

Concurrence déloyale et site web.

La liberté de la concurrence est un principe nécessaire et évident des rapports commerciaux. Toutefois, la liberté de concurrence n'autorise pas les entreprises à user de procédés contraires aux usages loyaux du commerce pour nuire à un concurrent afin de détourner sa clientèle.

Malgré cela, il n'est pas rare que les tribunaux sanctionnent des comportements qui sont déloyaux et par conséquent préjudiciables aux commerçants.

De surcroît, et conformément à l'article 1383 du code civil, un acte de concurrence déloyale ouvre droit à réparation même si ce fait dommageable n'est pas intentionnel. Reste à l'auteur du préjudice la possibilité de rapporter la preuve que ses actes n'ont pas généré de dommages.

Les comportements déloyaux caractérisant la faute peuvent varier : il peut s'agir d'actes de dénigrement, d'imitation des signes d'une entreprise concurrente, de recherche de désorganisation d'une entreprise ou de parasitisme commercial. Tous ces actes sont de nature à porter atteinte à la réputation d'une entreprise.

Le **dénigrement** est défini par la jurisprudence comme une affirmation malicieuse dirigée contre un concurrent dans le but de détourner sa clientèle notamment en discréditant les produits, le travail ou la personne de celui-ci.

Exemple considéré en jurisprudence comme constitutif d'un dénigrement : " le fait d'affirmer qu'un concurrent connaît de grosses difficultés financières à la suite d'un contrôle fiscal " (Paris, 16 novembre 1983).

Le dénigrement peut également viser les prix ou les services de l'entreprise concurrente ou les méthodes employées.

Pour parvenir à leurs fins, plusieurs méthodes sont susceptibles d'être mises en œuvre.

Il peut s'agir d'un tract, d'un prospectus ou d'une plaquette publicitaire. Le dénigrement peut aussi être réalisé par l'envoi de lettres missives adressées à plusieurs clients de sociétés concurrentes (Paris, 16 novembre 1983, précité) ou par voie de courrier dématérialisé tel que par le biais d'Internet (l'information circulant plus rapidement et couvrant une masse plus importante de destinataires, le préjudice est souvent également plus conséquent).

En revanche, la diffusion d'informations par voies de circulaires ou de notes de service qui ne sont pas destinées au public ne saurait constituer un dénigrement dès lors qu'elles se bornent à documenter objectivement les produits concurrents et leurs prix (Paris, 10 décembre 1963).

Le dénigrement ouvre droit à réparation lorsque l'entreprise visée est désignée, expressément ou implicitement, ou identifiable par sa clientèle.

La désorganisation de l'entreprise concurrente

La divulgation des secrets de fabrique est constitutive d'un acte de concurrence déloyale et peut même, aux termes de l'article L 152-7 du code du travail, être constitutive d'un délit pénal.

Le secret de fabrique est défini en jurisprudence comme tout procédé de fabrication, offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents (Cass. Crim. 12 juin 1974).

La désorganisation peut également concerner le personnel de l'entreprise, comme par exemple le fait pour un employeur de débaucher un salarié d'une entreprise concurrente sachant que ce salarié est encore sous contrat avec son employeur.

Enfin, la désorganisation peut viser l'entreprise elle-même dans ses structures ou ses méthodes de travail. La jurisprudence en offre de multiples exemples. Citons de façon non exhaustive la dégradation par un concurrent de panneaux publicitaires lumineux (Lyon, 1er décembre 1965), ou encore le piratage du site Internet de l'entreprise visée.

Citons encore le détournement de listes de clients ou de fournisseurs d'un concurrent obtenues avec le concours d'un ancien salarié de ce dernier, ou de façon plus récente, le couponnage électronique permettant la sollicitation systématique de la clientèle de concurrents assimilé à un détournement de clientèle.

Le parasitisme

Il s'agit de l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire.

L'agissement parasitaire est en effet le fait, par un agent économique, de vivre aux crochets d'un autre, de tirer profit de l'activité d'autrui sans bourse délier, et permet de condamner quiconque usurpe une valeur économique d'autrui, même non concurrent.

Les avantages tirés du parasitisme sont multiples : réduction notable des investissements matériels et intellectuels, gain de temps, prise de risque limitée.

Copie servile de site Internet, concurrence déloyale et parasitisme

Dans une ordonnance de référé rendue le 23 février 2001, le Tribunal de Grande Instance de Marseille a jugé que la reproduction servile de pages d'un site Internet concurrent constituait un acte de concurrence déloyale et de parasitisme.

En l'espèce, une société titulaire d'un site Internet " huissier.com " a fait constater qu'une société concurrente exploitait un site Internet sous la même dénomination et pour les mêmes activités " en reproduisant, à la coquille près, certaines de ses pages mises en ligne ".

Sur le fond, cette décision n'est guère nouvelle. Il est, en effet, constant que la reproduction non autorisée de la création d'autrui est constitutive de concurrence déloyale, alors même que tout commerçant doit faire en sorte d'individualiser son produit ou son service par rapport à ceux de ses concurrents.

La chose a déjà été jugée à propos de la reproduction de catalogues, de couvertures de magazines, d'émissions télévisées voire, plus récemment, pour la reproduction massive par téléchargement d'annonces d'offres d'emplois affichées par un site concurrent.

Aucune nécessité technique, fonctionnelle ou de standardisation n'imposait au défendeur de reproduire certaines des pages Internet de son concurrent. Dans ces conditions, il ne pouvait qu'être condamné du chef de la concurrence déloyale. Il n'a pas cherché à se démarquer du produit concurrent mais s'est, tout au contraire, placé dans une situation de " pillage " en allant jusqu'à reproduire les coquilles des pages reproduites.

Par ailleurs, le Tribunal relève que ces actes sont également constitutifs de parasitisme.

Le parasitisme s'entend des hypothèses dans lesquelles un agent économique exploite, sans y être autorisé, le signe distinctif ou la création d'autrui, protégée ou non par un droit privatif. Selon la formule généralement admise, il consiste pour un tiers " à vivre en parasite dans le sillage d'un autre, en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits ".

En l'espèce le défendeur a manifestement économisé les efforts et frais de recherche ainsi que de mise en page supportés par le demandeur qui, le premier, a mis son site en service profitant ainsi indûment et sans bourse délier des investissements réalisés.

La décision rendue dans cette affaire confirme une jurisprudence abondante rappelant que les agents économiques doivent distinguer leurs produits ou services de ceux de leurs concurrents et s'abstenir de toute reproduction non autorisée de la création d'autrui.

Un autre cas d'espèce opposant concurrence déloyale et site Web concerne les stations de radio. Celles-ci développent des sites Internet dont le contenu sert à compléter et illustrer les émissions radiophoniques : on y trouve les morceaux diffusés à l'antenne, les jeux concours, les manifestations organisées ou parrainées par la station... Ces sites attirent une audience considérable en raison de la synergie entre ces deux media. Le litige tranché par la Cour d'appel de Paris du 19 septembre 2001 opposait des stations musicales appartenant à deux grands groupes français.

En l'espèce, Europe 2 avait entrepris de porter atteinte à l'image de son concurrent NRJ en pointant un lien hypertexte vers un site suédois animé par un tiers. Ce site étranger dénigrait la qualité de la programmation musicale de NRJ et illustrait son propos par la reproduction de la marque figurative NRJ « insérée dans un panneau d'interdiction de stationner ». Le demandeur, redoutant sans doute les difficultés pratiques d'une action menée contre un défendeur étranger, a choisi de rechercher la responsabilité de son concurrent français.

Or le défendeur français n'avait lui-même diffusé aucun texte attentatoire à l'image de son concurrent. Il avait « seulement » dirigé les internautes constituant son audience habituelle vers un autre site par un lien hypertexte. Ce lien figurait, pour que la critique soit implicite, dans une rubrique dite « Anti-NRJ ». Ce faisant, le concurrent avait donc reproduit sur son propre site la marque de la station attaquée.

La Cour d'appel, dans ses motifs, énonce « que si le lien hypertexte constitue un simple mécanisme permettant à l'utilisateur en cliquant sur un mot ou un bouton de passer d'un site à l'autre, et si la création au sein d'un site d'un tel lien permettant l'accès direct à d'autres sites n'est pas en soi, de nature à engager la responsabilité de l'exploitant du site à raison du contenu du site auquel il renvoie, lequel dispose d'une totale autonomie ». Elle rappelle ainsi que le lien hypertexte constitue en soi un mécanisme neutre qui n'engage pas systématiquement la responsabilité de son auteur.

Dans le cas d'espèce, cependant, l'éditeur du site d'origine ne pouvait ignorer la teneur du site de destination auquel il renvoyait : la Cour relève à cet égard le classement du lien dans la rubrique « anti NRJ », qui constituait un indice objectif de l'intention malicieuse. Sur ce seul fondement, la Cour d'appel aurait pu condamner Europe 2 pour dénigrement. Il lui suffisait, s'agissant d'un acte de concurrence déloyale, de vérifier les conditions de la responsabilité civile. Elle aurait notamment pu se saisir de l'occasion pour préciser les circonstances dans lesquelles l'insertion d'un lien hypertexte constitue un comportement fautif (notamment, préciser les critères de la connaissance du contenu du site visé). La Cour n'a pourtant pas choisi de s'en tenir à ce raisonnement de pur droit civil.

La Cour de Paris s'est au contraire placée sur le terrain de la contrefaçon de la marque NRJ.

Il est permis de voir dans cet arrêt une étape du mouvement jurisprudentiel de protection de la marque face aux « dangers de l'internet ». À l'origine, les condamnations pour contrefaçon de marque concernaient seulement des opérateurs du marché électronique qui utilisaient une marque pour vendre leur propre version du produit d'origine à un prix attractif.

Plus récemment, à l'occasion de l'affaire Danone, le Tribunal de grande instance de Paris avait refusé, dans un jugement du 14 mai 2001, de considérer que l'utilisation de la marque Danone dans une adresse Internet comme une contrefaçon de marque (voir J. Huet, « Affaire Danone : une interprétation restrictive des droits sur la marque, favorable à la liberté d'expression », rubrique signes distinctifs). Alors que l'adresse n'était pas constitutive de contrefaçon, un lien hypertexte « Anti-NRJ » est désormais qualifié de contrefaçon. Or il n'existe pas de différence de nature ou de fonction entre un hyperlien et une adresse : tous deux renvoient vers une page Web. Cet arrêt marque donc une étape dans la protection des titulaires de marque sur le marché électronique.

En résumé, le titulaire d'une marque est désormais protégé :

- contre les « cybersquatteurs » qui voudraient enregistrer de mauvaise foi un nom de domaine reproduisant une marque sur laquelle ils n'ont aucun droit (procédures administratives de l'URDP menées devant les institutions agréées par l'ICANN)
- contre les activistes qui détourneraient les logos et les marques sur leur site Web (TGI Paris, 14 mai 2001, Danone c. « Le Réseau Voltaire »)
- contre les concurrents malicieux qui dirigent des liens hypertextes reproduisant la marque vers un tiers qui tient des propos dévalorisants (Paris, 19 septembre 2001)

En effet, la propriété intellectuelle, représentant l'ensemble des nouvelles idées, des expressions originales, des noms distinctifs et des aspects extérieurs qui rendent les produits uniques et précieux, est fortement importante dans le cadre du commerce électronique, et ce à plusieurs titres. Plus que tout autre système commercial, le commerce électronique consiste fréquemment à vendre des produits et des services qui sont protégés par la propriété intellectuelle et par les licences qui en résultent. Morceaux de musique, images, photographies, logiciels, dessins ou modèles, modules de formation, systèmes, entre autres choses, se négocient tous au moyen du commerce électronique, et la propriété intellectuelle constitue toujours l'élément essentiel de leur valeur. La propriété intellectuelle joue un rôle important, car les biens de valeur qui font l'objet de transactions sur l'Internet doivent être protégés par l'intermédiaire de systèmes techniques de sécurité et des législations en la matière. Dans le cas contraire, des tiers risqueraient de se les approprier illégalement, ce qui pourrait condamner des entreprises entières à disparaître.

D'autant que **c'est la propriété intellectuelle qui fait fonctionner le commerce électronique** les systèmes grâce auxquels l'Internet existe - logiciels, réseaux, dessins et modèles, microprocesseurs, routeurs et commutateurs, interfaces d'utilisateurs, etc. - relèvent de la propriété intellectuelle et sont souvent protégés par les droits y afférents. Les marques de produit et de service forment une partie essentielle du commerce électronique, étant donné que la gestion des marques, la reconnaissance des marques par les clients et la renommée, éléments indispensables du commerce sur le Web, sont protégés par le droit des marques et la législation contre la concurrence déloyale.

Les sociétés de commerce électronique et celles dont les activités sont liées à l'Internet se fondent sur la concession sous licence de produits ou de brevets, car la création d'un produit fait intervenir une si grande diversité de technologies que les sociétés externalisent souvent la production de certains des composants de leurs produits ou se partagent des techniques dans le cadre d'accords de licence. Si toutes les entreprises devaient concevoir et fabriquer un à un tous les composants techniques de chaque produit, la mise au point de produits intégrant des techniques de pointe serait impossible. L'économie du commerce électronique dépend de sociétés qui travaillent ensemble pour se partager, au moyen des licences, les débouchés et les risques spécifiques à leurs activités sur l'Internet. Pour la plupart, ces sociétés sont des PME.

Enfin, en règle générale, la valeur des sociétés de commerce électronique réside pour une bonne part dans la propriété intellectuelle; c'est pourquoi l'évaluation de votre société de commerce électronique variera en fonction de la solidité de vos avoirs de propriété intellectuelle. Lesquels nécessitent l'intervention d'un avocat spécialisé en Droit de l'Internet et propriété intellectuelle.

L'imitation

Un des procédés couramment utilisés et sanctionnés par les tribunaux consiste pour un commerçant à utiliser les méthodes d'un concurrent en vue de créer une confusion susceptible d'attirer la clientèle de ce dernier au profit de l'imitateur.

Les moyens utilisés pour créer une confusion sont nombreux ainsi qu'en témoigne une jurisprudence abondante : utilisation de son propre nom patronymique pour commercialiser un produit identique fabriqué par un concurrent dans le but de provoquer une confusion et de bénéficier de la notoriété acquise par le premier fabricant ; imitation de publicité, répréhensible lorsqu'elle est de nature à créer dans l'esprit des clients une confusion avec des établissements ou des produits concurrents (les " 25 jours super But " et les " 25 jours Auchan).

Dans ce domaine, la responsabilité de l'annonceur ou de l'agence de publicité peut être retenue conjointement pour n'avoir pas vérifié la licéité de l'annonce diffusée.

On trouve souvent le cas de l'imitation de signes distinctifs ou de noms de domaines s'agissant des sites web afin notamment d'utiliser la notoriété de telle ou telle société.

L'action en concurrence déloyale

Le fondement de l'action en concurrence déloyale repose sur les principes de la responsabilité délictuelle de droit commun ce qui suppose, pour pouvoir aboutir, l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux.

L'action peut être exercée par le professionnel victime des agissements déloyaux, mais il arrive aussi que des pratiques nuisent à un ensemble de commerçants ou d'industriels voire à l'ensemble d'une profession.

Dans ce cas, les syndicats professionnels peuvent réclamer en justice la réparation du préjudice matériel ou moral que leurs adhérents ont subi collectivement.

L'action en concurrence déloyale a pour but de demander aux tribunaux d'accorder à la victime des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi. Leur montant est apprécié par les juges du fond.

Il est cependant possible de demander au juge d'ordonner la cessation des actes de concurrence déloyale au besoin par le prononcé d'une astreinte.

Le demandeur à l'action peut également obtenir la publication du jugement de condamnation, dans un ou plusieurs journaux, aux frais du défendeur.

Si l'urgence le justifie, il est possible de saisir le juge des référés lorsqu'il s'agit de manoeuvres " manifestation

illicites " ou qui exposent le demandeur à un dommage imminent (article 809 du nouveau code de procédure civile).

Quel est le délai pour agir en concurrence déloyale ?

L'action en concurrence déloyale doit être exercée dans un délai de 10 ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.

Devant quel tribunal peut-on intenter une action en concurrence déloyale ?

L'action en concurrence déloyale obéit aux règles de droit commun : le Tribunal de commerce est compétent lorsqu'elle est dirigée contre un commerçant, s'il s'agit d'un non-commerçant, compétence du TGI ou encore du Conseil des prud'hommes s'il s'agit d'un cas de manquement par un salarié aux obligations résultant de son contrat de travail.

Ces actions en concurrence déloyale ne sont donc pas nécessairement des procédures entre commerçants. Elles sont même possibles entre des membres de professions civiles telles que, par exemple, les professions libérales.

L'action en concurrence déloyale étant une action en responsabilité délictuelle, le demandeur peut saisir à son choix, selon les règles du droit commun, la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu du fait dommageable, ou encore celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi (article 46 du nouveau code de procédure civile).

MAITRE GERARD PICOVSCHI

Cabinet PICOVSCHI

90 avenue Niel

75017 PARIS

Tel : [00-33] (0)1 56 79 11 00

picovschi.gerard@wanadoo.fr

<http://www.picovschi.com>