

2.3.2.4. En réalité, le seul élément significatif que l'on retrouve sur les photos de l'intérieur des deux magasins est la présentation des boules dans des cylindres.

La SPRL M. relève toutefois à juste titre que :

- cette idée n'est pas propre à la SARL C. & Co ; le fait de présenter des produits sphériques dans des cylindres transparents n'est pas original, ni le fait d'utiliser des élastiques pour empêcher que le contenu ne s'échappe par les orifices ;
- la SPRL M. présente également les boules dans d'autres contenants de formes différentes, ce qui ne paraît pas être le cas de la SARL C. & Co.

Dans ces conditions, le juge estime que la manière dont la SPRL M. a organisé son magasin n'est pas trompeuse aux yeux du consommateur moyen.

2.4. Conclusion

Il a été dit ci-dessus que le comportement de la SPRL M. ne pourrait être sanctionné comme usage contraire aux pratiques du marché que s'il constitue une pratique trompeuse à l'égard des consommateurs.

Le juge, après examen des éléments du dossier décrivant les sites web et les magasins des parties, estime que la SPRL M. ne se rend pas coupable de pratiques trompeuses, susceptibles de créer la confusion dans l'esprit du client.

La demande doit donc être rejetée.

Dispositif conforme aux motifs.

Siég. : **M. D. Mougenot**. Greffier : **Mme J. Fourdin**.

Plaid. : M^{es} **Rigo** (loco **P. Demolin**) et **Léo** (loco **J. Martens**).

J.L.M.B. 11/588

Observations

Compétence territoriale du juge de la cessation et effet réflexe de l'interdiction des pratiques déloyales à l'égard des consommateurs

Introduction

Les faits à l'origine du jugement rendu le 24 décembre 2010 par le président du tribunal de commerce de Mons peuvent se résumer comme suit. Une entreprise dont le siège social est établi en France – la SARL C. & Co – vend des guirlandes lumineuses composées de boules de couleur, qui peuvent servir de luminaires suspendus ou sur pied, dans un commerce traditionnel et à travers un site web. Elle reproche à la SPRL M., dont le siège social est établi à Knokke-Heist, d'avoir commis un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, interdit par l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁷ (ci-après « LPMC »). Outre que leurs sites web respectifs et l'aménagement de leurs magasins présenteraient de nombreuses similitudes, il est argué que le concept même qui sous-tend son activité économique aurait été copié par la SARL C. & Co, ce qui est de nature à créer la confusion dans le chef des clients et constitue un acte de concurrence parasitaire.

7. *M.B.*, 12 avril 2010. La loi est entrée en vigueur le 12 mai 2010.

Une action en cessation est dès lors introduite par la SARL C. & Co devant le président du tribunal de commerce de Mons, pour que celui-ci ordonne qu'il soit mis fin à cet acte (et qu'il soit procédé à la modification corrélatrice du site web et de l'agencement intérieur des magasins).

Pour trancher le litige, le juge analyse deux questions successives, qui formeront le canevas du présent commentaire.

La première a trait à sa compétence territoriale et mérite effectivement d'être posée dès lors que les parties sont établies respectivement en France et à Knokke-Heist. Plus précisément, il ne s'agissait pas d'établir la compétence des juridictions belges (le litige possédant un élément d'extranéité) mais uniquement de déterminer si, en vertu du code judiciaire, le président du tribunal de commerce de Mons pouvait trancher le litige. En l'espèce, les activités exercées à travers l'internet (et l'application des règles de connexité) ont permis au juge de se déclarer compétent (I).

La seconde question porte sur l'existence d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, en raison duquel une action en cessation a été diligentée. Sur ce point, la demande est déclarée non fondée. L'originalité – et l'intérêt scientifique et pratique – de la présente décision tient au fait que, pour apprécier si l'action en cessation est fondée conformément à l'article 95 de la LPMC, le président du tribunal de commerce veille à établir si l'acte constitue une pratique commerciale déloyale sur le fondement des articles 84 et suivants de la LPMC, de manière à préserver le caractère d'harmonisation complète de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁸ (II).

Compétence territoriale en cas d'activités exercées sur l'internet

Le président du tribunal de commerce de Mons fonde sa compétence territoriale sur l'article 624, 2°, du code judiciaire, aux termes duquel la demande peut être portée « devant le juge du lieu dans lequel les obligations en litige ou l'une d'elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées ».

L'interdiction des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché étant généralement considérée comme une application au commerce des articles 1382 et 1383 du code civil⁹, seule la compétence *ratione loci* en matière délictuelle sera examinée. La Cour de cassation a décidé qu'au sens de l'article 624, 2°, du code

8. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CÉE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, n° L 149 du 11 juin 2005.

9. En ce sens, J. STUYCK, " L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ", *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Editions du Jeune barreau, 1991, p. 145 et 156 ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 147 et suivantes ; F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, *Les pratiques du commerce* (volume 2), *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, tiré à part du *Gu.J.E.*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 93-94 ; I. FERRANT, *Les pratiques du commerce (depuis les modifications législatives de 2007)*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 51. Comparez Th. LÉONARD, " Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du code civil ", *R.D.C.*, 2010, p. 563 et suivantes., qui propose comme fondement alternatif de l'action en cessation commerciale l'exercice illicite des libertés économiques (*ibid.*, spéc. p. 581 et suivantes). La jurisprudence se fonde également sur les articles 1382-1383 du code civil : voy. Comm. Hasselt (prés.), 10 octobre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 637 ; Comm. Courtrai (prés.), 19 mai 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 923, note J. STUYCK ; Comm. Courtrai (prés.), 7 janvier 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 914, note J. STUYCK ; Comm. Nivelles (prés.), 28 septembre 2006, *Ann. Prat. Comm.*, 2006, p. 227 ; Gand, 6 juin 2005, *Ann. Prat. Comm.*, 2005, p. 546, note E. DE BATSELIER ; Comm. Charleroi (prés.), 19 mai 2004, *R.D.C.*, 2004, p. 719 ; Comm. Gand (prés.), 22 décembre 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 281 ; Comm. Gand (prés.), 30 juin 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 157 ; Anvers, 27 mars 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 410.

judiciaire, « le lieu où l'obligation résultant d'une faute extracontractuelle est née est aussi bien celui où la faute a été commise que celui du lieu où le dommage est subi »¹⁰.

Du reste, cette solution est identique à celle qui prévaut lorsque le litige possède un élément d'extranéité et que la juridiction compétente doit être identifiée (même si, rappelons-le, le juge ne devait pas trancher cette question dans la présente affaire). En matière délictuelle, l'article 5 (3) du règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire en matière civile et commerciale¹¹ désigne « *le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Suivant une jurisprudence bien connue de la Cour de justice, le demandeur a le choix de porter son action dans le pays où le fait générateur s'est produit ou dans celui où le dommage est survenu^{12 13}.

Pour les actes de concurrence déloyale commis à travers l'internet, comme dans l'espèce soumise au président du tribunal de commerce, cette compréhension de l'article 624, 2°, du code judiciaire (ou de l'article 5 (3) du règlement n° 44/2001) peut avoir pour effet de rendre territorialement compétents les juges de la cessation de très nombreux arrondissements judiciaires¹⁴ (voire les juridictions de très nombreux Etats)¹⁵.

Encore peut-on se demander s'il suffit que le site internet par lequel l'acte de concurrence déloyale est commis soit accessible dans l'arrondissement judiciaire (ou l'Etat) où l'affaire est portée ou si, outre cet élément, des critères de rattachement supplémentaires sont requis.

Le président du tribunal de commerce de Mons opte pour la seconde branche de l'alternative¹⁶. Cette position doit être approuvée : même si les deux critères de rattachement – le lieu du fait générateur et celui de la survenance du dommage –

10. Cass., 25 avril 2008, *Pas.*, 2008, 1014.

11. Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L 12 du 16 janvier 2001.

12. C.J.C.E., 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Mines de Potasse* ; C.J.C.E., 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Shevill*.

13. Ce double critère de rattachement figure également à l'article 96, 2°, du code de DIP (loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004).

14. Cette conséquence ne peut toutefois conduire à considérer, comme l'ont fait les défendeurs, que « lorsque les tribunaux potentiellement compétents sont trop nombreux, il faut s'en tenir au critère du domicile du défendeur, à peine de porter atteinte à la sécurité juridique. Le seul fait que le site web de la SPRL M. comporte des pages en français ne suffit donc pas à rendre compétentes les juridictions de Mons. Il y a donc lieu de renvoyer la cause à Bruges ».

15. Sur cette question, voy. M.-Cl. ERNOTTE, " L'action en cessation – Le point sur les aspects procédurux de l'action comme en référé en matière de pratiques du marché et les modifications introduites par les lois du 6 avril 2010 ", *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthémis, 2010, p. 174-175, n° 15 ; B. DE GROOTE, " Droit international privé : questions de juridiction ", *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)*, *R.D.T.I.*, 2009/35, p. 166-167, n° 276 ; A. TALLON (sur la base du texte initial d'A. DE CALUWÉ), *La procédure*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 104-105 ; TH. LÉONARD, " La compétence internationale du juge des cessations : une question de responsabilité civile ", note sous *Comm. Louvain* (prés.), 1^{er} mars 2007, *Ann. Prat. Comm.*, 2007, p. 786 et suivantes ; A. CRUQUENAIRE, " L'utilisation d'un signe sur l'internet constitue-t-elle un usage de la marque sur le territoire du Benelux ? ", obs. sous *Bruxelles*, 2 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 340-341 ; M. PETERGAS SENDER, " Concurrence déloyale liée à l'utilisation d'internet : quel est le juge compétent ? ", note sous *Comm. Nivelles* (prés.), 14 septembre 2001, *Ann. Prat. Comm.*, 2001, p. 764 et suivantes.

16. Il exige en effet « un lien supplémentaire entre [le] site web et un lieu déterminé, qui puisse servir de facteur de rattachement pour préciser la compétence territoriale ». En ce sens également, voy. *Comm. Nivelles* (prés.), 24 mars 2000, *Computerr.*, 2000, p. 207, note E. KINDT ; *Comm. Nivelles* (prés.), 14 septembre 2001, *Ann. prat. comm.*, 2001, p. 758, note M. PETERGAS SENDER ; *Comm. Bruxelles* (prés.), 5 novembre 2001, *Ann. Prat. Comm.*, 2001, p. 780 ; *Comm. Bruxelles* (prés.), 4 mars 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 154 ; *Comm. Namur* (prés.), 24 décembre 2007, *Ing. Cons.*, 2008, p. 823 (qui exige un rattachement concret lorsque l'on retient le critère du « lieu où l'acte incriminé produit ses effets négatifs »). Voy. toutefois *Comm. Hasselt* (prés.), 15 avril 2005, *Ing.-Cons.*, 2005, p. 167, qui se suffit du fait que le site internet puisse être consulté dans l'arrondissement judiciaire d'Hasselt).

semblent *a priori* désigner de nombreux fors potentiels, ils ne permettent pas, d'après nous, que l'on puisse se suffire de la simple accessibilité d'un site internet.

Le lieu de commission du fait générateur devrait être circonscrit assez précisément : on peut en effet le situer à l'endroit où la structure et le contenu du site internet, constitutifs d'un acte de concurrence déloyale, ont été conçus et mis en ligne¹⁷.

Quant au lieu de survenance du dommage, le fait qu'il puisse être localisé à divers endroits n'autorise pas une assimilation pure et simple à ceux auxquels le site web est accessible. On conçoit sans peine que, nonobstant l'accessibilité potentielle du site web depuis Buenos Aires, la probabilité qu'un client argentin se connecte au site de la SPRL M. plutôt qu'à celui de la SARL C. & Co, en raison d'une prétendue confusion créée dans son esprit, est pour le moins réduite¹⁸. Le dommage ne survient donc qu'à l'endroit où le site web est accessible et où l'acte de concurrence déloyale est susceptible de porter atteinte aux intérêts professionnels de l'entreprise. Pour les actes de parasitisme engendrant la confusion dans l'esprit des clients, comme en l'espèce, l'atteinte réside dans le fait qu'à la suite de la confusion, les clients ont acquis les biens sur le site de la SPRL M. au lieu de les acheter sur celui de la SARL C. & Co, dont ils auraient été détournés fautivement.

Constatant *in casu* que le site est accessible en français et que les biens peuvent être achetés depuis la Belgique et livrés sur tout le territoire national, le président du tribunal de commerce en conclut qu'il existe un « lien significatif avec notamment l'arrondissement judiciaire de Mons »¹⁹. Parmi les indices²⁰ permettant de rattacher un acte de concurrence déloyale à un arrondissement judiciaire donné, on peut effectivement retenir la langue utilisée sur le site internet : s'il avait uniquement été disponible en néerlandais, la compétence territoriale du tribunal de l'arrondissement judiciaire de Mons aurait sans doute été plus difficile à établir. On peut également se fonder sur le territoire dans lequel les biens peuvent être livrés ou les services prestés : pour prendre un autre exemple, le juge de la cessation de l'arrondissement judiciaire de Namur n'est pas compétent si un site internet permettant de commander

17. La localisation des serveurs sur lesquels les données sont hébergées ne devrait pas constituer un critère déterminant. Son caractère artificiel pourrait en effet donner lieu à des pratiques de *forum shopping*.

18. Comparez A. TALLON (sur la base du texte initial d'A. DE CALUWÉ), *op. cit.*, p. 105, qui, pour fonder la compétence territoriale du juge de la cessation, estime qu'« il convient de démontrer qu'il existe une grande probabilité que le site ou le message litigieux soit consulté par des vendeurs ou des consommateurs dans l'arrondissement concerné ».

19. Cette affaire concerne des pratiques déloyales commises sur un site internet et dans les magasins « traditionnels » exploités par la SPRL M., qui se situent en dehors de l'arrondissement judiciaire de Mons. Par connexité, le même juge est néanmoins compétent, dès lors que les actes relèvent d'une même activité commerciale.

20. En raisonnant par analogie, on pourrait se référer au critère de l'activité « dirigée vers » un Etat donné, qui figure à l'article 15 du règlement n° 44/2001. Suivant celui-ci, l'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché ne serait susceptible de porter atteinte aux intérêts professionnels d'une entreprise que si les activités de l'auteur de l'acte sont « dirigées vers » des clients potentiels. On note que le critère a été interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 7 décembre 2010 (aff. jointes C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Hotel Alpenhof GesmbH*). Voy. en particulier le point 93 de l'arrêt : « Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'Etat membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres Etats membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'Etat membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres Etats membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'Etat membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents Etats membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices ». On note encore que, dans cet arrêt, la Cour a jugé que « la simple accessibilité du site internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante » (point 94).

des pizzas en ligne ne les livre que dans un rayon de cinq kilomètres autour de l'hôtel de ville de Spa.

En définitive, le président du tribunal de commerce de Mons était compétent *ratione loci* et rien ne s'opposait à ce qu'il soit saisi, par une entreprise française, d'un acte de concurrence déloyale commis à travers le site internet d'une entreprise ayant son siège social à Knokke-Heist.

Effet réflexe de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sur la norme de loyauté entre entreprises

Dans cette affaire, l'entreprise française s'est plainte que les actes de la SPRL M. étaient susceptibles de créer la confusion et relevaient de la concurrence parasitaire. Logiquement, l'action en cessation est fondée sur l'article 95 de la LPMC²¹, qui interdit les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché. L'analyse de la jurisprudence rendue en matière de concurrence déloyale montre en effet que de tels comportements peuvent être interdits sur cette base²².

Le président du tribunal de commerce de Mons n'examine toutefois pas les conditions posées par l'article 95 de la LPMC. Soucieux de ne pas méconnaître le caractère d'harmonisation complète de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, il juge que « si la concurrence parasitaire s'extériorise par des actes qui affectent les relations entre entreprises et consommateurs, elle ne pourra [...] être sanctionnée que si elle se marque par des pratiques interdites par la directive et les articles 83 et suivants. LPMC qui la transposent ». En d'autres termes, la directive serait violée si, sur le fondement de l'article 95 de la LPMC, on interdisait une pratique parfaitement valable au regard des articles 84 et suivants de la LPMC et ne constituant pas, dès lors, une pratique commerciale déloyale à l'égard du consommateur.

Pour comprendre cette analyse, à laquelle nous souscrivons, il convient de rappeler le postulat qui la fonde, avant de présenter la démarche en deux temps à laquelle l'interprète doit se soumettre.

L'élément clé de l'analyse réside dans le caractère d'harmonisation complète de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, qui interdit aux Etats membres d'adopter des mesures plus restrictives que celles prévues par la directive, même si leur objectif est d'assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs²³.

Pour que cette exigence soit prise en compte, encore faut-il, et c'est la *première étape de l'analyse* (A), que la pratique litigieuse entre dans le champ d'application de la directive. Si tel est le cas, et c'est la *seconde phase du raisonnement* (B), elle ne peut être interdite que si elle est déloyale au sens des articles 5 et suivants de la directive²⁴ (ou des articles 84 et suivants de la LPMC²⁵).

21. Conformément à la disposition correspondante de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (M.B., 29 août 1991), l'article 94/3, ceux-ci étaient désignés par l'expression « actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale ».

22. Parmi d'autres, voy., avec les références citées, H. JACQUEMIN, " Les pratiques du marché déloyales entre entreprises ", *Actualités en matière de pratiques du marché et de protection du consommateur*, Liège, Anthémis, 2010, p. 133 et suivantes, n° 14 ; D. DESSARD (sur la base du texte initial d'A. DE CALUWE), *Les usages honnêtes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 45 et suivantes ; F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, *Les pratiques du commerce* (volume 2), *op. cit.*, p. 96 et s. et spéc. p. 104.

23. Voy. l'article 4 de la directive. Voy. aussi CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint*, point 30 ; CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-304/08, *Plus*, point 41 ; CJUE, 23 avril 2009, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB NV et Galatea BVBA*, point 52.

24. Voy. en particulier l'article 5 (2), (4) et (5) de la directive 2005/29/CE.

25. Voy. en particulier les articles 84 et 85 de la LPMC.

L'acte litigieux constitue-il une pratique commerciale à l'égard des consommateurs ?

La directive – et la LPMC, qui la transpose en droit belge – s'applique aux *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*²⁶. La notion couvre « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »²⁷. Cette formulation est particulièrement large et de très nombreuses pratiques peuvent être qualifiées de la sorte.

Sont cependant exclues, parmi d'autres, « les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels »²⁸.

Puisqu'en l'occurrence, la pratique litigieuse est susceptible de constituer un acte de concurrence déloyale entre entreprises, deux cas de figure peuvent se présenter : soit la pratique porte *uniquement* atteinte aux intérêts d'une autre entreprise, *sans* affecter les intérêts économiques des consommateurs, soit la pratique porte atteinte aux intérêts d'une autre entreprise, tout en affectant *également* les intérêts économiques des consommateurs. Seules les hypothèses ressortissant à la seconde branche de l'alternative constituent des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs, couvertes par la directive. A défaut, l'analyse peut s'interrompre et l'interdiction de la pratique doit uniquement s'apprécier à l'aune des critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence pour l'application de l'article 95 de la LPMC.

La difficulté réside dans la qualification donnée à la pratique : il convient en effet d'établir si celle-ci peut *uniquement* porter atteinte aux intérêts des entreprises ou si, *en outre*, elle peut également affecter les intérêts économiques des consommateurs (et constitue dès lors une « pratique commerciale » au sens de la directive et de la LPMC).

Dans diverses hypothèses, aucun problème de qualification ne devrait être rencontré.

Ainsi, seuls les intérêts professionnels des entreprises sont susceptibles d'être affectés – à l'exclusion des intérêts des consommateurs – lorsque la pratique litigieuse a trait à une vente réservée aux professionnels ou consiste à débaucher le personnel d'un concurrent²⁹.

La qualification est également aisée lorsqu'une entreprise utilise un signe ou un nom commercial identique ou très proche, sur le plan visuel, phonétique ou conceptuel, de la marque ou du nom commercial d'une autre entreprise. L'acte porte atteinte aux intérêts économiques des consommateurs qui, en raison de la confusion créée dans leur esprit, sont artificiellement détournés de l'entreprise qu'ils recherchaient (et acquièrent donc les produits d'une autre entreprise). Quant à l'entreprise dont le nom commercial ou la marque a été usurpé, ses intérêts professionnels sont clairement menacés puisque la confusion créée dans l'esprit des destinataires des produits – en particulier les consommateurs – peut les conduire vers l'entreprise concurrente. L'entreprise victime

26. Article 3 (1) de la directive. Voy. aussi l'article 83 de la LPMC.

27. Article 2 (d) de la directive. Voy. aussi l'article 2, 29°, de la LPMC.

28. Considérant n° 6 de la directive. A ce sujet, voy. CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-304/08, *Plus*, points 38-40 ; CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint*, points 17 et suivants (analyse de la conformité d'une interdiction qui, outre la protection des consommateurs, vise aussi le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents plus faibles).

29. Ces hypothèses ne constituent toutefois pas des « pratiques commerciales » et aucun problème d'articulation ne se pose.

de telles pratiques peut aussi se plaindre de l'atteinte portée au pouvoir distinctif ou à la renommée de la marque (ou du nom commercial), tout en soulignant que l'entreprise tierce pourra, de ce fait, tirer indûment parti de cette renommée.

Dans l'affaire soumise au président du tribunal de commerce de Mons, il est rappelé que « les actes de concurrence parasitaire [...] portent sur la copie du site web de la SARL C. & Co et de l'agencement de ses magasins ». Aussi est-il jugé, avec raison, que « les pratiques incriminées affectent [...] les relations entre les parties à la présente procédure et leurs clients ». Par identité de motifs avec l'analyse menée pour l'atteinte au nom commercial ou à la marque, le parasitisme, et la confusion qui peut en résulter, constituent des pratiques dont les effets ne se limitent pas aux relations entre les entreprises.

Au-delà de ces hypothèses peu (ou pas) controversées, on doit également dénombrer plusieurs cas d'espèce dans lesquels des discussions ne manqueront pas de survenir. Qu'en est-il en effet, lorsqu'une entreprise vend à perte³⁰, vend en solde en dehors des périodes autorisées³¹ ou annonce des réductions de prix pendant la période d'attente³² ?

Il paraît difficilement contestable que ces pratiques peuvent porter atteinte aux intérêts professionnels d'autres entreprises.

On peut toutefois se demander si, en outre, elles affectent également les intérêts économiques des consommateurs. La question est importante et dépasse l'analyse que nous menons dans le présent commentaire. Si ces actes ressortissent à la notion de pratique commerciale, le législateur belge ne pouvait en effet les interdire qu'à la condition qu'ils constituent une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE, *quod non*³³. D'aucuns pourraient toutefois arguer que les règles ont pour *unique* objectif de protéger les intérêts économiques des concurrents ; on peut en effet se demander dans quelle mesure l'intérêt économique des consommateurs est menacé lorsqu'une entreprise vend un bien à perte, solde les prix une semaine avant la date autorisée ou annonce un prix réduit pendant la période d'attente³⁴.

30. En méconnaissance des articles 101-102 de la LPMC.

31. En méconnaissance de l'article 27 de la LPMC.

32. En méconnaissance de l'article 32 de la LPMC.

33. Ces pratiques sont en effet interdites purement et simplement, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'elles constituent des pratiques commerciales déloyales. Le législateur était conscient de ces difficultés mais, à la faveur d'une justification assez sommaire, il a écarté d'un revers de la main la mise en garde du Conseil d'Etat relative à certaines d'entre elles (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 9.). Les divergences observées parmi les auteurs peuvent toutefois être portées à sa décharge, dans la mesure où elles ne sont pas de nature à clarifier la situation. Pointant diverses pratiques dont la conformité au droit européen pourrait être contestée, voy. L. COX et CH. GHEUR, " La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français ", *J.D.E.*, 2008, p. 201-202 ; M. DUPONT, " La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes ", *J.T.*, 2009, p. 423-424 ; L. DE BROUWER, " La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes ", *R.D.C.*, 2009, p. 785 ; E. TERRY, " Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie ", *R.W.*, 2009-10, p. 1247 et suivantes. Voy. toutefois H. DE BAUW, " De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkoopromoties onder de WHPC ", *D.C.C.R.*, 2006, p. 19 et suivantes ; F. LONGFILS, " Propos sur les instruments financiers dans l'offre conjointe et sur la directive CE 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales ", *Dr. Banc. Fin.*, 2008, p. 234 et suivantes. Dans des contributions rédigées avant l'arrêt de la CJUE, ces derniers auteurs estimaient en effet que les offres conjointes, ainsi que d'autres pratiques réglementées par la LPCC (les promotions de vente) n'étaient pas couvertes par la directive. Comparez D. GOL, " Pratiques du commerce et protection du consommateur : la nouvelle donne ", *J.T.*, 2007, p. 777 (qui estime qu'il y a lieu de « tempérer l'importance de cette controverse dans la mesure où les pratiques de commerce réglementées par le chapitre VI de la loi sont, dans l'état actuel des choses, essentiellement de nature à porter atteinte aux intérêts des concurrents plutôt que des consommateurs [...] »).

34. En ce sens, voy. Bruxelles, 12 mai 2009, 2008/RG/2403, cité dans les travaux préparatoires de la loi (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 9). Voy. toutefois M. DUPONT, *op. cit.*, p. 424 ; L. DE BROUWER, " La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes ", *op. cit.*, p. 785.

La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie de cette controverse sur question préjudicielle. Malheureusement, il semble que l'incertitude ne soit pas encore levée pour autant : dans l'ordonnance *Wamo* du 30 juin 2011, la Cour juge en effet qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si la disposition nationale en cause (qui prévoit une interdiction générale des annonces de réduction de prix et de celles suggérant une telle réduction au cours de la période précédant celle des ventes en solde) poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs³⁵. Affaire à suivre donc...

La pratique commerciale à l'égard des consommateurs est-elle interdite ?

Lorsque l'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché constitue également une pratique commerciale d'une entreprise à l'égard d'un consommateur, il ne peut être interdit que dans les conditions établies à l'article 5 de la directive (articles 83 et suivants de la LPMC). Plus précisément, il est indiqué de suivre un raisonnement en trois temps.

Dans un premier temps, il convient de vérifier si la pratique commerciale figure dans la liste des trente-et-une pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances³⁶. Dans l'affirmative, rien n'empêche de l'interdire également sur le fondement de l'article 95 de la LPMC.

Si la pratique commerciale ne figure pas dans ladite liste, il convient de vérifier si elle constitue une pratique commerciale trompeuse, par action ou par omission, ou une pratique commerciale agressive³⁷. Dans ces hypothèses, l'acte ne peut être interdit que si les conditions énoncées aux articles 6 à 9 de la directive³⁸ pour réputer la pratique commerciale trompeuse ou agressive, et donc déloyale, sont réunies (normes semi-générales).

En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et donc interdite, que si « a. elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b. elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs »³⁹ (norme générale).

En l'espèce, le président du tribunal de commerce de Mons s'est concentré sur la seconde étape de l'analyse, en cherchant à établir si les agissements reprochés à la SPRL M. pouvaient être jugés *trompeurs*. Aussi examine-t-il la similitude des sites web et celle de l'agencement des magasins à la lumière des critères posés à l'article 88 de la LPMC (erreur sur l'identité de l'entreprise). Il en conclut néanmoins qu'« après examen des éléments du dossier décrivant les sites web et les magasins des parties, [...] la SPRL M. ne se rend pas coupable de pratiques trompeuses, susceptibles de créer la confusion dans l'esprit du client ».

On peut regretter que le juge n'ait pas suivi plus fidèlement l'analyse en trois temps.

Certes, il aurait très certainement jugé que le comportement de la SPRL M. ne correspondait pas à l'une des trente-et-une pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances. On peut également gager que l'examen du comportement de la

35. C.J.U.E., 30 juin 2011, aff. C-288/10, *Wamo BVBA*. Voir aussi la question préjudicielle posée par Cass., 21 février 2011, C.09.0436.N.

36. Article 5 (5) de la directive, qui renvoie à l'annexe I ; articles 91 et 94 de la LPMC.

37. Article 5 (4) de la directive.

38. Articles 88-90 et 92-93 de la LPMC.

39. Article 5 (2) de la directive ; article 84 de la LPMC.

défenderesse à l'aune de la norme générale de loyauté posée à l'article 84 de la LPMC (troisième étape de la démarche) ne l'aurait pas conduit à une conclusion différente.

Cependant, cette dernière analyse l'aurait amené à établir si la pratique litigieuse était contraire aux exigences de la « diligence professionnelle ». Or, celle-ci doit se comprendre comme « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont l'entreprise est raisonnablement censée faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis du consommateur, conformément aux *usages honnêtes en matière commerciale* »⁴⁰. Autrement dit, le caractère déloyal de la pratique commerciale devra notamment⁴¹ s'apprécier, au dernier stade de l'analyse, par référence au même critère que celui qui prévaut pour l'application de l'article 95 de la LPMC⁴². Aussi nous semble-t-il excessif que, dans son jugement, le président du tribunal de commerce ait également considéré que « la demande de la SARL C. & Co ne peut [...] s'appuyer que sur un seul fondement : le caractère trompeur des actes de la SPRL M., induisant la confusion chez les consommateurs. La concurrence parasitaire ne pourrait plus constituer un second fondement autonome. Les références doctrinales et jurisprudentielles citées à cet égard par la SARL C. & Co sont dépassées par le développement du droit européen ». *A priori*, ces références pouvaient rester pertinentes, et le parasitisme utilement invoqué, moyennant le détour par le critère de la diligence professionnelle posé à l'article 84 de la LPMC.

À l'aune de ce qui précède, on peut se demander dans quels cas un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché – répondant à la définition de la pratique commerciale – ne pourrait pas, en outre, constituer une pratique commerciale *déloyale*.

A priori, l'hypothèse devrait se rencontrer très rarement dès lors que, suivant la norme générale, à examiner à la dernière étape du raisonnement, la diligence professionnelle doit s'apprécier conformément aux usages honnêtes en matière commerciale.

Il faudra toutefois démontrer, en sus, l'altération substantielle du comportement économique du consommateur moyen⁴³. En admettant que la réponse soit négative, parce que la pratique ne compromet pas sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et ne l'amène pas, par conséquent, à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, peut-on encore soutenir que l'acte constitue une pratique commerciale ? Ne pourrait-on en effet penser qu'il échappe à la qualification de « pratique commerciale » dès lors qu'il porte atteinte uniquement aux intérêts économiques des concurrents ?

Rappelons encore que ce détour forcé par les articles 84 et suivants de la LPMC ne dispense pas de vérifier si les conditions de l'article 95 de la LPMC sont réunies, pour postuler la cessation de l'acte sur cette base.

Le respect de la première condition pourra être démontré sans peine. Dès lors que la violation d'une disposition légale ou réglementaire imposant un comportement obligatoire à une entreprise ou lui interdisant de réaliser certains actes constitue un acte

40. Article 2, 32°, de la LPMC. Nous soulignons.

41. Voy. également la seconde condition requise par l'article 84 de la LPMC.

42. Pour une présentation des conditions posées par l'article 95 de la LPMC (ou de celles, identiques sur le fond, qui étaient en vigueur sous l'empire de la LPCC ou de la loi de 1971), voy. notamment P. DE VROEDE, " La notion ' usages honnêtes en matière commerciale ' ", note sous Bruxelles, 27 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, p. 65 et suivantes ; J. STUYCK, " L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ", *op. cit.*, p. 148 et suivantes ; F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, *Les pratiques du commerce, op. cit.*, p. 91 et suivantes ; I. FERRANT, *op. cit.*, p. 49 et suivantes ; D. DESSARD (sur la base du texte initial d'A. DE CALUWÉ), *op. cit.*, p. 17 et suivantes ; H. JACQUEMIN, " Les pratiques du marché déloyales entre entreprises ", *op. cit.*, p. 118 et suivantes, n° 7.

43. Article 84, alinéa premier, b, de la LPMC.

contraire aux pratiques honnêtes du marché⁴⁴, l'entreprise qui commet une pratique commerciale déloyale au sens des articles 83 et suivants de la LPMC pose, *ipso facto*, un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché.

Pour que l'acte soit interdit sur le fondement de l'article 95 de la LPMC, la seconde condition prescrite par cette disposition doit aussi être satisfaite. Il est donc requis que, par cet acte, l'entreprise porte atteinte ou puisse porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises. Cette condition doit s'apprécier dans chaque cas d'espèce mais, dans la mesure où la plupart des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sont également de nature à affecter les intérêts des autres entreprises, on peut gager que la condition sera généralement remplie.

Conclusion

Le jugement rendu le 24 décembre 2010 par le président du tribunal de commerce de Mons méritait que l'on s'y attarde, pour deux raisons principales.

Il confirme d'abord qu'appliqué aux actes de concurrence déloyales commis sur l'internet, l'article 624, 2^o, du code judiciaire ne peut se suffire de la simple accessibilité du site internet dans l'arrondissement judiciaire dans lequel la demande est portée. Pour fonder la compétence territoriale du juge de la cessation, il convient en effet de démontrer un élément de rattachement supplémentaire. Parmi d'autres, la langue utilisée ou le lieu de livraison des biens (ou de prestation des services) peuvent constituer des indices de nature à lier le litige à un arrondissement judiciaire.

On retient également l'analyse originale qu'il propose en consacrant un effet réflexe du droit des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sur la norme de loyauté entre entreprises⁴⁵. Ce détour forcé par l'application des articles 84 et suivants de la LPMC est une conséquence du caractère d'harmonisation complète de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. S'il est regrettable, en ce qu'il complique la mise en œuvre de l'article 95 de la LPMC et tend à réduire la flexibilité dont bénéficiaient les juges en appliquant cette disposition, il nous paraît fondé en droit. Reste à voir, cependant, l'accueil que lui réserveront les autres juridictions ...

HERVÉ JACQUEMIN

Chargé d'enseignement aux FUNDP (CRIDS)

Chargé de cours invité à l'UCL

Avocat au barreau de Bruxelles

44. En jurisprudence, voy. Gand, 29 mars 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 144, note G.L. BALLON ; Comm. Turnhout (prés.), 7 novembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 289 ; Comm. Bruxelles, 15 octobre 2008 (prés.), *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 272 ; Comm. Hasselt (prés.), 10 octobre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 637 ; Comm. Hasselt (prés.), 11 avril 2008, *T. Not.*, 2008, p. 503, note D. LINDEMANS ; Bruxelles, 10 janvier 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 448 ; Cass., 2 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1081. En doctrine, voy. not. P. DE VROEDE, « La notion 'usages honnêtes en matière commerciale' », *op. cit.*, p. 74 ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, *op. cit.*, p. 140 ; D. DESSARD (sur la base du texte initial d'A. DE CALUWE), *op. cit.*, p. 21 et s. ; I. FERRANT, *op. cit.*, pp. 54 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché déloyales entre entreprises », *op. cit.*, p. 118, n^o 7. Cette position a toutefois connu d'éminents opposants : J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 200 ; E. KRINGS, note sous Cass., 27 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 994 ; L. CORNELIS, *Beginnselen van het Belgische buitcontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Maklu, 1989, p. 75.

45. A l'image de l'effet réflexe du droit de la concurrence sur la norme de loyauté, consacré par la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 janvier 2000 (*R.C.J.B.*, 2001, p. 249, note J. STUYCK). Voy. aussi Liège, 5 février 2009, *R.C.B.*, 2009, p. 56, avec la note de D. GÉRARD (cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation mais il a été rejeté : Cass., 13 décembre 2010, C.09.0264.F et C.09.0428.F).