuf cents produits, parmi lesquels des CD et DVD, au prix d'un euro l'unité. Le syndicat des détaillants spécialistes du disque assigna la société Auchan en concurrence déloyale. Ce syndicat, réunissant des disquaires indépendants et d'importants revendeurs, reprochait à la campagne promotionnelle organisée par la société Auchan de désorganiser le marché du disque et de déconsidérer les CD et les DVD. La cour d'appel de Douai, le 18 décembre 2007, déclara l'action irrecevable. Les motifs de la décision, reproduits partiellement dans le moyen annexé à l'arrêt de la Cour de cassation, reposaient principalement sur une interprétation restrictive donnée à l'article L. 470-7 du code de commerce, texte qui dispose que « *les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'exercice collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence* ». Le pourvoi, principalement fondé sur la violation de cette disposition, est rejeté. La Cour de cassation, reprenant à son compte les motifs des juges du second degré, affirme qu'un « *syndicat professionnel n'est habilité à agir que pour obtenir la réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession et que le syndicat ne dénonçait pas une infraction à la réglementation mais une campagne promotionnelle de la société Auchan qui aurait été constitutive de concurrence déloyale ; en l'état de ces appréciations et constatations, la cour d'appel (...) a fait ressortir que le syndicat invoquait le préjudice subi par ses membres et ne caractérisait pas une atteinte propre à l'intérêt collectif de la profession (...)* ».

Deux observations liminaires s'imposent. D'abord, l'arrêt ne remet nullement en cause la qualité des organisations professionnelles à agir en justice, dès lors qu'elles agissent pour la défense des intérêts de la profession qu'elles représentent. La règle est légale. Implicitement contenue à l'article 31 du code de procédure civile (en ce sens, S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 144 s.), elle est parfois expressément énoncée par des dispositions spéciales, notamment l'article L. 470-7 du code de commerce (rapp., pour l'exercice par les syndicats professionnels des droits réservés à la partie civile, l'art. L. 2132-3 c. trav.). Ensuite, plus précisément, cette décision ne remet pas plus en question la qualité des organisations professionnelles à agir en concurrence déloyale. En l'espèce, l'action est déclarée irrecevable après un raisonnement en deux temps.

Dans un premier temps, la cour d'appel rejette l'interprétation littérale de l'article L. 470-7 du code de commerce : « *si la lettre du texte sus-évoqué semble distinguer l'atteinte à l'intérêt collectif et la déloyauté de la concurrence, il n'apparaît pas qu'un syndicat puisse, au nom de la défense d'une concurrence saine, s'affranchir de l'exigence première, celle de défendre la collectivité* ». Autrement dit, la cour considère que malgré l'option offerte formellement par la loi - défendre l'intérêt collectif de la profession ou défendre la loyauté de la concurrence - les organisations professionnelles ne peuvent se muer en gendarmes de la loyauté de la concurrence, sauf à défendre en même temps les intérêts collectifs de la profession. A notre connaissance, cette lecture de l'article L. 470-7 du code de commerce est nouvelle. Il ne s'agit pas pour autant d'un revirement de jurisprudence. En effet, les rares arrêts qui ont eu à s'appuyer sur cette disposition reprenaient les termes de l'alternative légale, sans que l'on puisse en tirer quelques conclusions, la question de l'interprétation de ce texte n'ayant pas été soulevée (V. Com. 30 sept. 2008, n° 07-16.594 ; 23 oct. 2007, n° 06-12.022 ; 12 mars 2002,

n° 99-11.060, RTD com. 2003. 754, obs. L. Grosclaude¹¹). L'analyse retenue par les juges est *a priori* rassurante ; les organisations professionnelles ont en charge les intérêts de ceux qu'elles représentent et ne peuvent agir en justice qu'aux fins de les protéger. Pourtant, la lettre de la loi, le vent nouveau qui souffle sur les divers intérêts protégés par l'action en concurrence déloyale et l'évolution même des principes de la procédure civile pourraient favoriser, à l'avenir, une analyse moins tranchée. Interprétant l'article L. 470-7, certains auteurs considèrent qu'une organisation professionnelle peut avoir à défendre l'intérêt général en matière économique : « *une organisation professionnelle peut agir en justice, devant les juridictions civiles et commerciales, non seulement pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elle représente, mais pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à la loyauté de la concurrence (L. 470-7, in fine, c. com.). Il s'agit ici ni plus ni moins que d'une qualité pour agir aux lieu et place du parquet : les organisations professionnelles deviennent les gendarmes du droit de la concurrence.* » (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, préc., n° 149, *in fine*). La protection de la loyauté de la concurrence étant, en l'espèce, jugée insuffisante pour justifier la recevabilité de l'action du syndicat professionnel, restait à examiner l'autre branche de l'alternative.

Dans un second temps, l'action est déclarée irrecevable car le syndicat « *ne caractérisait pas une atteinte propre à l'intérêt collectif de la profession* », la cour d'appel ayant fait ressortir qu'il invoquait seulement « *le préjudice subi par ses membres* ». L'arrêt souligne les incertitudes jurisprudentielles et doctrinales de l'expression légale « *intérêts collectifs de la profession* ». Le rejet du pourvoi repose sur l'absence de qualité du syndicat à défendre, ici (les syndicats disposent parfois d'une habilitation législative pour défendre les intérêts personnels des salariés ; V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, préc., n° 162), les intérêts individuels de ses membres, non sur sa capacité à prendre en charge la défense des intérêts collectifs de la profession. L'appréciation des juges quant aux intérêts protégés par l'action introduite peut sembler sévère. Elle favorise assurément la protection des intérêts individuels des disquaires indépendants et des autres revendeurs, concurrents de la société Auchan. Toutefois, l'action entreprise ne visait-elle pas, d'abord, à garantir le bon fonctionnement du marché en général ? En invoquant une vente à perte des produits concernés, leur déconsidération, et la désorganisation du marché, le syndicat entendait convaincre de l'atteinte portée aux intérêts collectifs de la profession. Sur ce point, les juges n'ont pas été séduits alors qu'en des circonstances proches ils n'avaient pas hésité à admettre la corrélation étroite qui peut exister entre l'atteinte à l'intérêt des concurrents et l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession (Com. 8 juill. 1997, n° 94-20.701 : « *cette vente, réalisée en infraction aux règles et aux usages, est un acte de concurrence déloyale qui préjudicie à ceux qui, exerçant la même activité, respectent les dispositions réglementaires et elle porte donc atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat* », attendu dont la proximité avec la première branche du moyen du pourvoi commenté doit être relevée). Aussi, l'analyse retenue dans cette décision du 24 novembre 2009 ne peut totalement convaincre. L'attendu de solution de la Cour de cassation, qui conclut à l'existence de préjudices individuels subis par les membres du syndicat, repose sur l'appréciation que « *le syndicat ne dénonçait pas une infraction à la réglementation mais une campagne promotionnelle de la société Auchan qui aurait été constitutive de concurrence déloyale* ». L'interprétation de cette phrase est délicate. Les juges semblent opposer l'acte de concurrence déloyale à une infraction à la réglementation. Une telle interprétation n'est concevable qu'à la condition de donner un sens restrictif à l'expression « *infraction à la réglementation* ». La lecture des motifs rapportés dans le moyen du pourvoi semble suggérer une telle lecture : « *en l'espèce, les appelants n'ont pas réussi à démontrer la violation de la loi (précisément, une vente à perte) par Auchan* ». Autrement dit, seule la violation de la loi permettrait de démontrer l'atteinte portée aux intérêts collectifs de la profession, et rendrait par conséquent recevable l'action introduite par une organisation professionnelle. Une telle analyse est éloignée des solutions du droit positif. La jurisprudence juge l'action en concurrence déloyale introduite par un organisme professionnel recevable, que le comportement litigieux viole une disposition légale (Com. 12 mars 2002, n° 99-11.060, RTD com. 2003. 754, obs. L. Grosclaude¹¹ : violation d'un règlement communautaire définissant les caractéristiques des boissons susceptibles d'utiliser le terme « *whisky* » ; 8 juill. 1997, préc. : violation de la réglementation des soldes préjudiciable aux concurrents qui respectent la réglementation et à l'intérêt collectif de la profession ; Soc. 25 oct. 1994, n° 90-12.753 : violation de l'interdiction du travail

dominical créant une rupture d'égalité au préjudice des concurrents respectant la loi) ou que le comportement litigieux porte atteinte au devoir général de loyauté (Versailles, 10 mai 1995, D. 1996. 249, obs. Y. Serra ☞ ; Paris, 9 déc. 1992, D. 1994. 223, obs. Y. Serra ☞ ; Versailles, 15 mars 1991, D. 1992. 56, obs. M.-L. Izorche ☞ ; publicité désobligeante pour les industries nautiques françaises). L'ambiguïté de la formule utilisée renvoie en outre à une distinction incertaine, celle entre la concurrence illégale et la concurrence déloyale (V. not. D. Ferrier, *Concurrence déloyale et concurrence illégale, in Concurrence déloyale. Permanence et devenir*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 47 s. ; Y. Auguet, N. Dorandeu et Y. Picod [sous dir.], *Concurrence déloyale*, Rép. com. Dalloz, 2010, n° 55 s.).

Y. A.

C - Droit international privé

Conflit de juridictions et concurrence déloyale. Le contentieux en matière de droit international privé de la concurrence déloyale ne tarit pas. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 mars 2010 (**Com. 9 mars 2010, n° 08-16.752**, Bull. civ. IV, n° 46 ; D. 2010. 1183, note G. Lardeux ☞, et 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ☞ ; JDI 2010. 870, note L. Usunier), en son premier moyen, a trait à la compétence judiciaire internationale des juridictions françaises. Deux sociétés, « Pneus Online Suisse » et « Pneus Online France » poursuivent en concurrence déloyale une société allemande « Delticom », qui commercialise des pneus sur internet à partir des sites « pneuonline.com », « pneuonline.com » et « pneu-online.com ». Assignée devant les juridictions françaises, la société allemande conteste leur compétence au motif principal de la violation de l'article 5, § 3, du Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, dit Règlement Bruxelles I, lequel dispose « *qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre : en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Toute la difficulté réside dans l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « *lieu où le fait dommageable s'est produit* ». On sait que les difficultés surviennent lorsque le délit est pluri-localisé (V. not. Y. Auguet, N. Dorandeu et Y. Picod [sous dir.], préc., n° 273 s.), lorsque le fait générateur de responsabilité et le dommage ne se produisent pas sur un même territoire ; lorsqu'il existe une pluralité de lieux de réalisation du dommage, situés dans des Etats différents, lorsque, comme en l'espèce, le fait déloyal emprunte les voies de l'internet. En matière de « cyber-concurrence déloyale », le dommage ayant vocation à se produire partout, faut-il admettre la compétence du *for* de chacun des Etats autorisant l'accès au site litigieux ? Dans l'espèce commentée, la Cour de cassation admet la compétence internationale des juridictions françaises en se fondant « *sur l'accessibilité à ces sites pour les internautes français* » et « *la disponibilité en France des produits litigieux* », constatées en l'espèce par la rédaction en français des sites incriminés, par le ciblage de la clientèle française, par l'existence d'une rubrique consacrée aux commentaires de satisfaction des clients français et par l'existence d'un site français. La décision prise par la Cour de cassation s'inscrit dans un courant libéral ancien quant aux critères mis en oeuvre pour la détermination des juridictions internationalement compétentes (depuis l'affaire dite des *Mines de potasse d'Alsace*, CJCE 30 nov. 1976, n° 21/76, D. 1977. 613, note G. Droz ; JDI 1977. 728, obs. A. Huet ; Rev. crit. DIP 1977. 563, note P. Bourel), courant conforté par les solutions retenues en matière de « cyber-concurrence déloyale » (Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225, D. 2004. 276 ☞, obs. C. Manara ☞ ; Rev. crit. DIP 2004. 632, note O. Cachard ☞ ; RTD com. 2004. 281, obs. F. Pollaud-Dulian ☞. Rapp. Com., 20 mars 2007, n° 04-19.679, D. 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ☞ ; Rev. crit. DIP 2008. 322, note E. Treppoz ☞ ; JCP 2007. II. 10088, note M.-E. Ancel), même si d'autres décisions, rendues sur le fondement de l'article 46 du code de procédure civile, infléchissent cette jurisprudence en exigeant des liens suffisants entre le site litigieux et le *for* (Orléans, 6 mai 2003, Rev. crit. DIP 2004. 139, note H. Gaudemet-Tallon ☞ ; Paris, 6 juin 2007, JCP 2007. II. 10150, note M.-E. Ancel ; 9 nov. 2007, JCP 2008. II. 10016, note C. Chabert). On peut y voir la rançon de la construction de l'Union européenne, l'identité européenne se substituant à la nationalité de chaque ressortissant de l'Union ou de

l'Association européenne de libre-échange.

Y. A.

Mots clés :

CONCURRENCE * Panorama 2010

(1) Yves Picod, *Professeur*, Yvan Auguet, Nicolas Dorandeu, Marc Gomy, Sébastien Robinne, *Maîtres de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia*. Le lecteur pourra aussi se référer aux rubriques récentes des membres du Centre en ce domaine : *Obligations* (Rep. civ.), *Obligation de non-concurrence* (Rép. com.), *Concurrence* (Rép. trav.) et *Concurrence déloyale* (Rép. com.).