UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITE NANCY 2 - NANCY UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION
ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES, ECONOMIQUES ET DE GESTION

La concurrence déloyale en droit international privé communautaire

Thèse en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit privé

(Doctorat nouveau régime)

présentée et soutenue publiquement

le 17 décembre 2009

par Elisabeth COUREAULT

Membres du jury :

M. Jean-Bernard BLAISE, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) (Rapporteur)

M. Olivier CACHARD, Professeur à l'Université Nancy 2, Doyen de la Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion (Directeur de recherches)

Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à Sciences Po

M. Louis PERREAU-SAUSSINE, Professeur à l'Université Nancy 2

Mme Valérie PIRONON, Professeur à l'Université Paris Sud (Paris 11) (Rapporteur)

CORPS ENSEIGNANT

La faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Qu'il nous soit permis d'adresser nos remerciements aux personnes qui nous ont aidé dans la réalisation de ce travail:

à M. le Doyen Olivier Cachard pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant de diriger ce travail, pour ses conseils ainsi que pour ses encouragements,

à ma mère et à mes sœurs pour leur soutien constant et leur patience, ainsi qu'à Marie, Lou, Julien et Simon pour leurs éclats de rire et leur joie de vivre,

à Nathalie, Diana, Marie, Hélène, Guillaume et Augustin pour leur soutien et pour tous les bons moments passés à leurs côtés,

à Mme Francine Mansuy, Mme Caroline Houin-Bressand, M. le Prof. Thierry Lambert et M. le Prof. Jean-Claude Ray pour leurs encouragements,

aux membres du BETA pour leur accueil, et particulièrement à Lydie, Eve, François-Xavier et Jimmy,

à Maître Danielle Kolbach et Maître Judith Raijmakers pour leurs encouragements,

et enfin à Mme Jeanine Jacob pour son soutien.

Qu'ils trouvent ici l'expression de notre reconnaissance.

SOMMAIRE

LA CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMMUNAUTAIRE

PARTIE I – La cohérence des règles

Titre 1 – L'élaboration des règles

Chapitre 1 – La diversité des règles de droit matériel

Chapitre 2 - L'uniformisation de la règle de conflit de lois

Titre 2 – La mise en œuvre de la règle de conflit de lois

Chapitre 1 - L'unité factice de la règle de conflit de lois

Chapitre 2 - Le rôle des parties et du juge

PARTIE II – L'équilibre entre les intérêts en présence

Titre 1 – Le choix de la compétence

Chapitre 1 – Le choix individuel

Chapitre 2 – Le choix mutuel

Titre 2 – La loi appropriée

Chapitre 1 – L'équilibre établi

Chapitre 2 – L'équilibre rétabli

INTRODUCTION GENERALE

§1 – La concurrence déloyale : illicéité ou manquement à un devoir moral ?

1. - Voici un professionnel qui détourne la clientèle de l'un de ses concurrents en dénigrant ses produits; un autre qui se place dans le sillage d'une marque renommée pour proposer à la vente des produits commercialisés sous le même nom commercial, mais sur un marché différent; ou encore un commerçant qui trompe la confiance de ses consommateurs dans ses publicités. L'étendue des manœuvres permettant aux opérateurs de conquérir la clientèle d'autrui est extrêmement vaste, et les comportements déloyaux évoluent aussi rapidement que les moyens de communication. L'appréhension du phénomène de la concurrence selon un raisonnement économique faisait au départ abstraction de toute considération morale[1]. La régulation des manœuvres commises par un opérateur en vue de détourner les clients de ses concurrents sur les marchés pourrait alors se concentrer sur le comportement rationnel des agents. Dans un monde idéal, chaque intervenant sur le marché pourrait ainsi capter la clientèle d'autrui ou profiter de ses investissements grâce aux moyens les plus divers, à condition que la poursuite de son propre intérêt permette de garantir la satisfaction de l'intérêt collectif[2]. Mais si la conception économique classique entend faire confiance aux mécanismes de marché pour assurer l'ajustement de l'ensemble des comportements individuels, cette vision manque de réalisme dès lors que l'on considère les pratiques précitées. L'encadrement des comportements déloyaux nécessite l'intervention de

---

[1] Sur l'évolution de la régulation du marché, notamment, M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction de la catégorie de marché*, Préf. de A. LYON-CAEN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, spéc. p. 5 et suiv ; L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », *Arch. phil. Droit*, t.40, 1996, pp. 265-285.
[2] A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

l'autorité publique afin de garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché[3], ainsi que la loyauté des relations entretenues entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs. Les fondements des interventions législatives ou jurisprudentielles successives résident alors dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie[4], comprenant le principe de la liberté de la concurrence[5], ou dans la recherche de la protection du consommateur considéré comme une partie faible dans le rapport de droit[6].

2. – La définition de la concurrence déloyale - L'appréhension des comportements déloyaux par le droit a en effet été progressive depuis la reconnaissance dans la Convention d'Union de Paris sur la protection de la propriété industrielle[7] (ci-après la *Convention d'Union de Paris*) de la concurrence déloyale comme une institution juridique à part entière. Cette dernière a été définie dans l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* comme « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ». La définition correspond à ce que le Doyen Cornu a qualifié de « *définition réelle du concept*[8] »: le concept est défini de manière générale et abstraite, en énonçant les éléments qui le composent - un comportement (l'acte) et un standard de comportement (le respect des usages honnêtes en matière industrielle et commerciale). Le standard de la loyauté de la concurrence présente une dimension morale certaine[9], dans la mesure où il implique un jugement éthique sur le comportement des auteurs[10]. Norme souple ou directive de conduite[11], il se distingue en effet de la règle précise et fixe, de la « *norme immédiatement*

---

[3] E. PUTMAN, « Droit de la concurrence et ordre concurrentiel », dans *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2003, pp.515-522, spéc. p. 518 et suiv.
[4] Elle a été proclamée en France par le Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.
[5] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2006, spéc. p. 2.
[6] Sur cette question, *infra*, §21 et suiv.
[7] Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockolm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.
[8] G. CORNU, « Les définitions dans la loi et les textes règlementaires », Cahiers de Méthodologie juridique n°2, *RRJ* 1987-4, pp. 2713-2720.
[9] E. PATTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », *Cahiers de Méthodologie juridique n°3, R.R..J.* 1988-4, pp.813-823, spéc. p.816.
[10] B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, pp.319-333, spéc.p.325.
[11] Sur les débats relatifs au caractère juridique du standard, voir S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp.39-53.

opérationnelle[12] », et constitue «*un instrument de mesure des comportements et des situations mis en œuvre au sein d'une règle émanant du législateur ou du juge*[13] ». Son appréciation par le juge a permis de fournir un cadre juridique visant à moraliser les relations professionnelles et commerciales et à restreindre le phénomène de la concurrence déloyale par l'instauration d'une déontologie dans les relations entre professionnels[14]. Il est ainsi admis qu'une conduite jugée déloyale car elle n'est pas conforme aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ne constitue pas un simple manquement à un devoir moral[15], mais est illicite. Le droit et la morale entretiennent ainsi des rapports de complémentarité[16] plutôt que d'exclusivité dans le domaine de la recherche de la loyauté de la concurrence[17].

3. - La définition unitaire délicate du concept de concurrence déloyale - Cette étude se limite aux manifestations de concurrence déloyale survenant dans les relations privées internationales[18], à l'exclusion des comportements déloyaux commis dans les relations entre Etats. Il en va ainsi par exemple du dumping ou de la corruption[19], qui sont régis au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce[20]. Appréhender la question de la concurrence déloyale dans les relations transfrontières pourrait ensuite conduire à rechercher une définition unitaire de la notion. Une approche conceptuelle permettrait en effet de dégager un fond commun aux différents Etats, qui garantirait aux opérateurs la possibilité de pouvoir anticiper le caractère loyal ou déloyal de leur comportement lorsqu'ils exercent leurs activités en dehors des frontières de l'Etat dans lequel ils sont établis. Mais si l'insertion de l'expression « *concurrence déloyale* » dans l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* lui confère en théorie le statut de notion

---

[12] P. JESTAZ, « Rapport de synthèse. Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Cahiers de Méthodologie juridique n°3, R.R.J.* 1988-4, pp.2674-2681.
[13] S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », op. cit., spéc. p.44.
[14] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle de marché », *Arch. phil. Droit*, t.40, 1995, pp.286-313, spéc. p. 299.
[15] Sur les considérations morales sous-jacentes aux règles de conduite, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, n°13-18 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2003, p.50, §39.
[16] B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », op. cit., spéc.p.332.
[17] D. GUTMANN, « L'obligation déontologique, entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Arch. phil. Droit* 2000, t.44, pp.115-127, spéc.p.116.
[18] Sur les types de comportements visés, *infra*, § 15 et suiv et § 21 et suiv.
[19] J. CHEVALLIER, « Lutte contre la corruption et loyauté dans les relations internationales », dans J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001, pp.185-211.
[20] M. RAINELLI, « Réflexions sur la loyauté dans le commerce international », dans J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté des relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001, p.213-229, et les exemples cités.

internationale commune[21], la terminologie variée utilisée dans les différents Etats pour décrire le phénomène de la concurrence déloyale rend la systématisation de la notion difficile: concurrence déloyale en France et dans de nombreux Etats européens; pratiques commerciales déloyales aux Etats-Unis, au Canada et en Hongrie ; pratiques du commerce en Belgique[22]. La dénomination des standards de comportement varie également : loyauté du commerce, principe de bonne foi, principe de correction professionnelle, bonnes mœurs, *etc*…[23] Il est par conséquent difficile d'aborder la concurrence déloyale dans les relations privées internationales par la recherche d'une notion unitaire commune aux Etats. L'envisager en tant qu'institution juridique garantit au contraire de regrouper l'ensemble des normes composant le droit de la concurrence déloyale grâce à un critère fonctionnel, en rassemblant «*autour d'un intérêt commun et d'une même aspiration des règles dispersées sous des rubriques différentes dans les textes ou les codes, mais qui sont complémentaires par la finalité et l'esprit qui les animent* [24]». Le recours à la notion d'institution juridique permet ainsi de dépasser la diversité des sources et de la terminologie qui prévaut dans le domaine de la protection contre la concurrence déloyale.

§2 – La concurrence déloyale : l'harmonisation de la règle de conflit de lois

4. – L'opportunité d'une étude de la concurrence déloyale en droit international privé malgré la rareté de la jurisprudence française en la matière - L'extranéité de la relation privée internationale est définie « *comme celle qui noue des liens avec plusieurs pays, soit par la nationalité ou la résidence des protagonistes, soit par les lieux de (...) production des faits ou d'accomplissement des actes concernés* [25]». L'applicabilité des règles de droit international privé dépend de l'existence de tels

[21] E. ULMER, « Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun », *La propriété industrielle* 1963, n°2, pp.33-44, spéc. p. 34.
[22] Pour des références à des études de droit comparé, *infra*, note 121.
[23] OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, op. cit., spéc. p. 23.
[24] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2003, §167, p.195.
[25] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2007, p.VI.

éléments d'extranéité dans le litige. Le domaine de la concurrence déloyale est intéressant à cet égard en raison du faible nombre de décisions de jurisprudence française traitant expressément, soit de la compétence internationale, soit des conflits de lois en matière de concurrence déloyale. Ce constat résulterait-il de la rareté du contentieux en matière de concurrence déloyale ? Le nombre très important de décisions rendues en matière de concurrence déloyale et consultables sur les bases de données de jurisprudence conduit à répondre par la négative. Serait-il alors une conséquence du faible nombre de litiges relatifs à la concurrence déloyale qui contiennent des éléments d'extranéité et qui sont portés devant les juridictions françaises ? Là encore, la consultation des décisions rendues par la Cour de Cassation et par les juridictions du fond[26] montre que de très nombreuses affaires opposent, soit des sociétés ayant leur siège social dans des Etats différents[27], soit des sociétés d'un même Etat mais au regard de comportements déloyaux réalisés ou produisant leurs effets à l'étranger[28]. Les décisions disponibles sont pour la plupart des décisions rendues par la Cour de Cassation et, s'il a été soulevé, le problème de la loi applicable au litige a en principe été résolu devant les juridictions du fond. L'accès moins aisé aux décisions rendues par ces dernières pourrait expliquer en partie pourquoi l'on considère fréquemment que la question des conflits de lois n'est que rarement tranchée par le juge français en matière de concurrence déloyale. La plupart du temps, la compétence d'une loi étrangère dans le cadre d'une action en concurrence déloyale intentée devant le juge français n'est par ailleurs pas invoquée par l'une ou l'ensemble des parties au litige alors même qu'il existe des éléments d'extranéité. Malgré ces constatations, l'analyse de la concurrence déloyale en droit international privé communautaire présente un intérêt pratique certain en raison non seulement du volume important de demandes fondées sur des comportements déloyaux qui sont portées devant les juridictions françaises, mais également du rôle des parties et du juge face à l'existence d'éléments d'extranéité dans le litige.

---

[26] L'accès difficile aux jugements rendus par les juridictions de première instance implique que l'analyse sera cantonnée aux arrêts et jugements accessibles sur <www.legifrance.gouv.fr> ou sur des sites spécialisés, comme par exemple <www.legalis.net>.

[27] Cass., com., 13 février 2001, pourvoi n° 98-14805 (absence de contrefaçon de modèles et de concurrence déloyale de la part de deux sociétés allemandes et françaises à l'encontre d'une société française).

[28] TGI Paris, 3ème Chambre, 27 mars 1998, *L'Oréal, Parfums Guy Laroche, The Polo Lauren Company, Cacharel et Ralph Lauren c/ PLD Enterprises*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

5. – Le contexte théorique de la spécialisation des règles de conflit de lois - Une règle de conflit de lois traditionnelle présente trois caractères : elle est indirecte, bilatérale et neutre[29]. L'association d'une catégorie de rattachement et d'un ou plusieurs critères de rattachement pertinent permet de localiser le rapport de droit dans un ordre juridique donné en vertu de la théorie de la localisation des rapports de droit développée par Savigny au 19ème siècle[30], sans partir des lois en conflit pour en déterminer le champ d'application dans l'espace. La résolution du conflit de lois est alors en principe effectuée sous le postulat d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère, et est indifférente au contenu des droits matériels en conflit. La localisation objective des faits juridiques dans le pays dans lequel ils avaient été commis était traditionnellement acceptée par la plupart des Etats jusqu'au milieu du vingtième siècle[31]. Cette localisation était considérée comme appropriée dès lors qu'elle conduisait à l'application de la loi du milieu social, censée présenter les liens les plus étroits avec la situation. Les intérêts de l'auteur du délit et de la personne lésée étaient préservés de manière similaire par la loi locale, sans favoriser l'un des deux[32]. Cette localisation objective permettait donc en principe de garantir la prévisibilité des solutions pour l'auteur et pour la victime de l'acte dommageable, mais également la possibilité pour l'Etat de réguler les comportements délictuels commis sur son territoire[33].

6. - Cette vision de la règle de conflit de lois semble aujourd'hui dépassée, et de nombreuses analyses ont été consacrées depuis le milieu du vingtième siècle aux

---

[29] B. AUDIT, *Droit international privé*, 4ème Ed., Economica, Paris, 2006, spéc. p. 82 et 83.

[30] Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, t. VIII, 1849 (trad. Guénoux, 1851, reproduit aux Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, préf. Y. Synvet).

[31] Pour un aperçu des solutions de droit comparé admises en Europe, T. KADNER GRADZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, op. cit., spéc. p.20 et suiv. En France, la solution est constante depuis l'arrêt Cass., Ch. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *RCDIP*1949, p.89, note Batiffol ; *D.* 1948, p.357, note P. L.-P., *S.* 1949, p.1.21, note Niboyet ; *J.C.P.* 1948.II.4532, note Vasseur ; *Grands arrêts* n°19, note B. Ancel et Y. Lequette.

[32] P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Préf. de Yvon LOUSSOUARN, L.G.D.J., Paris, 1961, spéc. p.54 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ème édition, Montchrestien, Paris, 2004, p. 500, §678.

[33] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois) », *Recueil des Cours* 1984, III, t. 186, spéc. p. 299, qui rappelle la « *justification fonctionnelle du rattachement : l'application de la loi du lieu du délit répond à une certaine attente des personnes impliquées, et elle satisfait l'intérêt de l'Etat au maintien d'un certain ordre sur son territoire. De manière plus précise en ce qui concerne le premier point, la personne qui se trouve en un lieu donné doit pouvoir compter sur la protection offerte par le droit local ; celle qui y agit a le devoir de se conformer aux règles de prudence qui y sont en vigueur*. »

méthodes de spécialisation ou d'adaptation de la règle de conflit de lois lorsque le critère de rattachement traditionnel a été considéré comme insuffisant[34]. Certains auteurs ont soulevé le risque de localisation rigide de l'obligation non contractuelle à laquelle l'application de la loi du lieu de survenance du dommage pouvait conduire[35]. Les critiques se sont ensuite développées au fur et à mesure de l'évolution des règles de droit matériel régissant la responsabilité civile et de l'essor des délits spéciaux. L'augmentation des risques de délits complexes, produisant leurs effets dans plusieurs pays, a également rapidement mis en lumière les difficultés de localisation précise d'une obligation non contractuelle dans l'espace. Deux approches étaient proposées en doctrine. D'un côté, la doctrine anglo-saxonne a développé des théories fondées, notamment, sur des principes généraux devant conduire soit à désignation de la loi la plus appropriée par la méthode du groupement des points de contacts, soit à la loi qui a un intérêt à s'appliquer en fonction de critères ou de principes prédéterminés[36]. D'un autre côté, une partie de la doctrine européenne a proposé d'adapter les critères de rattachement pour certains délits présentant des spécificités au regard des règles générales gouvernant la responsabilité civile délictuelle, en tenant compte de «*la nature de chaque fait dommageable et des circonstances dans lesquelles il se produit* [37]» et en faisant entrer des considérations de justice matérielle dans la résolution du conflit de lois. Une troisième voie intermédiaire s'est ouverte depuis quelques années par une analyse des méthodes du conflit de lois fondée sur les outils et les théories de l'analyse économique du droit[38].

---

[34] P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *Recueil des Cours* 1989, II, t. 214, pp.261-398, spéc. p. 279 et suiv.; pour un rappel des éléments de la « crise du conflit de lois », se reporter à B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois) », op. cit., spéc. p. 231 et suiv., et p. 298 et suiv. ; Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. Com. fr. DIP* 1980-1981, pp.43-68 ; Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, Journée commémorative du Cinquantenaire, Paris, 23 novembre 1985, pp.79-95 ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des Cours.* 2000, t.287 ; sur l'évolution des méthodes en droit international privé comparé, notamment, S. C. SYMEONIDES, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Kluwer Law International, London, Cambridge, Dordrecht, 2000, 494p.

[35] Notamment, Cavers, "A critique of the Choice of Law Problem", *Harvard Law Review* 1934, p. 173.

[36] Sur les théories du conflit de lois développées aux Etats-Unis, B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois) », op. cit; P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflection on Current European and United States Conflicts Law", *Recueil des Cours* 1991-1, t.226, pp.281-412.

[37] P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », op. cit..

[38] Parmi les nombreuses études, H. MUIR-WATT, « Law and Economics : quel apport pour le droit international privé », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIème siècle*,

7. - La matière de la concurrence déloyale n'a pas échappé aux débats relatifs à la spécialisation de la règle de conflit de lois. La pertinence de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois traditionnellement applicable aux délits civils dans le domaine de la concurrence déloyale a en effet été très tôt critiquée. Une partie de la doctrine militait en effet depuis de nombreuses années pour l'adoption d'une règle de conflit de lois spéciale en matière de concurrence déloyale en se fondant sur la spécificité des règles de droit matériel au regard de la théorie générale de la responsabilité civile[39]. Une autre partie de la doctrine estimait que la *lex loci delicti* était suffisante dans le domaine de la concurrence déloyale pour parvenir à un équilibre suffisant entre les intérêts en présence[40]. Cette question a également été mise plusieurs fois à l'ordre du jour de l'agenda de la Conférence de la Haye de droit international privé, mais aucun texte n'a

---

L.G.D.J., Paris, 2001, pp.685-702 ; H. MUIR-WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Recueil des Cours* 2004, t.307, pp.25-382 ; E. O'HARA and L. RIBSTEIN, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *The University of Chicago Law Review* 2000, pp.1151-1232; M. E. SOLIMINE, "The Law and Economics of Conflict of Laws", *American Law and Economic Review* 2002, p.208; G. RÜHL, "Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2006, disponible sur le site http://ssrn.com/abstract=920999; R. MICHAELS, "Two Economists, Three Opinions? Economic Models for Private International Law – Cross-Border Torts as Example", in *An Economic Analysis of Private International Law*, J. Basedow and T. Kono (Eds), Mohr Siebeck, 2006, pp.143-184; K. KAGAMI, T. KONO and Y. NISHITANI, "Economic Analysis of Conflict-of-Laws Rules in Tort", in *An Economic Analysis of Private International Law*, J. Basedow and T. Kono (Eds), Mohr Siebeck, 2006, pp. 121-141.

[39] P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Préf. de Yvon LOUSSOUARN, L.G.D.J., Paris, 1961, spéc. p. 153 et suiv. ; J.-M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1969-1970, pp. 53-79; G. MONTBEL, *La concurrence déloyale en droit international privé comparé*, Thèse dactyl., Paris I, 1980 ; A. TROLLER, "Unfair Competition", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Private international law, Chap. 34, Unfair competition, 1980, pp.3-17; Institut of International Law, *Yearbook*, Vol. 60, Part II, Session of Cambridge 1983, pp. 292-303; A. DYER, "Unfair Competition in Private international Law", *Recueil des Cours* 1988, t.212, pp.373-446 ; B. DUTOIT, « Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale : mythe ou nécessité ? », dans *E pluribum unum : liber amicorum Georges A.L. Droz. Sur l'unification progressive du droit international privé*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp.51-66 ; F. LECLERC, « Concurrence déloyale et droit international privé », dans *Concurrence déloyale. Permanences et devenir*, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2001, pp.77-107.

[40] M. FALLON, B. FAUVARQUE-COSSON, et S. FRANCQ, « Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois ? », dans *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. Point de vue franco-belge*, sous la direction de G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 2006. Les critiques ont été nombreuses parmi les commentateurs de l'avant-projet de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ; notamment, C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, « Observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *J.D.I.* 2003, pp.7-38, spéc. p.30 ; House of Lords, European Union Commitee, *The Rome II Regulation. Report with Evidence,* op. cit., spéc. p.34.

jamais été proposé[41]. Malgré les études doctrinales, la Cour de Cassation française n'a pourtant pas consacré la fragmentation de la catégorie des faits juridiques en dehors des domaines unifiés par les conventions internationales, et a cherché à préserver une stricte égalité entre la loi du lieu de survenance du fait générateur et la loi du lieu de réalisation du dommage en cas de délit complexe[42]. Dans un litige de concurrence déloyale, elle a ainsi rappelé que « *la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit*[43] », pour ensuite préciser que « *ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur de dommage que du lieu de réalisation de ce dernier*[44]». Sous l'empire de ces décisions, le choix entre les deux lois n'était pas effectué par la victime, mais par le juge en fonction des liens les plus étroits qu'elles présentaient respectivement avec la situation[45], c'est-à-dire en recourant au principe de proximité[46].

---

[41] A notre connaissance, deux études ont été menées dans ce cadre sur le problème de la loi applicable à la concurrence déloyale : Conférence de La Haye de droit international privé, *Etude exploratoire sur la loi applicable en matière de concurrence déloyale*, A. DYER, Doc. prél. n°2, novembre 1987, également publié dans la Revue Internationale de la Concurrence 1989, pp.9-26; Conférence de La Haye de droit international privé, *Note sur les conflits de lois en matière de concurrence déloyale : rappel et mise à jour*, Bureau permanent, Doc. prél. n°5, avril 2000.

[42] Sur les arguments développés en faveur de l'une ou de l'autre loi, se reporter à B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois) », op. cit., spéc. p. 301. La compétence de la loi du lieu de réalisation du dommage a été expressément retenue à une seule reprise en France : Cass., 1ère civ., 8 février 1983, Bull.civ. I, n°51, J.D.I. 1984, p. 123, note G. Légier.

[43] Cass., 1ère civ., 14 janvier 1997, *Soc. Gordon and Breach Science Publishers et autres c. Association The American Institute of Physics et autres*, Bull.civ.I, n° 14, p.8, *RCDIP*1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF, *JCP G* 1997.II.22903, note H. MUIR-WATT, contra : *D.* 1997, p. 177, note M. SANTA-CROCE.

[44] *Ibid.*

[45] Cass., 1ère civ., 11 mai 1999, *Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres*, *RCDIP* 2000, p.199, note J.-M. BISCHOFF, *JDI* 1999, p. 1049, note G. LEGIER, *JCP G* 1999.II.10183, note H. MUIR-WATT, *D.* 1999, somm., p. 295, *JCP G* 2000.I.197, n°1, note G. VINEY.

[46] La même solution a été retenue par la Cour de Cassation dans l'arrêt Cass., 1ère civ., 27 mars 2007; *Rev. Lamy droit civil* 2007, p.22, note C. Kleitz ; *D.* 2007, n°16, pp.1074-1075, note I. Gallmeister : « *Mais attendu que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; qu'en cas de délit complexe, ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ; que le lieu de réalisation du dommage étant fortuit, il convient de rechercher le lieu du fait générateur (...).* »

8. – Le contexte communautaire[47] : l'adoption du Règlement Rome II du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)[48] (ci-après le *Règlement Rome II*) - L'opportunité d'une étude de la concurrence déloyale dans les relations privées internationales est renouvelée depuis l'adoption du *Règlement Rome II*. Ce dernier aurait dû être adopté grâce à la procédure de codécision énoncée à l'article 251 du *Traité CE*, qui constitue le fondement traditionnel du processus décisionnel au sein de l'ordre juridique communautaire. La Commission européenne a présenté la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles en 2003 (ci-après la *Proposition Initiale*)[49]. Celle-ci a eu un accueil modéré parmi la doctrine, et les premiers commentateurs ont rapidement exprimé leurs critiques[50]. L'absence prolongée de consensus sur le texte final du règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles a cependant conduit les autorités communautaires à abandonner la procédure de codécision pour une procédure de négociation, qui a seule permis

[47] Le phénomène de communautarisation des règles de droit international privé a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales. Parmi les très nombreuses études, M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *Recueil des Cours* 1995, t.253, pp.9-282 ; A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *Recueil des Cours* 2005, t. 317, pp.313-536 ; O. REMIEN, "European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice", *CMLR* 2001, pp.53-86; C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam », *RCDIP*1999, pp.1-30; C. BRUNEAU, « Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile », *JCP G* 2000, I, 266 ; P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 68 (2004), pp.225-243 ; F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois en droit européen », dans Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002, pp.242-256 ; H. U. JESSURUN d'OLIVEIRA, "The EU and a Metamorphosis of Private International Law", in *Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North*, Ed. by J. Fawcett, OUP, 2006, pp.111-136; J. BASEDOW, "Federal Choice of Law in Europe and the United States – A Comparative Account of Interstate Conflicts", (2008) 82 *Tul. L. Rev.* 2119; J. BASEDOW, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *Trav. Com. Fr. DIP* 2002-2004, pp.275-305 ; J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003 ; J.-S. BERGE, « Le droit d'une « Communauté de lois » : le front européen », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp.113-136.

[48] Règlement Rome II du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles), *J.O.C.E.* 31 juillet 2007, L199/40. Il est applicable depuis le 11 janvier 2009.

[49] Proposition de Règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), présentée par la Commission le 22 juillet 2003, COM (2003)427 final.

[50] Notamment, C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, « Observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », op. cit; Hamburg Group for Private International Law, « Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », *RabelsZ*, Bd.67 (2003), pp.1-56; House of Lords, European Union Commitee, *The Rome II Regulation. Report with Evidence*, op. cit

l'adoption finale du texte[51]. Le *Règlement Rome II* s'insère dans le système de droit international privé communautaire adopté en matière civile et commerciale, qui comprend le Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le *Règlement Bruxelles I*)[52] et le Règlement du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le *Règlement Rome I*)[53].

Grâce au *Règlement Rome II*, un cap a été franchi en Europe dans le processus de spécialisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles. Il contient en effet dans le Chapitre II une règle de conflit de lois générale en matière d'obligations non contractuelles ainsi que des règles de conflit de lois spéciales pour certains types de délits. Une règle spécifique a été adoptée en matière de concurrence déloyale, de responsabilité du fait des produits[54], d'atteintes à l'environnement[55], d'actes restreignant la concurrence[56], d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle[57] et de grève ou de lock-out[58]. L'article 6 du *Règlement Rome II* intitulé « Concurrence déloyale et actes restreignant la concurrence » remplace ainsi depuis le 11 janvier 2009[59] les règles de conflit de lois élaborées par les Etats membres et appliquées jusqu'alors dans ces deux matières[60], et dispose que

> « *1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.*

---

[51] Intervention de C. Hahn lors du colloque organisé à Dijon le 20 septembre 2007 sur le thème du règlement communautaire « Rome II ».
[52] *J.O.C.E.* n°L12 du 16 janvier 2001, p. 1, en vigueur depuis le 1er mars 2002.
[53] *J.O.C.E.* n°L177 du 04 juillet 2008, p.6. Il est applicable depuis le 17 décembre 2009, et remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (ci-après la *Convention de Rome*).
[54] Article 5 du *Règlement Rome II*.
[55] Article 7 du *Règlement Rome II*.
[56] Article 6, point 3 du *Règlement Rome II*.
[57] Article 8 du *Règlement Rome II*.
[58] Article 9 du *Règlement Rome II*.
[59] Article 32 du *Règlement Rome II*.
[60] Seuls les points 1, 2 et 4 de l'article 6 applicables en matière de concurrence déloyale seront analysés dans le cadre de cette étude, à l'exception du point 3, qui est applicable aux actes restreignant la concurrence.

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable.

3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être.

b) Lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet Etat membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire, cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'Etat membre de cette juridiction.

4. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »

9. – Les enjeux - Les enjeux d'une analyse de la concurrence déloyale en droit international privé communautaire sont doubles. Même si l'on reste dans le cadre de la méthode bilatérale du conflit de lois, les deux oppositions traditionnellement admises en droit international privé entre, d'une part, la compétence judiciaire et la compétence législative, et, d'autre part, entre la justice conflictuelle et la justice matérielle, peuvent être remises en cause dans ce domaine. L'existence d'une règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale est en outre une innovation pour les juridictions françaises, dont la pratique consistait jusqu'alors à appliquer très fréquemment la loi française dans les litiges de concurrence déloyale présentant des éléments d'extranéité[61]. La résolution des conflits de lois devrait donc être envisagée conjointement avec celle des conflits de juridictions afin de déterminer de quelle manière les règles de droit international privé s'articulent en matière de concurrence déloyale, en vue, notamment, de déterminer si l'existence d'une règle de conflit de lois codifiée est de nature à entraîner l'application plus fréquente d'une loi étrangère par les juridictions françaises.

[61] Sur ce point, *infra*, §86 et suiv.

Dès lors que la matière est imprégnée de considérations économiques et de régulation du marché, la détermination de la loi applicable ne peut ensuite être entièrement dissociée des règles de droit matériel régissant les comportements déloyaux. Ces dernières poursuivent des finalités qui leur sont propres, et ont vocation à préserver des intérêts déterminés. Elles ne protègent plus seulement les opérateurs contre les actes de concurrence déloyale commis dans les relations professionnelles, mais tendent également à garantir le respect des intérêts des consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales commises à leur encontre par un professionnel. Cette approche conduit à envisager les règles de droit international privé applicables en matière de concurrence déloyale au regard des intérêts dont elles devraient garantir le respect ou des finalités qui leur sont assignées dans le *Règlement Rome II*, afin, notamment, de caractériser leur nature au regard de la règle de conflit de lois savignienne traditionnelle ainsi que l'équilibre entre les intérêts en présence auquel leur mise en œuvre devrait conduire.

10. - L'analyse a donc vocation à fournir des pistes de lecture méthodologiques sur l'articulation, en matière de concurrence déloyale, de la compétence judiciaire et la compétence législative, ainsi que sur la manière dont les règles de conflit de lois devraient être mises en œuvre par les juridictions françaises. Cette approche conduit à envisager au préalable la cohérence entre les règles de droit international privé ainsi que celle des règles de conflit de lois et des règles de droit matériel régissant la concurrence déloyale (*Partie I – La cohérence des règles*), puis le résultat de la mise en œuvre des règles de compétence internationale et des règles de conflit de lois du point de vue des intérêts en présence dans le litige de concurrence déloyale (*Partie II – L'équilibre entre les intérêts en présence*). La question de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires ne sera pas abordée dans le cadre de cette étude.

Partie I – La cohérence des règles

Partie II – L'équilibre entre les intérêts en présence

PARTIE I – LA COHERENCE DES REGLES

11. - La règle de conflit de lois adoptée au niveau communautaire fait partie d'un ensemble constitué par les règles indirectes existantes[62] – les normes indirectes- et par les règles de droit matériel applicables en matière de concurrence déloyale pour donner la solution du litige au fond – les normes directes. Toutes ces normes devraient être cohérentes entre elles afin de garantir la prévisibilité des solutions recherchée par l'uniformisation de la règle de conflit de lois au sein de l'Union européenne. Les rédacteurs du *Règlement Rome II* étaient conscients de cet enjeu, et ont précisé que « *le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au Règlement Bruxelles I (...) et les instruments relatifs à la loi applicable aux obligations contractuelles*[63] ». La recherche de la cohérence ne devrait cependant pas être limitée aux rapports entre les différentes normes indirectes – règles de compétence judiciaire et règles de conflit de lois-, et devrait être étendue aux influences réciproques entre les règles de conflit de lois et les règles de droit matériel régissant la concurrence déloyale au sein des Etats membres.

La règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale dans le *Règlement Rome II* sera d'abord envisagée au stade de son élaboration en la replaçant à la fois dans le contexte des règles de droit matériel existantes et dans celui des méthodes retenues au sein du *Règlement Rome II* (*Titre 1 – L'élaboration des règles*). Le cadre général de sa mise en œuvre par le juge français sera ensuite envisagé (*Titre 2 – La mise en œuvre de la règle de conflit de lois*).

---

[62] Notamment les règles de compétence judiciaire contenues dans le *Règlement Bruxelles I* et applicables en matière de concurrence déloyale.
[63] Considérant 7 du *Règlement Rome II*.

Titre 1 – L'élaboration des règles

Titre 2 – La mise en œuvre de la règle de conflit de lois

TITRE 1 – L'élaboration des règles

12. - L'adoption du *Règlement Rome II* bouleverse le système français du conflit de lois[64] en matière d'obligations non contractuelles par la codification des règles de localisation[65], et en particulier en matière de concurrence déloyale. Comme pour les règles de droit matériel[66], l'élaboration de règles de conflit de lois uniformes en matière d'obligations non contractuelles repose sur la méthode de coordination retenue dans l'ordre juridique communautaire[67]. Or l'adoption d'actes de droit communautaire dérivé s'inscrit nécessairement dans une logique de réalisation des objectifs de l'ordre juridique communautaire, comme par exemple la réalisation du marché intérieur[68] ou la

---

[64] Sur la codification du droit international privé en France, D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome I, Partie générale, PUF, Paris, 2007, p. 61, § 46 et les références bibliographiques citées.

[65] En France, le juge et la doctrine jouaient traditionnellement un rôle majeur dans l'élaboration des règles de conflit de lois. Sur la codification du droit international privé communautaire, notamment, M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (sous la dir. de), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2009, 198 p ; M. FALLON, « Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen », dans *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Etudes réunies et présentées par Alain WIJFFELS, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp.225-267.

[66] Sur les débats relatifs à l'harmonisation du droit de la responsabilité civile en Europe, se rapporter, notamment, aux travaux réalisés par l' European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien, 2005, 282 p., également disponible sur le site <http://www/.egtl.org>; G. WAGNER, "The Project of Harmonizing European Tort Law", *C.M.L.R.* 2005, vol.42, n°5, pp.1269-1312; G. ALPA, "Principles of European Tort Law, a Critical View from the Outside", *European Business Law Review* 2005, vol.16, n°5, pp.957-974.

[67] Sur la définition des différentes méthodes, A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », dans *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, sous la dir. de F. Osman, pp. 35-108 ; M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, n°14, Doctr., pp.951-957.

[68] Article 3, c) du *Traité CE* ; le marché intérieur est défini dans l'article 14 du *Traité CE* comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent règlement ». Voir également l'arrêt *Schul* rendu par la CJCE le 5 mai 1982, aff.15/81, Rec., p.1409 : « la notion de marché commun (…) vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intra-communautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur ».

suppression des distorsions de concurrence[69]. L'enjeu de la communautarisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles, et en particulier en matière de concurrence déloyale, réside donc dans la question de savoir si des objectifs communautaires ont été assignés à la règle de conflit de lois ou si elle correspond aux méthodes retenues auparavant dans le domaine des délits (*Chapitre 2 – L'uniformisation de la règle de conflit de lois*). L'élaboration et la mise en œuvre des normes régissant la concurrence déloyale dans l'ordre interne (*Chapitre 1 – La diversité des règles de droit matériel*) permet d'identifier au préalable les domaines dans lesquels elles peuvent exercer une influence sur la règle de conflit de lois.

Chapitre 1 – La diversité des règles de droit matériel

Chapitre 2 – L'uniformisation de la règle de conflit de lois

[69] Article 3, g) du *Traité CE* ; Pour parvenir à la réalisation de ces objectifs, le transfert de souveraineté des Etats membres vers la Communauté est encadré ; en vertu de l'article 5 du *Traité CE*, la Communauté dispose de compétences d'attribution, et ne peut agir, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, que conformément au principe de subsidiarité.

Chapitre 1 – La diversité des règles de droit matériel

13. - La coordination de l'ensemble des normes régissant la concurrence déloyale implique de rappeler le but commun qui les fédère afin de former un ensemble de règles constituant le droit de la concurrence déloyale. La « *clé de voûte*[70] » des normes de droit matériel réside dans la recherche de la loyauté de la concurrence ; cette finalité commune devrait ensuite être combinée avec les buts poursuivis lors de l'élaboration des normes applicables en matière de concurrence déloyale afin d'en identifier les finalités matérielles particulières, qui diffèrent selon la nature du rapport de droit en cause – relations entre professionnels ou relations entre professionnels et consommateurs (*Section 1 – Les finalités du droit de la concurrence déloyale)*. Une fois ces finalités rappelées, il convient de justifier la persistance de la diversité des législations nationales en matière de concurrence déloyale. Si le but recherché est commun et réside dans la protection contre les comportements déloyaux, les concepts, le régime juridique et les sanctions qui s'y rattachent varient d'un Etat à un autre[71]. En matière de concurrence déloyale, de nombreuses règles de droit matériel de source communautaire ainsi que des conventions internationales préexistent en effet au rapprochement récent des règles de droit international privé opéré au sein du *Règlement Rome II*. Dans ce contexte, la diversité des normes, condition de la mise en œuvre des règles de droit international privé, n'est permise que si, dans les matières concernées, les Etats bénéficient d'une certaine marge de manœuvre *(Section 2 – Les marges de manœuvre des Etats)*.

Section 1 – Les finalités du droit de la concurrence déloyale

Section 2 – Les marges de manœuvre des Etats

---

[70] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit, spéc. p. 199.
[71] Pour des exemples, se reporter aux études citées *supra*, note 121.

Section 1 – Les finalités du droit de la concurrence déloyale

14. - Les études doctrinales ayant contribué à la systématisation du droit de la concurrence déloyale ont tout d'abord cherché à distinguer la concurrence déloyale d'institutions juridiques connexes en mettant en évidence les intérêts que les normes ont vocation à préserver[72]. Les finalités matérielles poursuivies par le droit de la concurrence déloyale ont en effet évolué depuis la *Convention d'Union de Paris*. Alors que cette dernière incitait les Etats contractants à introduire des considérations morales dans la régulation de la concurrence entre professionnels[73], la protection contre la concurrence déloyale a ensuite été étendue dans les relations entre professionnels non concurrents, puis dans les relations entre professionnels et consommateurs. Si les normes sont regroupées autour de la finalité commune que constitue la recherche de la loyauté dans la concurrence, deux corps de règles devraient être clairement distingués au sein de l'institution juridique de la concurrence déloyale. La protection contre la concurrence déloyale est par conséquent envisagée différemment dans les relations entre professionnels (*§1 – La régulation des comportements entre professionnels*) et dans leurs relations avec les consommateurs *(§2 – La régulation des comportements entre professionnels et consommateurs*).

§.1. La régulation des comportements entre professionnels

15. - Dans le système prévu par la *Convention d'Union de Paris*, la protection contre la concurrence déloyale est conçue comme un mécanisme permettant de

---

[72] En France, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, 2 vol., Sirey, Paris, 1952-1954, et les références citées par Y. SERRA, *Verbo* Concurrence déloyale, *Rép. com. Dalloz*, 2004 ; J.-B. BLAISE, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 2ème éd., L.G.D.J., Paris, 2000, spéc. p. 317 et suiv.

[73] *Supra*, § 2.

préserver les intérêts privés des professionnels exerçant des activités commerciales ou industrielles. Le droit de la concurrence déloyale entretient traditionnellement des relations étroites avec les matières connexes que sont le droit de la propriété intellectuelle ou le droit de la concurrence. Si elles sont parfois toujours imprégnées des finalités matérielles de ces deux corps de règles, les normes régissant la concurrence déloyale dans les relations entre professionnels s'en sont pourtant progressivement éloignées (*A – L'autonomie au regard des règles relatives à la propriété intellectuelle* ; *B – L'autonomie au regard des règles relatives aux actes retreignant la concurrence*).

A. - L'autonomie au regard des règles relatives à la propriété intellectuelle

16. - La complémentarité des règles régissant les actes de concurrence déloyale et les droits de propriété intellectuelle - La conception juridique de la protection contre la concurrence déloyale s'inscrit à l'origine dans la logique normative des règles relatives à la propriété intellectuelle. Sous l'impulsion de l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris*, de nombreux pays ont intégré les dispositions régissant la concurrence déloyale dans le corps de règles relatives à la propriété intellectuelle. Dans les Etats dans lesquels la théorie de la concurrence déloyale est une construction prétorienne, les juridictions admettent fréquemment l'action en concurrence déloyale comme instrument complémentaire de protection des droits de propriété intellectuelle[74]. L'action en concurrence déloyale vise alors à offrir aux professionnels une protection subsidiaire et complémentaire à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle[75]. Le critère de la confusion dans l'esprit du public permet par exemple de sanctionner un comportement sur le fondement de la concurrence déloyale lorsque l'action en contrefaçon ne conduit pas à des solutions équitables du point de vue des intérêts des

[74] En France, par exemple, l'action en concurrence déloyale ne peut être exercée que s'il existe des faits distincts des atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

[75] Sur les raisons expliquant l'insertion d'une disposition relative à la concurrence déloyale pour compléter la protection des droits de propriété industrielle, se reporter, notamment, à F. HENNING-BODEWIG, "International Unfair Competition Law", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp. 53-76, spéc. p. 54.

professionnels en présence. Un professionnel verra par exemple ses intérêts particuliers protégés contre des actes ou « *faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits, ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent* »[76]. L'influence du droit de la propriété intellectuelle s'exerce notamment dans le cadre de la protection contre l'imitation des signes distinctifs de l'entreprise[77], des produits d'un concurrent[78], des indications de provenance ou des appellations d'origine par l'action en concurrence déloyale.

17. - Les liens entre les règles régissant les actes de concurrence déloyale et les règles relatives à la propriété intellectuelle se sont cependant progressivement distendus, et les règles relatives à la concurrence déloyale ont acquis une autonomie certaine au regard du droit de la propriété intellectuelle[79]. L'action en concurrence déloyale permet de réparer le préjudice subi à la suite d'un dénigrement, caractérisé par « *des allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent* [80] ». Elle permet également de sanctionner le parasitisme, défini comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* [81]».

---

[76] Article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris*.
[77] Nom commercial, dénomination sociale, enseigne.
[78] Par exemple, imitation des étiquettes, de l'emballage, des appellation des produits, de la publicité effectuée.
[79] La Cour de Justice des Communautés européennes reconnaît la distinction entre les deux matières : CJCE, 17 juin 1981, aff. C-113/80, Rec.p.I-1625, cité par F. HENNING-BODEWIG, "International Unfair Competition Law", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp. 53-76, spéc. p. 56.
[80] Article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* ; le dénigrement peut porter sur la personne d'un concurrent, sur les produits et services ou sur les méthodes commerciales d'une entreprise concurrente.
[81] Cass., com., 26 janvier 1999, pourvoi n°96-22457.

B. - L'autonomie au regard des règles relatives aux actes restreignant la concurrence

18. - La filiation entre le droit de la concurrence déloyale et le droit de la concurrence - Le droit de la concurrence *stricto sensu* et les règles régissant la concurrence déloyale appartiennent à un ensemble plus vaste qu'est le droit économique[82]. Ce constat est admis dans la plupart des Etats du fait de la convergence de leurs finalités. Le dénominateur commun entre le droit de la concurrence *stricto sensu* et le droit de la concurrence déloyale réside en effet dans le principe d'égalité dans les moyens de la concurrence[83]. Les règles assurant une protection effective contre la concurrence déloyale participent, comme les règles régissant les actes restreignant la concurrence, au bon fonctionnement du marché. Dans les deux cas, l'intervention de la règle de droit a pour objectif d'éviter les ruptures d'équilibre[84] ou les distorsions de concurrence sur un marché. En d'autres termes, le droit de la concurrence déloyale vient compléter le droit de la concurrence pour assurer le respect du principe de la liberté de la concurrence en en limitant les abus[85]. Le lien entre le droit de la concurrence déloyale et le droit de la concurrence *stricto sensu* ne revêt pas seulement un enjeu doctrinal. De nombreux Etats intègrent ainsi les règles relatives à la concurrence déloyale dans les lois sur la concurrence[86] ; et comme pour la protection de la propriété intellectuelle, l'action en concurrence déloyale peut être exercée, de manière subsidiaire, pour combler

---

[82] Sur les débats relatifs à l'existence et au contenu du droit économique, voir C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », D. 1967, Chron., p. 215 ; G. FARJAT, « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, t.37, 1992, pp.27-62 ; R.M. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp. 1-60, spéc. p. 4.

[83] Y. SERRA, V° « Concurrence déloyale », *Rép. Com. Dalloz*, §20, qui soutient que la notion d'équilibre dans les moyens de la concurrence constituerait « un fonds commun du droit de la concurrence dans son ensemble ».

[84] A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », *RIDC* 1974, vol.26, pp.467-504 ; M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, p.78, §44.

Contra : M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », RJDA 1994, pp.483-488, qui nuance la parenté en considérant que « le bon fonctionnement du marché reste indifférent aux conditions constitutives du comportement répréhensible ».

[85] Y. SERRA, V° Concurrence déloyale, §16 ; sur cette question, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 223 et suiv.

[86] Par exemple en Europe, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie.

les lacunes du droit de la concurrence[87], ou dans le domaine des réseaux de distribution[88]. Elle peut ainsi être intentée pour sanctionner une pratique anti-concurrentielle (entente, abus de position dominante, mise à l'index) ou une pratique restrictive de concurrence, mais seulement si les conditions requises par les dispositions légales sur la concurrence ne sont pas remplies. La Cour de Cassation française entend en effet limiter cette utilisation subsidiaire de l'action en concurrence déloyale en exigeant la preuve de faits distincts des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence[89].

19. - La distinction du droit de la concurrence déloyale et du droit de la concurrence *stricto sensu* - Si les finalités convergent, il est cependant admis que les deux corps de règles se distinguent clairement par leur objet[90]. Le droit de la concurrence *stricto sensu* assure la préservation de l'intérêt général et la garantie du bon fonctionnement du marché. Composante du droit public, il participe à l'ordre public concurrentiel de l'Etat qui l'édicte[91]. A l'inverse, les règles régissant les actes de concurrence déloyale s'appliquent à des rapports de droit privé, même si elles ont parfois vocation à appréhender les « *comportements délictuels de marché*[92] ». En imposant une éthique des affaires, elles visent à garantir le respect des intérêts particuliers des professionnels[93]. Il en va ainsi de la protection contre la désorganisation d'un concurrent opérée par la divulgation de ses secrets d'affaires, du débauchage de

---

[87] J.-S. BERGE, « Droit communautaire de la concurrence et concurrence déloyale », *JCP E* 2000, Cahiers du droit de l'entreprise n°41, pp.5-10 ; par exemple, CE, 10ème section, 29 juillet 2002, *Cegedim c/ INSEE*, disponible sur le site <www.legalis.net>, pour la sanction d'une utilisation abusive de position dominante grâce à l'action en concurrence déloyale.

[88] R. KOVAR, « Concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence », dans *Concurrence déloyale. Permanence et devenir*, sous la dir. de Y. Serra, Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, 2001.

[89] Par exemple, Cass., com., 6 décembre 2005, pourvoi n°05-10929, « N'engage pas la responsabilité de son auteur pour concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la pratique de prix qualifiés d'anormalement bas lorsque cette pratique n'est pas constitutive d'une infraction aux dispositions des articles L.420-1, L.420-2 ou L.420-5 du Code de commerce, et *qu'aucun fait distinct n'est invoqué* ».

[90] B. REMICHE, « Droit de la concurrence et droit de la concurrence déloyale : objets différents et objectif commun », LIDC, Congrès de Cambridge, Second rapport international concernant la question n°3, *Revue internationale de la concurrence*, 1996, pp.29-39, spéc. p.30.

[91] Y. LEQUETTE, P. SIMLER ET F. TERRE, *Droit civil, les obligations*, 2002, n°383.

[92] Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Préf. de Y. Serra, L.G.D.J., Paris, 2002, spéc. p. 72 et suiv.

[93] J.-B. BLAISE, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 2ème éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 336, §654.

son personnel, de la dégradation de ses moyens publicitaires ou du détournement de ses commandes.

La distinction entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale est renforcée par le constat, dans de nombreux Etats, de la suppression progressive de l'exigence de l'existence d'un rapport de concurrence comme condition de recevabilité de l'action en concurrence déloyale[94]. Cette évolution implique que l'on soit progressivement passé d'un droit des concurrents à un droit des professionnels. Certains auteurs militaient en faveur de l'inclusion des normes régissant la concurrence déloyale dans l'ordre public de direction en se fondant sur la qualification d'infractions pénales des comportements qu'elles régissent[95]. Cette opinion ne fait cependant pas l'unanimité au sein de la doctrine française[96]. Seules certaines dispositions visant à protéger à la fois les intérêts privés des professionnels et ceux du marché pourraient être considérées comme relevant de l'ordre public. Il en va ainsi des dispositions codifiées en France dans le Code de Commerce qui visent à réguler les pratiques restrictives de concurrence afin de garantir la loyauté de la concurrence. Sont par exemple inclues dans la catégorie des pratiques restrictives de concurrence les comportements visés dans les articles L. 441-6 III et L. 442-6 I du Code de Commerce visant à assurer la loyauté des transactions commerciales dans les relations entre producteurs et distributeurs et qui régissent les conditions commerciales discriminatoires, l'obtention d'un avantage commercial injustifié ou disproportionné, l'abus de dépendance, les primes de référencement, la menace de rupture abusive de relations commerciales, la rupture de relations commerciales établies, l'interdiction de revente hors du réseau de distribution, ou les conditions de règlement abusives ou discriminatoires. Ces comportements sont illégaux et peuvent être sanctionnés en France soit par le prononcé de dommages-intérêts, soit par le prononcé d'une sanction pénale. D'autres types de pratiques sont interdites et sanctionnées pénalement, comme par exemple les prix minimums

---

[94] Sur cette question, notamment, Y. SERRA, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002, pp.287-296, spéc. p. 289 et suiv.

[95] C. GIVERDON, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *R.T.D.Com.* 1953, pp.855-867.

[96] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », op. cit.

imposés[97], la revente à perte[98], le paracommercialisme[99] ou la pratique de prix abusivement bas[100].

20. - Les règles régissant les actes de concurrence déloyale commis dans les relations entre professionnels participent à la préservation de l'équilibre dans les moyens de la concurrence. En revanche, elles ne concourent en tant que telles ni à la préservation d'intérêts publics ni à la régulation du marché comme peuvent le faire les règles régissant les pratiques anticoncurrentielles ou les actes restreignant la concurrence. La théorie de la concurrence déloyale est extrêmement utile, car elle fournit un fondement juridique pour la sanction de nombreux comportements qui portent atteinte à la loyauté de la concurrence, et qui ne pourraient pas être sanctionnés sur d'autres fondements. Pour assurer la réparation du dommage causé par un acte de concurrence déloyale, le professionnel lésé peut intenter une action en concurrence déloyale fondée sur les règles relatives à la responsabilité civile délictuelle, soit, en France, l'article 1382 du *Code civil*. La finalité du droit des actes de concurrence déloyale réside par conséquent dans la préservation des intérêts privés des professionnels, et les normes qui les régissent ne relèvent pas de l'ordre public de direction.

§.2. La régulation des comportements entre professionnels et consommateurs

21. - L'extension de la fonction sociale des règles nationales relatives à la concurrence déloyale à la protection des intérêts des consommateurs – En retenant la tromperie du public sur la nature ou les caractéristiques des produits comme exemple d'actes de concurrence déloyale, l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris*, initialement conçu comme visant la protection des intérêts particuliers des concurrents,

[97] Article L. 442-5 du Code de Commerce.
[98] Article L. 442-2 du Code de Commerce.
[99] Article L. 442-7 du Code de Commerce.
[100] Article L. 442-9 du Code de Commerce.

laisse la porte ouverte aux Etats pour la prise en compte et la protection des intérêts des consommateurs[101]. La flexibilité instaurée par l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* a permis l'aménagement progressif des règles régissant la concurrence déloyale afin de tenir compte des effets néfastes des comportements déloyaux sur les consommateurs. Dans ses *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*[102], l'Organisation Mondiale pour la Propriété Intellectuelle reconnaissait que la protection contre la concurrence déloyale devrait aujourd'hui être assurée par les Etats de manière équivalente pour les professionnels ou les concurrents et pour les consommateurs. Une illustration du lien existant entre la protection des intérêts des concurrents et des intérêts des consommateurs contre les comportements déloyaux réside dans la notion d'équilibre dans les moyens de la concurrence, qui a permis d'intégrer progressivement l'objectif de préservation des intérêts des consommateurs au sein des finalités du droit de la concurrence déloyale[103]. En France, les études réalisées montrent que l'objectif de sauvegarde des intérêts des consommateurs n'est pas étranger au droit de la concurrence en général, et au droit de la concurrence déloyale en particulier. Un acte de concurrence déloyale commis entre deux professionnels (ou concurrents) peut tout d'abord affecter de manière indirecte les intérêts des consommateurs[104]. Si la concurrence n'est pas effective et loyale, le consommateur ne peut en effet bénéficier de ses bienfaits sur l'ajustement des prix par l'offre et la demande. Il est ensuite admis que l'un des objets du droit de la concurrence consiste en la recherche du bien-être des consommateurs. Le droit de la consommation et le droit de la concurrence poursuivent alors des finalités communes[105]. En tant que composante du droit du marché et de la discipline du droit de la concurrence, le droit de la concurrence déloyale peut appréhender les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux

---

[101] En ce sens, M. HÖPPERGER and M. SENFTLEBEN, "Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, op. cit., pp.62-76, spéc. p. 67.

[102] OMPI, *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*, op. cit..

[103] De manière plus générale, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, op. cit., spéc. p.23 et suiv.

[104] D. FERRIER, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », *JCP E* 2000, p.36.

[105] G. CANIVET, « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ? », *Revue Lamy de la Concurrence* 2006, n°9, pp.134-165, spéc. p.135, qui considère que le droit de la concurrence « est (…) aussi un droit de protection du consommateur comme l'est le droit de la consommation », le premier s'attachant à « l'agent économique (…), au consommant », alors que le second prend en considération « l'être juridique (…), le sujet de droit, dont la protection s'inscrit dans l'analyse d'un rapport de force inégal, d'un risque contractuel asymétrique ».

intérêts économiques des consommateurs, afin de garantir leur bien-être[106]. La régulation des comportements déloyaux affectant les intérêts des consommateurs peut alors, selon les Etats, être opérée sur le fondement du droit de la concurrence, du droit des obligations, ou du droit spécial de la consommation[107].

22. - Le droit communautaire des pratiques commerciales déloyales et la protection des intérêts économiques des consommateurs – La 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[108] (ci-après la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*) a été adoptée sur le fondement de l'article 153, paragraphes 1 et 3, point a) du *Traité CE*. L'intervention communautaire doit favoriser la réalisation de l'objectif de renforcement de la protection des consommateurs, énoncé dans l'article3, t) du *Traité CE*, et qui consistent, notamment, en la promotion des intérêts économiques des consommateurs et de leur droit à l'information, ainsi que la garantie d'un niveau élevé de protection[109]. Les dispositions régissant les pratiques commerciales déloyales sont par conséquent imprégnées des objectifs communautaires, et de la politique de protection des

---

[106] D. FERRIER, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », *ibid*, p.36.

[107] R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces", op. cit., spéc. p.7; pour une comparaison des droits européens, voir J. STUYCK, "La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs », *Concurrence et consommation* 1994, pp.95-109 ; la protection des intérêts des consommateurs contre la concurrence déloyale a parfois été expressément prévue lors de l'adoption d'une loi spéciale sur la concurrence déloyale. Ainsi, par exemple de la loi belge sur les pratiques du commerce, qui inclut des dispositions relatives à la publicité ou à certaines méthodes de vente : Pour un aperçu, voir J. STUYCK, "Belgian Report: Example of an Integrated Approach", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, op. cit., pp. 139-150.

[108] 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, J.O.C.E. L149/22 du 11 juin 2005 ; J. STUYCK, E. TERRYN et T. VAN DYCK, "Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in the Internal Market", *Common Market Law Review* 2006, pp.107-152; L. GONZALEZ VAQUE, « La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales : entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète », *RDUE* 2005, n°4, pp.785-802 ; C. HANDIG, "The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?", *Business Law Review* 2005, vol.16, n°16, pp.1117-1132; M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *Europe* 2005, p.6-10.

[109] Article premier de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* : « *L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, règlementaires et administratives des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs* ».

consommateurs. Le champ d'application matériel de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* est relativement large. L'expression « *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs* » est en effet définie comme visant « *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*[110] ». Il est cependant limité aux relations entre professionnels et consommateurs, et ne s'étend pas à la protection des professionnels contre les actes de concurrence déloyale[111]. Le consommateur protégé contre de telles pratiques s'entend de « *toute personne physique ou morale qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*[112] », alors que le professionnel est défini comme « *toute personne physique ou morale qui (...) agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom et pour le compte d'un professionnel* [113]».

23. - L'influence multiple du droit des pratiques commerciales déloyales – Si les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales se rattachent, par leur objectif de maintien d'une concurrence effective et loyale, à l'institution juridique de la concurrence déloyale, elles se rapprochent également du droit de la consommation et des règles applicables aux contrats conclus par les consommateurs[114]. L'objectif des dispositions de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* réside en effet dans la protection des intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Cette protection était déjà assurée par les dispositions issues de directives adoptées antérieurement dans des domaines particuliers, comme la directive 84/450/CEE, la directive 97/7/CE du Parlement

---

[110] Article 2, d) de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[111] Considérant 6 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* : « *La présente directive a pour objet de rapprocher les législations des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs, et par conséquent indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. (...) Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels (...)* ».
[112] Article 2, a) de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[113] Article 2, b) de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*
[114] Cette matière se caractérise par sa fonction, qui est intrinsèquement liée à la source communautaire de la plupart de ses dispositions : Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Armand Colin, Dalloz, 2005, p.3, §4.

européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[115] ou la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs[116]. Alors que la protection du consommateur qui conclut un contrat avec un professionnel était déjà assurée par les dispositions de ces directives, la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* impose une protection dans les autres cas dans lesquels le professionnel pourrait commettre une telle pratique en vue « *de donner une fausse impression de la nature des produits* » et d'altérer le comportement économique des consommateurs[117]. Ses dispositions cherchent donc à imposer des règles garantissant le respect de la loyauté de la part des professionnels « *avant, pendant ou après la transaction* » envisagée, et s'insèrent dans l'acquis communautaire existant au sein de l'Union européenne en matière d'information du consommateur ou des abus de faiblesse commis par un professionnel en vue de la conclusion d'un contrat de consommation[118]. De manière générale, les dispositions de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ont donc vocation à assurer la protection du consommateur dans les relations précontractuelles, contractuelles et postcontractuelles avec le professionnel. Le droit des pratiques commerciales déloyales poursuit donc un double objectif de protection d'une partie supposée en situation de faiblesse face au professionnel – le consommateur-, en vue de la réalisation du marché intérieur. Ces objectifs militent en faveur de la participation des dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* à un ordre public de protection dans le domaine de la protection des consommateurs[119].

---

[115] *JOCE* L144, 4 juin 1997, p. 19.
[116] *JOCE* L166, 11 juin 1998, p.51.
[117] Considérant 10 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* : « *La présente directive ne s'applique (...) que lorsqu'il n'existe pas de dispositions communautaires spécifiques régissant les aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales telles que des prescriptions en matière d'information ou des règles régissant la présentation des informations au consommateur. (...) La présente directive complète par conséquent l'acquis communautaire applicable aux pratiques commerciales portant préjudice aux intérêts économiques des consommateurs*. »
[118] E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préf. de P. de Vareilles-Sommières, L.G.D.J., Paris, 2006, spéc. p. 103.
[119] F. TERRE, « Rapport introductif », dans *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p.4 ; D. MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, p.137 ; C. MONTFORT, *La loyauté des pratiques commerciales déloyales en droit communautaire du marché. Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, Thèse dactyl. Lyon 3, spéc. p. 160 et suiv. ; E. POILLOT, « Droit de la consommation. Janvier 2008-décembre 2008 », *D.* 2009, p.393 et suiv.

24. - Sous l'influence du droit communautaire, le droit de la concurrence déloyale s'est donc enrichi depuis quelques années d'une nouvelle branche, dont les règles ont vocation à garantir la loyauté des relations entre professionnels et consommateurs. La source des normes applicables aux pratiques commerciales déloyales implique qu'elles poursuivent des finalités qui ne se cantonnent pas à la seule préservation des intérêts privés des consommateurs et qu'elles sont empruntes de considérations liées à la réalisation du marché intérieur.

25. - Conclusion de la section 1 – Les finalités du droit de la concurrence déloyale – Les règles ayant vocation à assurer une protection contre la concurrence déloyale peuvent être regroupées autour d'une finalité commune : la préservation de la loyauté de la concurrence. La protection contre la concurrence déloyale a cependant été étendue depuis la *Convention d'Union de Paris* à la protection des intérêts des consommateurs. Le consommateur est protégé soit comme intervenant sur le marché, soit en tant que partie faible dans un rapport de droit. Cette finalité commune explique en partie le fondement assigné à la règle de conflit de lois élaborée en matière de concurrence déloyale dans l'article 6 du *Règlement Rome II*, dont le considérant 21 précise que « *en matière de concurrence déloyale et d'actes restreignant la libre concurrence, la règle de conflit de lois devrait protéger les concurrents, les consommateurs et le public en général, et garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché* »[120]. Si le but est commun, chacune des règles de droit matériel poursuit pourtant des finalités matérielles différentes selon la nature du rapport de droit considéré. Ces fonctions particulières des règles de droit matériel permettent alors de distinguer plusieurs catégories au sein de l'institution juridique de la concurrence déloyale selon que l'on considère les actes de concurrence déloyale commis dans les relations entre professionnels ou les pratiques commerciales déloyales commises dans les relations de consommation. Les règles régissant les actes de concurrence déloyale ont vocation à préserver les intérêts privés des professionnels et des concurrents ainsi

[120] Pour une approche nuancée de ce fondement, *infra*, §143 et suiv.

que, le cas échéant, l'égalité des moyens dans la concurrence lorsque les actes de concurrence déloyale affectent également l'intérêt général. Les règles régissant les pratiques commerciales déloyales ont quant à elles vocation à préserver les intérêts économiques des consommateurs et participent à la réalisation du marché intérieur.

Section 2 Les marges de manœuvre des Etats membres

26. - La présente étude n'a pas vocation à offrir une étude de droit comparé des règles de droit matériel régissant la concurrence déloyale (actes de concurrence déloyale ou pratiques commerciales déloyales)[121]. Les marges de manœuvre des Etats membres sont envisagées ici dans le contexte de l'élaboration et de la mise en œuvre des normes de droit matériel régissant la concurrence déloyale. Leurs sources sont en effet diverses en la matière : convention internationale, règlement ou directive communautaires, disposition légale, règle prétorienne, codes de conduite privé, *etc*. Le degré d'équivalence des normes devrait donc être évalué afin de déterminer les domaines dans lesquels la diversité des législations nationales subsiste. La divergence des finalités matérielles au sein de l'institution juridique de la concurrence déloyale incite alors à dissocier l'étude des marges de manœuvre en fonction de la nature du rapport de droit considéré. La diversité des normes régissant la concurrence déloyale est ainsi tolérée lorsqu'il s'agit de préserver la loyauté de la concurrence dans les relations entre professionnels (*§1 – La matière des actes de concurrence déloyale*). Elle est davantage contrôlée, voire supprimée, dans le cadre de la protection du consommateur résidant sur le territoire communautaire contre les pratiques commerciales déloyales (*§2 – La matière des pratiques commerciales déloyales*). Les instruments privés de régulation présentent enfin la particularité d'uniformiser le standard de comportement dans des

[121] Pour des études de droit comparé, se reporter, notamment, dans le domaine des actes de concurrence déloyale, à E. ULMER, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté économique européenne*, Dalloz, Paris, 1978, 1036p; OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, op. cit. ; B. DUTOIT, « Convergences et divergences des droits nationaux de la concurrence déloyale dans la CEE », dans *Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du Colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, pp.97-117 ; R. W. de VREY, *Towards a European Unfair Competition law. A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006; R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, op. cit.
Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, C. MONTFORT, *La loyauté des pratiques commerciales déloyales en droit communautaire du marché. Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, op. cit. ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit. H. COLLINS, (Ed.), *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Applications*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2004, 293p.; S. WEATHERILL and U. BERNITZ (Eds), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, 290p.

domaines spécifiques *(§3 – Les mécanismes de régulation privée)*.

§1 La matière des actes de concurrence déloyale

27. - Des études ont été menées à partir du milieu du vingtième siècle sur l'opportunité de l'unification des règles de droit matériel régissant les actes de concurrence déloyale[122]. La conclusion était sans appel : si une unification était souhaitable, elle n'était pas possible[123]. Existe-t-il alors de réels obstacles à l'élaboration d'un droit de la concurrence déloyale commun aux Etats ou ceux-ci cherchent-ils à conserver une certaine latitude d'action afin de pouvoir réguler l'ensemble des comportements déloyaux, même non connus ? Seuls quelques types d'actes de concurrence déloyale déterminés ont fait l'objet d'un rapprochement des législations nationales (*A – La diversité encadrée*). Dans les autres domaines, la structure particulière de la définition d'un acte de concurrence déloyale permet aux Etats d'adapter sans cesse leurs règles aux nouveaux comportements des professionnels (*B – La diversité tolérée*).

A La diversité encadrée

28. - Les premières tentatives de rapprochement des normes garantissant une protection contre les actes de concurrence déloyale résultent de la *Convention d'Union de Paris*, et ont été poursuivies au sein de l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle et sur le commerce (ci-après l'*Accord sur les ADPIC*) (*a) La coopération interétatique*). Des actes de droit communautaire dérivé ont ensuite été adoptés afin

[122] UNIDROIT, « Observations préliminaires pour une étude comparative en matière de concurrence déloyale », 1957.
[123] UNIDROIT, op. cit.

d'harmoniser les législations des Etats membres de l'Union européenne dans des domaines particuliers (*b) L'harmonisation des législations nationales*).

a) La coopération interétatique

29. - L'absence de règles matérielles exécutoires dans la *Convention d'Union de Paris* - L'élaboration de l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* et des dispositions pertinentes de l'*Accord sur les ADPIC* résulte d'un processus décisionnel fondé sur la coopération interétatique entre Etats souverains et égaux. Il semble que l'insertion de dispositions relatives à la concurrence déloyale dans ces conventions internationales ait moins pour but d'imposer un contenu normatif précis que de refléter un accord sur un objectif commun. L'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* reflète en effet la préoccupation des Etats de s'assurer de l'existence d'un consensus, à l'échelon international et dans l'intérêt commun des Etats, quant à la nécessité d'une protection contre la concurrence déloyale. Les dispositions contenues dans ce texte ne relèvent pas d'une logique d'intégration, mais de coopération interétatique en vue de la réalisation cet objectif de protection. La *Convention d'Union de Paris* ne contient pas de règles matérielles directement exécutoires dans les Etats contractants[124]. Les particuliers n'ont donc pas la possibilité d'invoquer directement les dispositions qu'elle contient devant le juge national.

30. - L'intégration minimale des règles relatives aux appellations d'origine et aux secrets de fabrique - En imposant aux Etats membres de l'Organisation Mondiale du Commerce des obligations minimales, l'*Accord sur les ADPIC* leur laisse une marge de manœuvre conséquente. Ils peuvent par exemple offrir à leurs ressortissants une protection supérieure à celle prescrite dans la norme minimale, et sont libres de choisir les moyens appropriés pour l'intégrer dans l'ordre interne[125]. Ce texte est plus

[124] P. BOLLA, *Rapport sur la possibilité de réaliser une certaine unification en matière de concurrence déloyale*, UNIDROIT, Rome, 1959.
[125] T. FLORY, *L'organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, op. cit., p.173, §432.

contraignant que la *Convention d'Union de Paris*, dans la mesure où les Etats sont tenus de mettre leur législation en conformité avec les dispositions qu'il contient. L'impact de l'*Accord sur les ADPIC* est cependant relativement limité en matière de concurrence déloyale, et ne vise expressément que les indications d'origine et la protection des secrets de fabrique (« *la protection des renseignements non divulgués* »). L'article 39 de l'*Accord sur les ADPIC* se combine alors avec l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* et définit les obligations des Etats en matière de secrets de fabrique. Il précise en effet qu'il s'agit d'un cas particulier de concurrence déloyale, qui n'est pas expressément mentionné dans l'article 10 bis[126]. La même plus-value peut être constatée dans le cadre de l'article 22, qui adopte également une définition plus précise des notions d'appellations d'origine[127].

31. - Le recours à une convention internationale n'imposant pas de règles matérielles uniformes montre que les Etats, ou leurs représentants, ont entendu conserver le *policy making*[128] dans les domaines couverts par la *Convention d'Union de Paris* et par l'*Accord sur les ADPIC*. Ces deux textes reflètent une prise de conscience commune des Etats signataires quant à la nécessité d'établir un cadre normatif de protection contre la concurrence déloyale. Les Etats ont cependant souhaité préserver leur souveraineté pour l'élaboration et la mise en œuvre des normes censées garantir cette protection.

b) L'harmonisation des législations nationales

32. - L'acquis communautaire en matière d'actes de concurrence déloyale – La matière commerciale et industrielle relève du premier pilier de l'Union européenne. Son classement dans le pilier communautaire signifie que la matière est guidée par une

[126] OMPI, *Incidences de l'Accord ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI*, Genève, 1996, p.59.
[127] *Ibid*, p.41 pour les indications géographiques et les indications de provenance.
[128] P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 14.

idée d'intégration, et non de simple coopération entre les Etats. Les Etats perdent alors en principe leur souveraineté dans les domaines visés, et ne peuvent plus édicter de règles en présence d'une intervention communautaire[129]. Malgré l'opinion doctrinale qui prétend qu'un « *embryon de droit européen de la concurrence déloyale est en formation sous la poussée conjuguée de la CEE et de la Cour de Justice des Communautés européennes*[130] », l'incidence de l'ordre juridique communautaire est très faible en matière d'actes de concurrence déloyale commis dans les relations entre professionnels.

33. - La notion d'actes de concurrence déloyale n'a pas fait l'objet d'une définition, ni dans un texte de droit dérivé[131], ni par la Cour de Justice des Communautés européennes[132]. Dans un arrêt *Miro*[133], celle-ci a montré qu'elle tenait, à travers l'exigence impérative de loyauté des transactions commerciales, à respecter les traditions nationales en ce qui concerne l'évaluation de la morale ou de l'éthique des affaires[134]. Elle a en effet affirmé dans cette affaire que « *dans un régime de marché commun, des intérêts tels que la loyauté des transactions commerciales doivent être assurées dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les différents Etats membres* [135]». Le juge communautaire renvoie donc aux autorités nationales le soin de définir la manière dont doivent être conçus les usages loyaux et honnêtes permettant d'encadrer les comportements déloyaux. Seule la

---

[129] *Ibid*., p.31.
[130] B. DUTOIT, « Convergences et divergences des droits nationaux de la concurrence déloyale dans la CEE », op. cit., spéc. pp.99 et 117.
[131] La *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* n'a pas d'impact sur la définition de la notion d'actes de concurrence déloyale commis dans les relations entre professionnels, dans la mesure où elle ne vise que les relations de consommation ; *supra*, §22.
[132] Sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine de la concurrence déloyale, *infra*, §379 et suiv.
[133] CJCE, *Miro*, 26 novembre 1985, aff. 182/84, Rec., p.3731.
[134] Déjà, CJCE, *Prantl*, 13 mars 1984, aff. 16/83, Rec., p.1299, pts. 26 et 27.
[135] CJCE, *Miro*, op. cit., pt. 24 ; dans l'exposé de ses arguments, le gouvernement allemand allait même plus loin dans le raisonnement, en prétendant que la question de savoir si la mesure néerlandaise était nécessaire relevait de la compétence exclusive des juridictions nationales, et qu'elle devait être effectuée en fonction de « la conception que l'on a des relations commerciales dans le pays considéré ». Il soutenait également que « *étant donné que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier ces données de fait (la conception que l'on a des relations commerciales dans le pays considéré), il leur appartiendrait, et non à la Cour, d'en décider. Lorsque le législateur national, compétent pour prendre une telle décision, aurait réglé la question, la juridiction nationale serait tenue de respecter son évaluation* » (pt.13 de l'arrêt).

conception nationale de la concurrence déloyale peut permettre d'évaluer le caractère nécessaire de la mesure restrictive pour la justifier.

34. - Il existe également très peu de textes ayant pour objet de rapprocher les législations nationales relatives aux actes de concurrence déloyale commis entre professionnels. Certains ont été adoptés sur le fondement de l'article 95 du *Traité CE*, comme par exemple le *Règlement relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires*[136], la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*[137], qui codifie les directives antérieures dans le domaine de la publicité[138]. La rareté des textes de droit dérivé en matière d'actes de concurrence déloyale commis entre professionnels ne peut être imputée au manque de pertinence d'une intervention communautaire dans ce domaine. Très tôt, la doctrine européenne concluait en effet à la nécessité d'une harmonisation communautaire des législations nationales en vue d'en supprimer les divergences[139]. Les autorités communautaires ont d'ailleurs elles-mêmes reconnu, lors de l'élaboration de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, la nécessité

---

[136] Règlement du Conseil du 14 juillet 1992 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires *J.O.C.E.* n°L208 du 24.07.1992.

[137] Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), *J.O.C.E.* 27.12.2006, L376/21 (ci-après la *Directive sur la publicité comparative et sur la publicité trompeuse*).

[138] Elle abroge notamment la Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, et la Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

[139] Par exemple, E. ULMER, « Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun », op. cit., spéc. p. 43. De nombreux articles ont été consacrés à cette question, parmi lesquels : G. SCHRICKER, "The Efforts Towards Harmonization of the Law of Unfair Competition in the European Economic Community", *I.I.C.* 1973, vol.4, n°2, pp.201-226; F.-K. BEIER, "The Law of Unfair Competition in the European Community – Its Development and Present Status", *European Intellectual Property Review*, 1985, pp.284-291; G. SCHRICKER, "European Harmonization of Unfair Competition Law – A futile Venture?", *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 1991, vol.22, n°6, pp.788-801; R. WÄGENBAUR, « La législation de la Communauté européenne en matière de concurrence déloyale », dans *Un droit de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, pp.9-27 ; F. HENNING-BODEWIG and G. SCHRICKER, "New Initiatives for the Harmonization of Unfair Competition Law in Europe", (2002) *E.I.P.R.*, pp.271-276; G. DWORKIN, "Unfair Competition: Is it Time for European Harmonization?", in *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honor of William R. Cornish*, Ed. by D. Vauer and L. Bently, 2004, pp.175-188.

d'une réflexion sur ce sujet, en vue notamment d'améliorer la sécurité juridique et la prévisibilité pour les professionnels exerçant des activités transfrontières[140].

35. - Les obstacles à l'harmonisation du droit des actes de concurrence déloyale - Si l'opportunité et la pertinence de l'action ne semble pas contestée, des obstacles juridiques et institutionnels ont été invoqués pour contester la compétence de la Communauté dans le domaine des actes de concurrence déloyale[141]. Les autorités communautaires ont justifié leur intervention par les incidences transfrontières des activités couvrant la publicité et les communications commerciales[142]. L'objet de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* est plus large, et consiste à « *protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite* [143]». Ses dispositions ne poursuivent donc pas seulement un objectif de réalisation du marché intérieur, mais également de protection des professionnels contre les actes de concurrence déloyale commis dans le domaine de la publicité. Si elle restreint expressément son champ d'application aux relations entre professionnels, la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* est pourtant intégrée au bloc de dispositions visant à assurer la protection des consommateurs. Or selon certains auteurs[144], la protection des intérêts privés des professionnels ne peut être incluse dans la politique visée à l'article 153 du *Traité CE* relatif à la protection des intérêts des consommateurs. Des considérations d'opportunité commandent cependant d'écarter l'argument tiré de l'absence de compétence de la

---

[140] Considérant 8 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, « *(...) Il va de soi qu'il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale* ».

[141] Certains auteurs expliquent la carence actuelle par l'absence de coopération entre les Directions de la Commission européenne pouvant intervenir dans ce domaine (la DG Protection des consommateurs et la DG Marché intérieur) (HANDIG, "The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?", op. cit.; R.M. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces", op. cit., spec. p.12).

[142] Considérants 2, 3 et 5 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*: « *incidence directe sur le bon fonctionnement du marché intérieur (...), distorsions de concurrence du fait de la publicité trompeuse ou illicite (...), entravent la réalisation de campagnes publicitaires par-delà les frontières nationales et ainsi affectent la libre circulation des marchandises et des prestations de services* ».

[143] Article 1er de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*.

[144] G. SCHRICKER, "European Harmonization of Unfair Competition Law – A futile Venture?", op. cit.

Communauté en matière de concurrence déloyale. Il est en effet aujourd'hui admis que les règles relatives à la concurrence déloyale protègent de manière équivalente les professionnels et les consommateurs.

36. - L'effectivité du rapprochement des législations nationales dans les domaines harmonisés – Même si elle est parcellaire, l'intervention communautaire existe dans les domaines précités (publicité et appellations d'origine). Il convient donc d'identifier, en fonction du degré d'intégration imposé, les marges de manœuvre des Etats membres. L'intégration imposée par la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* varie selon que l'on considère le domaine de la publicité trompeuse ou celui de la publicité comparative. En matière de publicité trompeuse, le texte fournit aux Etats « *des critères minimaux et objectifs sur la base desquels il est possible de déterminer qu'une publicité est trompeuse*[145] ». Il s'agit d'une harmonisation minimale, qui a pour but de fournir aux Etats membres des éléments d'appréciation du standard de comportement[146]. Les Etats membres peuvent donc adopter des mesures plus strictes, qui offrent une protection plus étendue aux professionnels et aux consommateurs. En matière de publicité comparative, un véritable contenu normatif est en revanche imposé aux Etats[147]. La *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* contient « *un concept général de publicité comparative destiné à s'appliquer à toutes ses manifestations pour couvrir toutes les formes de celle-ci* [148]», et qui s'applique en principe en vertu d'une harmonisation maximale[149]. Le texte semble cependant admettre de manière exceptionnelle l'existence de marges de manœuvre des Etats membres même en matière de publicité comparative. Ainsi, ceux-ci peuvent conserver des dispositions plus strictes dans certains domaines lorsque ces règles interdisent une publicité comparative qui serait licite en vertu de l'article 4 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*[150].

---

[145] Considérant 7 et article 3 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*.
[146] Article 8 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*: « *La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les Etats membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents.* »
[147] Article 4 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*.
[148] Considérant 8 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*.
[149] Article 8 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*: « (…) Le premier alinéa n'est pas applicable à la publicité comparative pour autant que la comparaison est concernée. »
[150] Article 8, point 3 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*: « Les dispositions de la présente directive concernant la publicité comparative n'obligent pas les Etats membres

37. - Le *Règlement n°2081/92 relatif aux indications géographiques et aux appellations d'origine* se rattache à la politique agricole commune. Il a pour objet d'assurer un régime de protection similaire à tous les producteurs établis sur le territoire de la Communauté, en leur assurant des conditions de concurrence égales sur le marché, ainsi qu'une meilleure crédibilité des produits aux yeux des consommateurs[151]. De portée générale, obligatoire dans tous ses éléments, et directement applicable dans tout Etat membre[152], son application uniforme est garantie sur tout le territoire de la Communauté[153]. Dans ce domaine, l'intervention communautaire ne vise donc pas seulement à favoriser un rapprochement des législations nationales, mais à imposer le contenu normatif des règles qu'il contient. Les Etats membres ne disposent par conséquent d'aucune marge de manœuvre dans le domaine harmonisé par le *Règlement n°2081/92 relatif aux indications géographiques et aux appellations d'origine*.

38. - Le degré d'intégration des textes adoptés à un niveau supranational afin de tenter de rapprocher les législations nationales en matière d'actes de concurrence déloyale n'impose qu'un seuil minimal de protection dans des domaines déterminés comme les secrets de fabrique, les appellations et les indications d'origine et la publicité trompeuse. Dans ces domaines, les législations nationales sont équivalentes du point de vue du résultat devant être atteint en matière de protection contre la concurrence déloyale. Au sein de l'ordre juridique communautaire, l'harmonisation minimale implique en effet une compatibilité entre les législations nationales, l'objectif poursuivi par les autorités communautaires devant être respecté lors de la transposition dans

---

qui, dans le respect des dispositions du traité, maintiennent ou introduisent des interdictions de publicité pour certains biens ou services, qu'elles soient imposées directement ou par un organisme ou une organisation qui est responsable, en vertu des législations des Etats membres, de règlementer l'exercice d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, à permettre la publicité comparative pour ces biens ou services. Lorsque ces interdictions sont limitées à des médias déterminés, la présente directive s'applique aux médias qui ne sont pas couverts par ces interdictions. »

[151] Considérant 7 du *Règlement n°2081/92*.

[152] Article 249 du *Traité CE*.

[153] J.-V. LOUIS, « Le règlement, source directe d'unification des législations », dans D. DE RIPAINSEL-LANDY, A. GERARD, A. LIMPENS-MEINENTZHAGEN, J.-V. LOUIS, P. SOLDATOS, R. VANDER ELST, G. VANDERSANDEN, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Préf. de M. WAELBROECK, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, pp.15-35, spéc.p.31.

l'ordre interne[154]. La diversité des règles permettant de parvenir au résultat prescrit est par conséquent encadrée, mais les Etats conservent leurs marges de manœuvre quant aux moyens pour y parvenir.

B La diversité tolérée

39. - La flexibilité et la notion floue de concurrence déloyale - Les règles régissant les comportements déloyaux ont généralement une structure similaire dans les Etats disposant d'une loi spéciale sur la concurrence déloyale et dans les Etats dans lesquels elles résultent d'une construction prétorienne[155]. Une clause générale de définition des actes de concurrence déloyale ou des pratiques commerciales est assortie d'une liste non limitative des comportements illicites ou illégaux. La plupart des Etats se sont en effet inspirés du modèle de l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris*, qui constitue, *de facto*, un socle commun[156]. La concurrence déloyale est une notion indéterminée, qui ne peut être étudiée sans son corollaire, le standard de la loyauté de la concurrence. La clause de définition générale est en effet similaire dans tous les Etats : le comportement (l'acte) doit être apprécié en fonction du modèle de standard de comportement fourni par l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris* (de manière générale, les usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, la loyauté). Le caractère extrêmement flexible du modèle proposé par l'article 10 bis donne ainsi aux Etats contractants une marge de manœuvre importante quand à la détermination du caractère déloyal de tel ou tel comportement.

40. - En l'absence de disposition législative précisant les actes de concurrence déloyale interdits (*per se* ou à certaines conditions), l'appréciation du respect du standard de comportement est laissé à la libre appréciation des juges nationaux. Le

---

[154] C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Préf. de P.-Y. Gautier, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2007, spéc. p. 141, §191.

[155] Sur les solutions retenues dans les divers droits nationaux, se reporter aux références citées supra, note 128.

[156] F. HENNING-BODEWIG, "International Unfair Competition Law", op. cit., spéc.p.56.

choix d'une délégation implicite au juge de la qualification du comportement en cause grâce à une notion indéterminée traduit l'approche pragmatique de la matière. La flexibilité de la clause générale remplit en effet une fonction importante, dans la mesure où elle garantit l'adaptabilité de la matière à l'évolution du monde des affaires, et permet de « *dominer la diversité des faits* [157]». L'utilisation d'une notion à contenu variable dans la clause générale laisse au juge national une liberté d'appréciation suffisante pour adapter la notion d'actes de concurrence déloyale aux circonstances de fait de chaque litige[158]. Le caractère subjectif du standard de comportement[159] garantit ainsi l'adaptabilité permanente des règles relatives aux actes de concurrence déloyale à tous les nouveaux types de comportements[160]. Le choix d'une notion indéterminée comme élément de la règle de droit révèle donc la volonté politique des Etats de permettre que cette notion puisse avoir un sens, et par conséquent un contenu, différent selon les systèmes juridiques[161].

---

[157] E. ULMER, « Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun », op. cit., spéc. p.36.

[158] Voir par exemple P. BOLLA, « Rapport sur la possibilité de réaliser une certaine unification en matière de concurrence déloyale », op. cit., p.17, qui considèrait que « *dans ce domaine, il faut renoncer à la rigidité abstraite de la norme, pouvant seule procurer la sécurité absolue de l'ordre juridique ; comme d'autre part on ne peut pas non plus avoir une norme pour chaque hypothèse (ce qui signifierait, en définitive, la destruction de la norme), il faut se contenter d'une règle comportant une certaine flexibilité, une certaine adaptabilité aux circonstances de fait, adaptabilité dominée forcément par les exigences de l'équité* ».

[159] La Cour de Cassation française retient comme standard de comportement les usages loyaux du commerce. Elle a fait successivement référence aux usages professionnels, puis aux usages honnêtes du commerce : Cass., com., 29 mai 1967, *Bull.*IV, ,n°211, qui juge que les « usages professionnels ne sont pas opposables à la victime qui ne faisait pas partie de la chambre syndicale » ; Cass., com., 10 décembre 1974, n°72-13950, *Bull.*IV, n°325, p.268 ; Cass., com., 26 mai 1983, n°81-14433, *Bull.IV*, n°149. La position de la Chambre commerciale est apparue plus nuancée de prime abord, en faisant référence aux usages loyaux du commerce, mais en appréciant également le comportement déloyal « compte tenu des particularités du marché très spécialisé où s'exerçaient les activités des sociétés » : Cass., com., 25 juin 1996, n°94-13661. La jurisprudence utilise ensuite seulement le concept d'usages loyaux du commerce : pour un exemple, Cass., com., 1er juillet 2003, n°01-13052.
Dans d'autres pays, le standard de comportement est fixé dans la loi : par exemple, l'article 2 de la loi suisse contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 dispose qu'est « déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients ». Le critère subjectif a peu à peu été supplanté, pour apprécier la licéité du comportement en cause, par le critère objectif des effets de l'acte sur un marché ; ainsi, par exemple, des juridictions suisses, qui appliquent les dispositions de la LCD dès lors que « l'activité incriminée exerce des effets directs ou indirects, même sur la position concurrentielle d'un tiers par rapport à l'auteur de l'acte.

[160] C. CHAMPAUD, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicables en France », op. cit., spéc. p.98.

[161] J. J.A. SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp.263-268, spéc. p.263.

41. - Le cantonnement du standard de comportement aux frontières d'un Etat - Les Etats n'étant pas liés par l'article 10 bis de la *Convention d'Union de Paris*, chaque pays élabore les règles qui répondent aux besoins sociaux sur son propre territoire. De manière générale, le standard de la loyauté qui renvoie aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale s'entend, dans la plupart des Etats, comme l'ensemble des usages en vigueur dans le domaine général du commerce et de l'industrie[162]. Le caractère indéterminé de la notion d'actes de concurrence déloyale permet pourtant à chacun des Etats, par l'intermédiaire de ses juridictions nationales, d'en faire varier le contenu en fonction des besoins spécifiques de son marché national[163]. Le contenu de la notion est ainsi déterminé par le juge lors de la mise en œuvre de la règle, en fonction de « *la tradition et de la conception des intérêts protégés* [164]» de chaque pays. Ce standard revêt donc une dimension nationale, et il revient à chaque juge national de déterminer les contours de ces usages honnêtes ou loyaux[165]. Dans le domaine des actes de concurrence déloyale, le standard de comportement revêt ainsi une double dimension : temporelle, dans la mesure où il répond à un principe d'actualité ; spatiale, dans la mesure où chaque Etat le conçoit en fonction de ses spécificités socio-économiques ou culturelles.

42. - La contrepartie de la flexibilité - L'approche pragmatique est le résultat d'un choix exprimé lors de l'élaboration des règles applicables aux actes de concurrence déloyale, et qui répond au besoin, pour les Etats, de pouvoir réguler l'ensemble des comportements déloyaux se déroulant sur leur territoire. La prévisibilité et la sécurité juridique ne sont cependant pas garanties aux opérateurs qui exercent des activités

---

[162] Le caractère corporatif du standard des usages honnêtes en matière industrielle et commerciale a également été critiqué ; le standard ne serait pas seulement cantonné aux frontières d'un Etat, mais dépendrait également des conceptions de la branche professionnelle en cause. En France, P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTDcom* 1948, pp.541-591 ; A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », op. cit.; également M. HÖPPERGER and M. SENFTLEBEN, "Protection against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation", op. cit., spéc. p.64.

[163] Par exemple, J. J.A. SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », op. cit., spéc. p.264, qui considère que « *le choix de termes de ce genre postule le souci des Etats de ne pas se lier par un comportement spécifique mais bien de laisser à la norme une grande souplesse d'application en fonction des circonstances de l'espèce* ».

[164] E. ULMER, « Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun », op. cit., spéc. p. 36.

[165] P. DEUMIER, « De l'usage prudent des « usages honnêtes ». Réflexions sur un –éventuel- malentendu », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, pp.119-133.

transfrontières. Si la flexibilité des règles substantielles régissant les actes de concurrence déloyale présente un intérêt indéniable pour les Etats, elle est source d'incertitude et d'imprévisibilité pour les opérateurs. Certains types d'actes sont pourtant considérés comme déloyaux dans tous les Etats[166]. Ainsi par exemple des actes de nature à créer une confusion dans l'esprit du public, des actes de nature à induire le public en erreur (comme la publicité mensongère ou trompeuse), les actes de nature à discréditer un concurrent (comme le dénigrement), la violation de secrets d'affaires, l'utilisation du travail d'autrui pour en tirer profit (parasitisme), l'exploitation de la réputation d'autrui (imitation servile, publicité comparative…). Le professionnel exerçant ses activités dans un autre Etat peut par conséquent prévoir que certains comportements sont contraires aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale dans la plupart des Etats.

43. - D'un côté, les législations nationales convergent pour un certain nombre de comportements clairement identifiés comme des actes de concurrence déloyale. D'un autre côté, la flexibilité du concept et du standard de comportement permet aux juridictions nationales d'adapter sans cesse la notion afin d'étendre la protection contre de nouveaux types d'actes de concurrence déloyale. La prévisibilité des solutions n'est donc pas assurée pour les professionnels par les règles de droit matériel adoptées en matière d'actes de concurrence déloyale.

§2 La matière des pratiques commerciales déloyales

44. - En fournissant une définition et une liste de pratiques illégales dans tous les Etats membres, la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* constitue le socle du droit européen des pratiques commerciales déloyales. Les directives sectorielles adoptées précédemment n'ont cependant pas été abrogées et les dispositions qui les

[166] OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, op. cit., spéc. p. 38 et suiv.

transposent sont toujours applicables en vertu du principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale[167]. L'utilisation d'une directive afin de rapprocher les législations nationales implique qu'elle ne lie en principe les Etats membres qu'au regard du résultat à atteindre. Au sein des domaines harmonisés par ces directives, les marges de manœuvre des Etats membres dépendent pourtant du degré d'harmonisation, minimale (*A – Les directives sectorielles : l'équivalence du résultat*) ou maximale (*B – La directive cadre: l'équivalence formelle*).

A Les directives sectorielles : l'équivalence du résultat

45. - L'autonomie conditionnée des Etats membres - Les directives sectorielles adoptées dans le domaine de la concurrence déloyale ont pour objectif de coordonner les législations nationales par une harmonisation minimale[168]. Elles imposent aux Etats membres un seuil minimum de protection des consommateurs ou des concurrents[169]. Les Etats membres ont ainsi la possibilité, dans les domaines coordonnés, d'adopter ou de conserver des dispositions nationales plus strictes qui offrent une protection supérieure[170]. Ils sont libres d'aller plus loin dans la réalisation de l'objectif de protection des consommateurs ou des concurrents lors de la transposition de ces directives dans l'ordre interne[171]. Dans le cadre de la transposition d'une directive d'harmonisation minimale, les Etats membres ne seraient en effet liés que par « *une obligation de compatibilité*[172] ». Il ne peut subsister des divergences entre les législations nationales que si le résultat prescrit par la directive est atteint *in concreto*.

---

[167] Considérant 10 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* : « *(...) La présente directive ne s'applique (...) que lorsqu'il n'existe pas de dispositions communautaires spécifiques régissant des aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales (...)* » ; article 4 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.

[168] Ces directives sont visées expressément dans l'annexe II de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.

[169] Par exemple, la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*.

[170] L. DEFALQUE, « La protection du consommateur européen en matière de publicité et la réalisation du marché intérieur », dans *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp.817-841, spéc. p.831 et suiv.

[171] Sur la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*, *supra*, § 34 et suiv.

[172] C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit.

L'harmonisation minimale étant incomplète, les Etats membres conservent leur compétence pour élaborer des normes visant à compléter les dispositions issues des directives communautaires. En dehors du domaine coordonné par la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, les Etats membres peuvent donc conserver des dispositions plus strictes pour le professionnel afin d'offrir une protection supérieure au consommateur.

B La directive cadre : l'équivalence formelle

46. - Contrairement aux directives précitées, la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* impose une harmonisation complète des législations nationales[173]. Ce degré d'intégration implique que les Etats membres ne sont pas libres lors de sa transposition dans l'ordre interne, et que son contenu doit être repris sur l'ensemble du territoire communautaire[174]. En raison du degré d'harmonisation imposé, « *l'obligation de transposition impose à l'Etat membre « un rapport de stricte conformité (...), l'acte national devant se contenter de reproduire presque servilement les dispositions de la directive » ; ceci nécessite une transposition « à plat » de la directive* [175]». La conséquence du point de vue de la prévisibilité des solutions est importante, dans la mesure où il existe maintenant une liste de pratiques commerciales déloyales interdites *per se* sur tout le territoire communautaire ainsi qu'une définition autonome de la notion de pratique commerciale déloyale.

---

[173] Considérants 12 et 14 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* : « *Les consommateurs et les professionnels pourront s'appuyer sur un cadre règlementaire unique basé sur des concepts juridiques clairement définis règlementant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne. Ceci aura pour conséquence d'éliminer les entraves résultant de la disparité des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et de permettre la réalisation du marché intérieur dans ce domaine* ».

[174] De nombreux Etats ont été condamnés par la Cour de Justice de Communautés européennes pour défaut de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* après le 12 juin 2007: le Luxembourg (CJCE, Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg, aff. C-282/08) ; les Pays-Bas (CJCE, Commission c/ Pays-Bas, aff. C283-08) ; la Grande-Bretagne et Irlande (CJCE, Commission c/ Royaume-Uni et Irlande du Nord, aff. C-284/08) ; l'Espagne (CJCE, Commission c/ Espagne, aff. C-321/08) ; l'Allemagne (CJCE, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C – 326/08) ; la Hongrie (CJCE, Commission c/ Hongrie, aff. C-270/08).

[175] C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., spéc. p. 141, §190.

47. - La liste des pratiques interdites *per se* - Une approche formaliste a été adoptée dans le champ d'application de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* en énonçant que les pratiques commerciales visées dans l'annexe I sont interdites[176]. Cette liste énonce un certain nombre de pratiques commerciales trompeuses ou de pratiques commerciales agressives qui sont interdites *per se* dans tous les Etats membres[177]. Ceux-ci ne disposent d'aucune marge de manœuvre au regard de la liste de pratiques commerciales considérées comme déloyales « *en toutes circonstances*[178] » et « *sans une évaluation au cas par cas* [179]». Couplée avec le degré d'harmonisation complète imposé, cette liste de pratiques commerciales déloyales interdites *per se* implique que les Etats ne peuvent plus en théorie conserver de dispositions nationales protégeant davantage les consommateurs[180]. L'apport de cette énumération est considérable en termes de qualification du comportement dont le professionnel est à l'origine pour inciter le consommateur à acheter un produit ou à conclure un contrat. Elle supprime en effet les risques de qualifications divergentes au regard du caractère déloyal de la pratique en cause. Les professionnels peuvent prévoir que ce type de comportement est illégal sur l'ensemble du territoire communautaire, et les consommateurs sont assurés d'une protection équivalente dans tous les Etats membres. Le formalisme imposé garantit ainsi la prévisibilité des solutions pour les professionnels et pour les consommateurs.

48. - La clause de définition générale des pratiques commerciales déloyales - L'apport de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* est également important en ce qui concerne la définition des pratiques commerciales déloyales. L'article 5 dispose que

[176] Article 5 et annexe I de la de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[177] La liste de ces pratiques figure dans l'annexe II de la présente étude.
[178] Considérant 17 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[179] Considérant 17 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[180] J. STUYCK, E. TERRYN et T. VAN DYCK, "Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in the Internal Market", op. cit., spéc. p. 116.

« *une pratique est déloyale si a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle181 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*[182]».

La diligence professionnelle est définie dans l'article 1, h) comme « *le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité* ».

Toute pratique commerciale déloyale devrait par conséquent être interdite dans tous les Etats membres dès lors qu'elle est contraire à ce standard de comportement et qu'elle affecte les intérêts économiques des consommateurs. En théorie, les risques de qualifications divergentes devraient être réduits dans le domaine coordonné par la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*. Le juge national bénéficie d'une certaine liberté d'appréciation, dans la mesure où il peut tenir compte des circonstances du cas concret lorsqu'il examine la qualification d'un comportement commis par un professionnel au regard de la clause de définition générale[183]. L'interprétation donnée à cette disposition par la Cour de Justice des Communautés européennes assurera cependant une certaine uniformité tout en préservant certaines particularités nationales[184].

---

[181] La diligence professionnelle est définie dans l'article 1, h) comme « *le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité* ».

[182] Cette disposition a été transposée en droit français dans l'article L. 120.1 du Code de la consommation ; sur la transposition en droit français, notamment, G. RAYMOND, « Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », *Contrats, Conc., Conso*. 2006, n°1 p.5 ; M. BRUSCHI, « LME et renforcement de la protection des consommateurs : série noire pour entreprises blanches », *Lamy droit économique* 2009.

[183] Considérant 7 *in fine* de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyale* : « *Il serait judicieux, lors de l'application de la directive, notamment des clauses générales, de tenir largement compte des circonstances de chaque espèce* ».

[184] La Cour de Justice des Communautés européennes a déjà été saisie à plusieurs reprises afin de préciser la portée de l'article 5 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales au regard de certaines législations nationales : par exemple, CJCE, *Zentrale zur Bekampfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, aff. C304/08 ; CJCE, *Mediaprint Zetungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c/ Osterreich- Zeitungsverlag GmbH*, aff. C540/08 ; CJCE, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV*, aff. jointes C-261/07 et C-299/07 ;

49. - Sous l'influence de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, le concept de pratique commerciale déloyale est devenu une notion autonome du droit communautaire. Elle devrait donc remplacer, dans les relations entre professionnels et consommateurs, les différentes expressions utilisées dans les droits nationaux. Les législations nationales devraient en principe être équivalentes dans le domaine des pratiques commerciales déloyales car les Etats membres ne bénéficient que d'une marge de manœuvre réduite dans le domaine des pratiques commerciales déloyales. Le contenu de la notion de pratiques commerciales déloyales peut facilement être identifié grâce à la liste noire de pratiques interdites *per se* dans l'annexe I de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.

§3 – Les mécanismes de régulation privée

50. - L'intérêt affiché pour les codes de conduite privés dans l'ordre juridique communautaire – Les actes de droit communautaire dérivé adoptés dans le domaine de la concurrence déloyale contiennent des références explicites au recours à des mécanismes de régulation privée pour assurer le respect des normes de comportement qu'ils contiennent[185]. L'article 2, f) de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* les définit comme « *un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, règlementaires ou administratives d'un Etat membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité* ». Le contenu de certains codes de conduite privés adoptés dans le domaine de la concurrence déloyale sera tout d'abord décrit (*A – Le contenu des codes de conduite*), pour apprécier ensuite la manière dont ils s'articulent avec les normes de

---

CJCE, *Zentrale zur Bekampfung unlauteren Wettbewerbs e V c/ Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, aff. C-304/08.

[185] Considérants 18 et 20 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, *infra*, §56.

source étatique élaborées en matière de concurrence déloyale (*B – La réception des codes de conduite*).

A – Le contenu des codes de conduite

51. - D'un point de vue institutionnel, les codes de conduite reflètent de la part des Etats une délégation du pouvoir d'élaboration des normes aux opérateurs privés ou à des organisations représentant leurs intérêts[186]. Ils se présentent comme des recommandations adressées aux professionnels, fixant des normes déontologiques propres à chaque branche professionnelle[187]. La Chambre de Commerce International est par exemple à l'origine d'un certain nombre de codes de conduite dans le domaine de la concurrence déloyale. Elle a par exemple publié un *Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication de marketing*[188], un *Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité*[189], un *Code international de pratiques loyales en matière de promotion des ventes d'ICC*[190], un *Code international ICC de vente directe*[191], ainsi qu'un *Code international CCI/E.S.O.M.A.R. de pratiques loyales en matière d'études de marché et d'opinion*. La Ligue internationale pour le droit de la concurrence a également rédigé un *Code de conduite relatif aux pratiques loyales sur l'internet*[192].

52. - Ces codes prévoient des normes de conduite dans le domaine de la concurrence déloyale, en reprenant pour la plupart la typologie des actes de concurrence déloyale résultant de la *Convention d'Union de Paris*. Des comportements correspondant à la loyauté dans la branche professionnelle considérée sont énoncés,

---

[186] Pour une étude globale, F. CAFFAGGI (Ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 357p.
[187] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », dans *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pp.47-66, spéc. p. 48.
[188] Document 240-46/330 du 1er juin 2006.
[189] Document 240/381, 1997.
[190] Document 240/46/237 de mai 2002.
[191] Document 240/406 du 17 juin 1999.
[192] Disponible sur le site <www.ligue.org>

comme par exemple l'information suffisante des destinataires des promotions des ventes, l'interdiction de la publicité trompeuse ou comparative, le dénigrement, l'imitation ou l'exploitation du renom commercial[193]. Le standard de comportement est souvent énoncé de manière identique à celui du respect des usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Ainsi, par exemple, d'un comportement « *conforme aux principes de la concurrence loyale généralement admis dans les relations commerciales*[194] », de la « *loyauté envers les concurrents et les autres acteurs du marché*[195] » ou enfin de la conformité aux « *principes de la concurrence déloyale tels qu'ils sont générés dans les relations commerciales*[196] ».

53. – Le standard de comportement transfrontière: l'adhésion des professionnels – Les codes de conduite privés fonctionnent selon un mécanisme d'adhésion et ils s'appliquent dans une branche déterminée. Par l'adhésion à l'organisme professionnel qui a édicté un code de conduite, les opérateurs qui en sont membres sont informés des standards de comportement existant dans leur secteur d'activité. Une comparaison a très tôt[197] été opérée entre les codes de conduite privés et la *lex mercatoria* mise en lumière par la doctrine[198]. Ils seraient en effet assimilés à des règles anationales, ces dernières ayant été définies comme des

> « *règles qui se forment, s'appliquent, se sanctionnent en dehors, en marge du cadre et des autorités étatiques, à l'intérieur de groupes humains plus vastes et plus réduits à la fois, qui ne se constituent pas au sein d'une nation, mais d'une ou plusieurs professions ou corporations, et plus largement, d'une communauté internationale des commerçants* [199]».

Les codes de conduite privés pourraient également être comparés aux règles modélisées[200], comme par exemple les lois modèles édictées dans le domaine des

---

[193] Article 6 du Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité.
[194] Article 1er du Code international ICC de pratiques loyales en matière de promotion des ventes.
[195] Article 1er du Code international ICC de pratiques loyales en matière de promotion des ventes.
[196] Article 1er du Code international ICC en matière de vente directe.
[197] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », op. cit., spéc. p. 59 ; P. SANDERS, "Codes of Conduct and Sources of Law", dans *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, p. 298.
[198] B. GOLDMAN, « Frontières du droit et « lex mercatoria », *Arch.phil.Droit*, 1964, pp. 177-192.
[199] Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 164, p. 402, §577.
[200] Sur ces règles, E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Recueil des Cours* 2006, t. 322, pp. 9-242, spéc. §212 et suiv.

pratiques anti-concurrentielles au sein de la CNUCED ou de l'OCDE[201]. Ils risquent cependant de suivre le même sort, en l'absence de juridicité particulière, que les lois modèles édictées en matière de concurrence, qui n'ont jamais eu l'effet d'inspiration escompté, en raison notamment des divergences existant entre les Etats dans le type d'économie, le niveau de développement, et les valeurs philosophiques et sociales[202].

54. - Les codes de conduite privés présentent un intérêt dans le cadre des relations internationales. Ils permettent en premier lieu au professionnel d'anticiper ce qui est considéré comme déloyal dans sa branche d'activité, et fournissent en effet aux opérateurs privés et aux juges nationaux une conception du standard de comportement qui dépasse les frontières étatiques dans un secteur professionnel donné[203]. La convergence d'appréciation du respect du standard de comportement s'effectuerait à un niveau supranational grâce aux opérateurs privés qui, lorsqu'ils en sont membres, seraient incités à le respecter quel que soit le lieu où ils exercent leur activité[204]. L'élaboration de codes de conduite serait donc particulièrement adaptée pour les relations transnationales[205]. Ainsi, par exemple, des activités exercées par le biais de l'Internet, pour lesquelles les codes de conduite privés permettant de dépasser les difficultés de localisation des activités litigieuses[206]. A défaut de juridicité particulière, les codes de conduite privés auraient alors une vertu informative pour les professionnels, en ce qu'ils expriment des règles de conduite uniformes, auxquelles les professionnels adhèrent volontairement.

---

[201] Sur ces lois modèles, J. DAVIDOW and L. CHILES, "The United States and the Issue of the Binding or Voluntary Nature of International Codes of Conduct Regarding Restrictive Business Practices", The American Journal of International Law, vol. 72, pp. 247-271; M.R. JOELSON, "The Proposed International Codes of Conduct as Related to Restrictive Business Practices", Law and Policy in International Business, vol. 8 (1976), pp. 837-874; J.R. SHELTON, "Competition Policy: What Chance for International Rules?", *RDAI* 1999, n°4, pp.457-470.

[202] M.R. JOELSON, "The Proposed International Codes of Conduct as Related to Restrictive Business Practices", op. cit..

[203] F. SNYDER, « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Droit et société* 2003, n°54, pp.435-490.

[204] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », op. cit., spéc. p. 48, qui considère que le mécanisme d'autocontrôle est un élément essentiel dans le fonctionnement des codes de conduite privés.

[205] I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regards sur une pratique en expansion », *JCP G* 2003.I.112, pp.337-343.

[206] B. FRYDMAN, "Co-regulation: a Possible Legal Model for Global Governance", 2003.

B – La réception des codes de conduite

55. - L'une des critiques généralement adressées aux codes de conduite privés réside dans le fait qu'ils ne bénéficient d'aucune valeur normative ; élément de *soft law*, le code de conduite n'aurait en tant que telle aucune force obligatoire[207]. Ils ne constitueraient qu'un mécanisme incitant les professionnels à respecter les prescriptions des codes dont ils sont membres. En cas de non-respect, le professionnel en cause pourrait en effet être marginalisé au sein du « club » constitué par les membres du code de conduite privé. Le fait que les autorités communautaires affichent expressément leur intérêt pour ce type de mécanisme de régulation privée dans les actes de droit communautaire invite cependant à s'interroger sur l'opportunité de leur réception dans l'ordre interne. Les avantages de la reconnaissance de la force obligatoire des codes de conduite privés en matière de concurrence déloyale pourraient justifier leur reconnaissance.

56. - Le code de conduite privé comme soutien dans l'appréciation du respect du standard de comportement – Les codes de conduite privés s'appliquent à des activités transnationales, lorsque le droit étatique est incomplet ou inadéquat[208]. Ainsi, par exemple du Code international de pratiques loyales en matière de promotion des ventes d'ICC, qui précise que les codes sont « *destinés à compléter le droit national et international* », ou que « *le code est essentiellement conçu comme un instrument d'autodiscipline, mais il est également destiné à servir aux organes judiciaires et administratifs de document de référence dans le cadre du droit applicable*[209] ». Ils ont également vocation à compléter les dispositions étatiques issues des directives d'harmonisation dans l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où ils sont ainsi considérés comme des mécanismes de co-régulation, permettant d'associer les acteurs

[207] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », op. cit., spéc. p. 48.
[208] M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *Recueil des Cours*, 1983, t.183, p. 9 et suiv., cité par S. METAXAS, *Entreprises transnationales et codes de conduite. Cadre juridique et question d'effectivité*, Etudes suisses de droit international, vol.54, Schulthess, Zurich, 1988, p.5, §6.
[209] Code international de pratiques loyales en matière de promotion des ventes d'ICC, introduction.

privés au stade de l'élaboration des normes[210]. Les autorités communautaires encouragent la réception du contenu des codes de conduite privés dans les ordres juridiques nationaux. Par exemple, le considérant 20 de la *Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs* précise que « *dans les secteurs dans lesquels le comportement des professionnels est soumis à des exigences contraignantes spécifiques, il convient que celles-ci soient également prises en considération aux fins des exigences en matière de diligence professionnelle dans le secteur concerné*», l'objectif étant d'assurer « *une application effective de la directive 2005/29/CE dans des domaines économiques particuliers* ». Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales un code de conduite privé serait ainsi considéré comme un complément, donnant des éléments d'appréciation du respect du standard de comportement. La référence à ces codes de conduite privés dans la directive n'impose pas au législateur ou au juge d'un Etat membre de leur conférer une valeur normative. Affirmer le contraire pourrait contrevenir au principe de l'autonomie procédurale des Etats membres[211] ; il s'agirait alors d'une simple invitation adressée aux Etats membres. La liste de pratiques commerciales déloyales figurant à l'annexe II de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* va un peu plus loin, en précisant que le professionnel qui se prétendrait membre d'un code de conduite privés alors qu'il ne l'est pas commettrait une pratique commerciale déloyale envers les consommateurs.

57. - Certains auteurs considèrent que les codes de conduite élaborés dans le cadre d'une branche professionnelle « *constituent un procédé de création des usages* [212]», particulièrement dans des domaines nouveaux. Or les textes instituant des mécanismes de régulation privés sont à la disposition du juge national chargé d'apprécier le caractère fautif du comportement de l'auteur assigné en concurrence déloyale[213]. Il pourrait ainsi

---

[210] F. CAFAGGI, "Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space", in F. CAFFAGGI (Ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 3-75, spéc. p. 27 et suiv.

[211] J. ZILLER, "Constitutional Boundaries to Self-Regulation: a Comparative Appraisal", in F. CAFFAGGI (Ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 147-159, spéc. p. 158.

[212] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », op. cit., spéc. p. 54.

[213] J. CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », dans *Mélanges en l'honneur de Yves Serra. Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006, pp.59-67, spéc. p.63. De manière générale en droit de la responsabilité civile, F. CAFAGGI and H. MUIR-WATT, "The Making of European Private Law: regulation and Governance Design", European Governance Paper n°N-07-02, 2007, spéc. p. 37.

prendre en considération les dispositions du code de conduite afin d'évaluer le respect du standard de comportement, soit en matière d'actes de concurrence déloyale, soit en matière de pratiques commerciales déloyales[214]. La reconnaissance des normes contenues dans le code de conduite privé par le juge ou par l'arbitre en tant qu'usages permettrait alors de leur conférer une force obligatoire[215]. Leur effectivité serait ainsi garantie lorsque les opérateurs ont exprimé leur volonté d'adhérer au code de conduite privé, et que le juge national les consacre en tant qu'usages[216]. Le juge pourrait donc incorporer ces codes de conduite privés dans l'ordre interne par le biais des usages honnêtes en matière industrielle et commerciale, standard de comportement pour l'appréciation du caractère déloyal et fautif de l'acte. Cette incorporation serait d'autant plus aisée qu'ils sont rédigés de manière précise, ou en fonction de la représentativité et de la légitimité de l'autorité qui les édicte[217] ; il en va ainsi, par exemple, si des associations de consommateurs ont été associées à l'élaboration du code de conduite[218].

58. - Même si les codes de conduite privés ne bénéficient d'aucune force obligatoire tant qu'ils ne sont pas reconnus par le biais des usages par un juge ou un arbitre, ils présentent un intérêt considérable en matière de concurrence déloyale, dans la mesure où ils sont à disposition du tiers saisi lorsqu'il évalue la responsabilité de l'auteur du comportement déloyal.

59. - Conclusion de la Section 2 - Les marges de manœuvre des Etats – L'élaboration des normes régissant la concurrence déloyale résulte de l'intervention

---

[214] H. COLLINS, "EC Regulation of Unfair Commercial Practices", in *The Forthcoming of EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, op. cit., spéc. p. 20.

[215] E. LOQUIN, « Où en est la lex mercatoria ? », dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du vingtième siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, Paris, 2000, pp. 23-51, spéc. p. 32-33.

[216] Déjà,. G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », dans Les transformations de la régulation juridique, J. Clam et G. Martin (sous la dir. de), L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 151-164, spéc. p. 161.

[217] P. SANDERS, "Codes of Conduct and Sources of Law", op. cit., spéc. p. 290.

[218] European Consumer Law Group, « Le *soft law* et l'intérêt du consommateur », *Revue européenne de droit de la consommation* 2001, vol.2, pp.113-133.

combinée des Etats, des autorités communautaires, et des opérateurs par le biais des mécanismes de régulation privée. En matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts des professionnels, les divergences des législations nationales s'expliquent à la fois par des raisons institutionnelles et par les techniques juridiques utilisées. Les particuliers ne peuvent invoquer directement les normes minimales imposées par les conventions internationales, et celles-ci garantissent aux Etats contractants une certaine liberté pour aménager la protection contre ces actes de concurrence déloyale. Peu importe le concept et le régime juridique utilisés, les Etats ne sont tenus que par l'obligation d'assurer l'effectivité de la protection recherchée. En matière de pratiques commerciales déloyales affectant les intérêts des consommateurs, les divergences des législations nationales sont en revanche soit supprimées, soit encadrées. Dans les deux matières, la diversité des législations nationales n'est pas supprimée, et justifie l'étude de la règle de conflit de lois permettant de les coordonner dans l'espace.

60. - Conclusion du Chapitre 1 – La diversité des règles de droit matériel - Au sein de l'institution juridique de la concurrence déloyale, une opposition entre rigidité et flexibilité semble constante, et résulte de volontés contraires: pression normative ou recours aux instruments privés de régulation, législation et règle prétorienne, règles générales et multiplication des règles spéciales, ou enfin volonté d'uniformisation et tolérance de la diversité. Cette opposition peut en apparence générer un risque d'imprévisibilité pour les professionnels exerçant leurs activités dans des Etats différents, pour leurs concurrents ainsi que pour les consommateurs intervenant sur le marché. Au regard des règles de droit matériel, l'enjeu de la sécurité juridique devrait cependant être nuancé, dans la mesure où chaque opérateur subissant les effets dommageables d'un comportement déloyal sait qu'il peut s'attendre à ce que les règles de droit matériel de chaque Etat lui offre une protection contre la concurrence déloyale en vertu de l'existence d'un consensus mondial sur ce point. La diversité des comportements régis par le droit de la concurrence déloyale est dépassée par l'objectif de loyauté des relations entre professionnels ou des relations entre professionnels et consommateurs, car cet objectif est commun aux Etats.

En revanche, dans les domaines non harmonisés, il semble difficile pour cet opérateur de prévoir quel sera le résultat de cette protection et de la mise en œuvre concrète des règles de droit matériel dans tel ou tel Etat. Et l'encadrement ou la suppression des marges de manœuvre des Etats sur le territoire communautaire ne supprime que partiellement ce manque de prévisibilité des solutions. D'un point de vue terminologique, l'intervention communautaire présente pourtant un intérêt considérable, dans la mesure où les Etats membres ne peuvent plus qualifier indifféremment un même comportement d'acte de concurrence déloyale ou de pratique commerciale déloyale. La qualification et l'évaluation de la faute devrait alors respecter non seulement les champs d'application respectifs de la notion autonome de pratique commerciale déloyale et de la notion interne d'acte de concurrence déloyale, mais également les finalités des différents corps de règles applicables. Les comportements déloyaux commis dans les relations entre professionnels devraient être qualifiés d'actes de concurrence déloyale ; ceux commis par un professionnel envers un ou plusieurs consommateurs devraient quant à eux recevoir la qualification de pratiques commerciales déloyales.

Chapitre 2 - L'uniformisation de la règle de conflit de lois

61. - La règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale dans le *Règlement Rome II* s'inscrit dans le système des règles de droit international privé applicables en matière civile et commerciale. En tant que règle uniforme, elle devrait conduire à la désignation de la même loi quelle que soit la juridiction saisie par le demandeur ayant subi les conséquences dommageables d'un comportement déloyal[219]. Les objectifs assignés aux règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations non contractuelles et la méthode du conflit de lois retenue dans le *Règlement Rome II* devraient alors être envisagés. L'incidence de la communautarisation de la règle de conflit de lois assigne-t-elle à cette dernière de nouvelles fonctions, ou la détermination de la loi applicable devrait-elle être effectuée de la même manière que dans les systèmes nationaux de droit international privé ? L'une des premières conséquences de l'uniformisation des règles de conflit de lois réside dans la possibilité pour les opérateurs de pouvoir anticiper la loi qui sera appelée à régir soit leur responsabilité, soit l'évaluation et la réparation du dommage qu'ils ont subi (*Section 1 – La prévisibilité du droit applicable*). Du fait de sa source communautaire, la règle de conflit de lois s'insère ensuite dans l'ordonnancement de des normes élaborées au sein de l'ordre juridique communautaire. Le transfert de compétence quant à l'élaboration de la règle de conflit de lois invite alors à s'interroger sur son incidence sur les relations entre la *lex fori* et la loi étrangère dans le domaine couvert par le *Règlement Rome II* (*Section 2 – La lex fori et la loi étrangère en matière de concurrence déloyale*).

Section 1 – La prévisibilité du droit applicable

Section 2 – La *lex fori* et la loi étrangère en matière de concurrence déloyale

[219] Considérant 6 du *Règlement Rome II*.

Section 1 La prévisibilité du droit applicable

62. - L'interprétation des règles de droit international privé communautaire au regard de l'économie générale du règlement - Pour interpréter une disposition de droit international privé communautaire, la Cour de Justice des Communautés européennes raisonne en combinant l'économie générale du règlement qui la contient et les finalités particulières poursuivies par la disposition en cause. Cette approche est retenue lors de l'interprétation des règles de compétence figurant dans la *Convention de Bruxelles* et dans le *Règlement Bruxelles I*[220]. Il convient donc d'identifier les principes généraux du *Règlement Rome II* (*§1 – L'économie générale du Règlement Rome II*), puis de rappeler le contexte institutionnel de l'adoption de la règle de conflit de lois élaborée en matière de concurrence déloyale afin de déterminer si les travaux préparatoires peuvent aider le juge lors de sa mise en œuvre (*§2 – Le consensus difficile*).

§1 Le système du *Règlement Rome II*

63. - Le bon fonctionnement du marché intérieur constitue un objectif général au sein de l'ordre juridique communautaire, qui comprend des objectifs spécifiques à la matière du droit international privé. Parmi ceux-ci, la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable (*B - L'objectif de sécurité juridique*) et la libre circulation des jugements (*A – La réalisation du marché intérieur*) occupent une place importante.

---

[220] Notamment, CJCE, *Mines de Potasse d'Alsace*, 30 novembre 1976, aff.21/76, Rec., p.1735 ; *JDI* 1977, p.728, note A. Huet ; *RCDIP*1977, p.563, note P. Bourel ; D. 1977, p.614, note G. A.L. Droz, pt. 8 ; CJCE, *Zuid-Chemie BV*, 16 juillet 2009, aff. C-189/08, pt. 17.

A – La réalisation du marché intérieur

64. - Dans le cadre du pilier communautaire, la Communauté ne bénéficie que de compétences d'attribution ; elle ne peut intervenir que si elle y est expressément autorisée. En matière de droit international privé, sa compétence s'insère dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice[221]. Le *Règlement Rome II* contient alors les justifications permettant leur élaboration centralisée (*a) La justification de l'intervention communautaire*). L'incidence de la participation du *Règlement Rome II* à la réalisation du marché intérieur sur son champ d'application géographique devrait ensuite être rappelé (*b) Le champ d'application géographique du Règlement Rome II*).

a) La justification de l'intervention communautaire

65. - La participation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles à la réalisation du marché intérieur: les justifications de la Commission européenne – Le principe selon lequel la Communauté dispose de compétences d'attribution impose à la Commission de justifier son intervention dans le domaine du droit international privé. Ainsi par exemple de l'objectif communautaire du *Règlement Bruxelles I du Conseil du 22 décembre 2000*[222], qui réside dans « *la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale* », ou le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et autres décisions des autorités judiciaires, consacré comme « *pierre angulaire* » de la coopération judiciaire en matière civile[223]. Selon la Commission européenne, l'harmonisation des règles de conflit de lois devrait

---

[221] Considérant 1 du *Règlement Rome II*.
[222] Considérant 6 du *Règlement Bruxelles I* : « *Pour atteindre l'objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale, il est nécessaire et approprié que les règles relatives à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions soient déterminées par un instrument juridique communautaire contraignant et directement applicable*. »
[223] Considérant 3 du *Règlement Rome II*.

favoriser leur reconnaissance mutuelle[224]. L'élaboration centralisée des règles contenues dans le *Règlement Rome II* est justifiée par le fait que

> «*le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les Etats membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite*[225]».

L'harmonisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles permettrait ensuite d'éviter les distorsions de concurrence entre les justiciables communautaires[226]. La Commission avait en effet précisé dans l'exposé des motifs de la *Proposition Initiale* que celle-ci

> «*contribuait à assurer l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques et citoyens impliqués dans un litige transfrontière dans le marché intérieur. Elle constitue ainsi le complément nécessaire de l'harmonisation déjà réalisée par le règlement « Bruxelles I » au niveau des règles de compétence internationale des tribunaux et de reconnaissance mutuelle des décisions*[227] ».

66. - Les réactions doctrinales – La participation des règles de conflit de lois adoptées en matière d'obligations non contractuelles à la réalisation du marché intérieur a fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales. Elle ne semble pas discutée pour le *Règlement Bruxelles I*, qui favorise la libre circulation des jugements et des décisions sur le territoire communautaire. Il bénéficie pour cela d'un champ d'application spatial limité à ce territoire[228]. Le *Règlement Rome II* est en revanche d'application universelle [229]; son caractère universel a pu faire douter certains auteurs de sa vocation à avoir une « *incidence transfrontière* » et de la « *nécessité de contribuer au renforcement*

[224] *Proposition Initiale*, op. cit., exposé des motifs.
[225] Considérant 6 du *Règlement Rome II.*
[226] Considérant 13 du *Règlement Rome II.*
[227] *Proposition Initiale*, op. cit., exposé des motifs p. 6.
[228] Sur ce point, *infra*, § 67.
[229] Article 3 du *Règlement Rome II.*

du marché intérieur » au sens de l'article 65, b) du *Traité CE*[230]. Contrairement à la logique adoptée dans le *Règlement Bruxelles I* pour la compétence judiciaire, le *Règlement Rome II* ne se borne en effet pas à délimiter le champ d'application des lois des Etats membres dans l'espace, mais permet également la désignation de la loi d'un Etat tiers pour régir l'obligation non contractuelle en cause. Or la compétence de la Communauté pour élaborer des règles de conflit de lois applicables dans les rapports avec les Etats tiers a été contestée[231]. Certains auteurs considèrent alors que cette compétence se justifie par des considérations « *de politique et d'opportunité* [232]», au regard de « *la complexité pratique qu'impliquerait le maintien de deux jeux de règles de conflit (l'un pour les situations intracommunautaires et l'autre pour les situations extracommunautaires) et à la difficulté qu'il y aurait à distinguer les situations relevant du marché intérieur des situations dites externes* [233]». Si la légitimité de l'intervention communautaire pour l'élaboration de règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations non contractuelles a été mise en cause, le texte a néanmoins été adopté et est applicable dans les Etats membres depuis le 11 janvier 2009. Il s'insère dans le système des règles de droit international privé applicables en matière civile et commerciale ; en tant que tel, il devra être confronté aux méthodes et aux objectifs assignés à celles-ci.

b) Le champ d'application géographique du *Règlement Rome II*

---

[230] C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, « Observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *J.D.I.* 2003, pp.7-38, spéc. p.12.

[231] Notamment, House of Lords, European Union Commitee, *The Rome II Regulation. Report with Evidence*, op. cit., spéc. p.18 et suiv. ; P.R. BEAUMONT, "Chapter 2. Private international Law of the European Union: Competence Questions arising from the Proposed Rome II Regulation on Choice of Law in Non-Contractual Obligations", in *Private Law, Private International Law, and Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, R. A. Brand and M. Walter (Eds), Thomson/West, 2005, pp.15-26, spéc. p.22.

[232] S. FRANCQ, « Le règlement « Rome II » concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles entre droit communautaire et droit international privé », *J.D.E.* n°154, 10/2008, p.289-301, spéc. p.291.

[233] S. FRANCQ, op. cit.

67. - La libre circulation des décisions et les règles de compétence judiciaire - L'économie générale du *Règlement Bruxelles I* est centrée sur l'objectif de libre circulation des décisions en matière civile et commerciale[234]. Pour réaliser ce but, les règles de compétence doivent refléter l'existence d'un « *lien entre les litiges couverts (...) et le territoire des Etats membres qu'il lie*[235] », et « *présenter un haut degré de prévisibilité*[236] ». Depuis les premières décisions visant à interpréter les dispositions de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, la Cour de Justice des Communautés européennes a constamment cherché à lier les règles de compétence judiciaire avec les objectifs d'intégration de l'ordre juridique communautaire. Le juge communautaire a par exemple énoncé

> «*qu'en vue de supprimer les entraves aux relations juridiques et à la solution des litiges dans l'ordre des relations intracommunautaires en matière civile et commerciale, la Convention comporte, entre autres, des règles permettant de déterminer la compétence des juridictions des Etats membres dans ces relations et facilitant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ; que, dès lors, la Convention doit être interprétée en tenant compte, à la fois, du système et des objectifs qui lui sont propres et de son lien avec le traité*[237]».

Or l'objectif de libre circulation des décisions au sein de l'Union européenne a une incidence sur le champ d'application géographique des règlements adoptés en matière civile et commerciale. Une distinction entre les litiges intracommunautaires et extracommunautaires est nécessaire dans le domaine des règles de compétence judiciaire[238]. Comme la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, le *Règlement Bruxelles I* ne s'applique que lorsque le litige est « *intégré à la Communauté*[239]» [240]. La

---

[234] Considérant 6 du *Règlement Bruxelles I*.
[235] Considérant 8 du *Règlement Bruxelles I*.
[236] Considérant 11 du *Règlement Bruxelles I*.
[237] CJCE, 6 octobre 1976, aff. 12/76.
[238] En général, la doctrine n'est pas favorable à la distinction des litiges intracommunautaires et extracommunautaires : notamment, O. REMIEN, "European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice", op. cit. pp. 75-76; E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen: un espace cohérent ? », dans *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, sous la dir. de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004, pp.31-49.
[239] G. A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, Paris, 1972, spéc. p. 13.
[240] Les dispositions du *Règlement Bruxelles I* s'appliquent lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre, lorsqu'une juridiction d'un Etat membre dispose d'une compétence exclusive

mise en œuvre des règles de compétence judiciaire contenues dans le *Règlement Bruxelles I* est ainsi subordonnée à l'existence d'un lien géographique ou matériel entre le litige et le territoire de la Communauté[241], les règles de compétence internationale des Etats membres devant être respectées dans les litiges extracommunautaires[242]. L'élaboration des règles de compétence propres aux litiges intracommunautaires n'a donc pas pour but de supprimer totalement les règles de compétence retenues dans les Etats membres.

68. - L'objectif de libre circulation des décisions et les règles de conflit de lois – Comme le *Règlement Bruxelles I*, le *Règlement Rome II* fait expressément référence à l'objectif de libre circulation des décisions en matière civile et commerciale dans le considérant 4. En revanche, la distinction entre les litiges intracommunautaires et extracommunautaires n'a plus lieu d'être dans le domaine des règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations non contractuelles et en matière d'obligations contractuelles. En vertu de l'article 2, les dispositions du *Règlement Rome II* sont directement applicables dans les Etats membres, même si la loi désignée par la règle de conflit est la loi d'un Etat tiers. La mise en œuvre du *Règlement Rome II* est donc automatique dès lors qu'une juridiction d'un Etat membre est saisie. L'application universelle du *Règlement Rome II* permet la coordination dans l'espace de toutes les lois, sans restriction à la coordination des seules lois des Etats membres[243]. Cette solution présente l'intérêt de faciliter l'identification des règles de conflit de lois pertinentes dans une situation donnée, et de supprimer les difficultés liées à la distinction entre les relations intracommunautaires et les relations extracommunautaires.

69. - Même si le *Règlement Bruxelles I* et le *Règlement Rome II* n'ont pas le même champ d'application géographique, il existe un lien communautaire entre la compétence

---

dans les matières visées à l'article 22, ou enfin lorsque les parties, dont l'une au moins réside sur le territoire communautaire, ont attribué compétence, par le biais d'une clause d'élection de for, à une juridiction d'un Etat membre.

[241] Sur cette question, E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », op. cit..

[242] Article 4 du *Règlement Bruxelles I.*

[243] P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. FUCHTS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2004, pp. 185-203, spéc. p. 190.

judiciaire et la compétence législative. Ce lien n'emporte cependant aucune conséquence sur le processus de détermination de la loi applicable[244], dans la mesure où il repose seulement sur l'objectif communautaire de réalisation du marché intérieur, permettant de justifier l'élaboration centralisée de règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles.

B – L'objectif de sécurité juridique

70. - L'affirmation expresse de l'objectif - Le principe de sécurité juridique a comme corollaire le principe de prévisibilité et de clarté des règles applicables[245]. L'opérateur devrait avoir la possibilité de prévoir et d'anticiper le résultat de la mise en œuvre des règles de droit international privé afin d'ajuster son comportement[246]. Le *Règlement Rome II* met l'accent sur ce principe, qui est également associé à la justification d'une intervention communautaire dans le domaine des obligations non contractuelles. Il est expressément énoncé dans le considérant 11 du *Règlement Bruxelles I*[247], et dans le considérant 6 du *Règlement Rome II*, qui précise que

> «*le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les Etats membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite* [248]»

---

[244] Sur ce point, *infra*, § 85 et suiv.
[245] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Préf. de L. Leveneur, Defrénois, Paris, 2009, § 11 et suiv.
[246] W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, pp.657-674, spéc. p.660.
[247] Considérant 11 du *Règlement Bruxelles I* : « *Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement* ».
[248] Le considérant 16 du *Règlement Rome I* est rédigé de manière identique, dans la mesure où il précise que : « afin de contribuer à l'objectif général du présent règlement qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen, les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité (…). »

Entendu comme un principe général du droit communautaire[249], l'exigence de clarté et de prévisibilité des règles et des solutions qui en résulte a vocation à préserver les intérêts privés des justiciables communautaires[250]. Contrairement à l'objectif de réalisation du marché intérieur, sa portée pourrait être importante, dans la mesure où il pourrait s'agir d'une directive adressée au juge national chargé de la détermination de la loi applicable[251].

71. - La compétence judiciaire et la sécurité juridique - Les règles de compétence internationale s'inscrivent dans une logique de droit processuel, qui vise à la « *satisfaction des besoins d'une bonne administration de la justice de droit privé* [252]». Le principe de bonne administration de la justice, l'accès à la justice, la prévisibilité du for et le lieu envisagé des mesures d'exécution sont des éléments à prendre en considération pour l'élaboration des règles de compétence judiciaire. Les règles de compétence constituent des « *règles matérielles et directes*[253] », qui permettent seulement au juge saisi de se prononcer sur sa propre compétence ; il ne peut en aucun cas statuer sur la compétence d'un juge d'un autre Etat membre. La règle de compétence judiciaire touche à la souveraineté de l'autorité qui l'édicte[254], mais elle a vocation à la satisfaction d'intérêts privés. Dans ce domaine, la recherche de la sécurité juridique consiste à permettre au demandeur et au défendeur de pouvoir prévoir devant quel tribunal l'action sera intentée[255]. L'existence d'un lien géographique étroit entre la situation et le tribunal appelé à en connaître ainsi que des raisons de commodité

---

[249] Sur cette question, R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 319 p., spéc. p. 199 et suiv.; notamment, CJCE, *Farrauto*, 18 février 1975, 66/74, Rec.p.157.
[250] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ème éd., PUF, 2001, p.363, §293.
[251] *Infra*, §323 et suiv..
[252] D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, op. cit., p.139, §127.
[253] B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., § 12, p.9.
[254] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8ème édition, Précis Dalloz, Paris, 2004, p. 13, §19.
[255] CJCE, *Rosler*, 15 janvier 1985, aff. 241/83, pt. 23 ; CJCE, *Jacob Handte*, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Rec. p.I-3967, pt. 19 ; CJCE, *Besix*, 19 février 2002, aff. C256/00, Rec. p. I-1699, pts. 25 et 26 ; CJCE, *Saint Paul Dairy Industries*, 28 avril 2005, aff. C-104/03, pt. 19 ; CJCE, *DFDS Torline*, 5 février 2004, aff. C-18/02, pt. 36 ; CJCE, *Owusu*, 1er mars 2005, aff. C-281/02, pts. 28 et suiv.

procédurale[256] constituent donc des objectifs importants des règles de compétence judiciaire, qui découlent de l'exigence de sécurité juridique[257].

72. - La compétence législative et la sécurité juridique - Dans le cadre de la compétence législative, la règle de conflit de lois devrait garantir « *la continuité des situations juridiques individuelles et l'harmonie internationale des solutions, le respect des attentes des parties et la prévisibilité des solutions, le maintien de la cohésion de la société du for et la cohérence de ses institutions* [258]». Les intérêts privés des parties doivent être préservés, notamment, par la désignation de la loi qui « *présente les liens les plus étroits avec leurs intérêts permanents* [259]». L'élaboration des règles contenues dans le *Règlement Rome II* semble s'inscrire dans la tradition des Etats membres dans le domaine des conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles. L'équilibre entre les intérêts de chacune des parties et la prévisibilité des décisions de justice ont été recherchés lors de l'élaboration des facteurs de rattachement. Le considérant 16 du *Règlement (CE) n° 864/2007* précise en effet que « *le recours à des règles uniformes devrait améliorer la prévisibilité des décisions de justice et assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée* ». Il vise ensuite à garantir le respect de « *l'exigence de sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction de cas individuels* », qui sont, en vertu du considérant 14 du *Règlement (CE) n° 864/2007*, « *des éléments essentiels d'un espace de justice*». En apparence, il ne semble donc pas que le principe de sécurité juridique ait, en droit international privé communautaire, une portée différente de celle qui lui est conférée dans les systèmes nationaux de droit international privé. Il s'agit de garantir que les opérateurs aient la possibilité d'anticiper le contenu et la solution découlant de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois afin d'adapter leur

---

[256] Sur les fondements des règles de compétence applicables en matière de concurrence déloyale, *infra*, § 131 et suiv. ; sur leur mise en œuvre concrète, *infra*, § 321et suiv.

[257] M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.241-262, spéc. p.243 et suiv.

[258] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p.41, §92 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., p. 3.

[259] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois) », op. cit., spéc. p. 275.

comportement[260]. La source communautaire des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* pourrait cependant exercer une influence sur cette question.

73. - La portée du principe de sécurité juridique dans les règles de droit international privé communautaire - Le principe de sécurité juridique pourrait avoir une incidence renforcée sur le rôle du juge dans la mise en œuvre des règles de droit international privé élaborée au sein de l'Union européenne. Cette source non écrite du droit communautaire est inhérente à l'ordre juridique communautaire, en ce sens qu'elle serait «*fondée sur les bases constitutionnelles, économiques et politiques de l'intégration communautaire* [261]». Dans l'ordre juridique communautaire, la logique de l'intégration économique fonde ce principe, dont la finalité principale réside dans la protection des justiciables communautaires[262]. Sa nature implique qu'il s'impose, en tant que source non écrite, aux juridictions nationales chargées d'appliquer les dispositions de droit communautaire[263]. La valeur du principe de sécurité juridique est particulièrement mise en valeur par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des règles de compétence internationale. Sa jurisprudence tend à établir une ligne directrice selon laquelle la mise en œuvre par le juge national d'une règle de compétence dans un sens défavorable à la prévisibilité du for ne serait pas conforme au principe de sécurité juridique en tant que fondement de la *Convention de Bruxelles*[264]. Transposé dans le domaine du conflit de lois, ce constat impliquerait que le juge national chargé d'appliquer la règle de conflit de lois pourrait être tenu de l'interpréter d'une manière telle qu'elle soit compatible avec le *Traité CE* et les principes généraux

---

[260] L'analyse économique de la prévisibilité ne fournit pas de conclusions en sens opposé : par exemple, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC law*, 2nd Ed., OUP, 2006, 591p., spéc. p.242: "*A group of persons which knows that it will be discriminated against by public authorities can plan its actions accordingly so as to alleviate the adverse effects of such discrimination. The principle acquires particular importance, inter alia, in economic law. Economic and commercial life is based on advance planning so that clear and precise legal provisions reduce transaction costs and promote efficient business. Legal certainty must thus be seen as contributing to the production of economically consistent results.*"

[261] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., spéc. p. 366.

[262] R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit communautaire. Origines et concrétisation*, op. cit. , spéc. p. 202 : « *L'exigence de prévisibilité et de fiabilité est donc axée autour de la nécessité de protéger les destinataires de la règlementation communautaire des changements imprévisibles de cette dernière, afin qu'ils puissent participer activement à la vie économique et prendre des engagements en connaissant « les règles du jeu ».*

[263] D. SIMON, *ibid*, spéc. p. 369.

[264] *Supra*, note 219 et les références citées.

du droit[265], dont celui de sécurité juridique. La portée de ce principe serait ainsi plus étendue que dans les systèmes nationaux de droit international privé, dans la mesure où il pourrait avoir une force contraignante pour le juge national.

74. - L'objectif de libre circulation des décisions ne semble pas prépondérant au sein du système du *Règlement Rome II*. Il exprime seulement la complémentarité nécessaire, du point de vue de l'autorité compétente pour les élaborer, entre les règles de compétence judiciaire et les règles de conflit de lois applicables en matière civile et commerciale. Le principe de sécurité juridique est en revanche affiché comme un objectif majeur, constituant la clé de voûte du système du *Règlement Rome II*. Il est donc susceptible d'exercer une influence directe sur le rôle du juge national lors de la mise en œuvre des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles.

§2 Le consensus difficile

75. - L'adoption du *Règlement Rome II* fournit un exemple des difficultés de mise en œuvre d'une volonté politique centralisée face aux influences des Etats. La question de l'élaboration d'une règle de conflit de lois en matière de concurrence déloyale a en effet été longuement débattue entre les différentes institutions communautaires. La règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale a été insérée dès 2003 dans la *Proposition Initiale*, mais elle a été remodelée au fur et à mesure des débats doctrinaux et institutionnels pour arriver à une solution de compromis. Le contexte institutionnel dans lequel cette règle a été adoptée devrait être envisagé afin de déterminer s'il fournit des indications quant à la manière dont la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale devrait être mise en œuvre (*A – Les influences nationales* ; *B – L'évolution de la rédaction de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale*).

---

[265] Sur la fonction des principes généraux du droit dans l'ordre juridique communautaire, se reporter à T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC law*, op. cit.., spéc.p.29.

A Les influences nationales

76. - Les solutions adoptées au sein des Etats membres ont joué un rôle dans le choix du critère de rattachement, mais le texte finalement adopté en matière de concurrence déloyale est également le fruit de négociations entre les institutions communautaires.

77. - Le choix de la règle de conflit de lois après une analyse de droit comparé – Le recours à la méthode du droit comparé est courant lorsque l'on cherche à élaborer une nouvelle règle de conflit de lois[266]. La lecture des travaux préparatoires du *Règlement Rome II* montre que le choix du critère de rattachement de l'article 6 du *Règlement Rome II* ne découlerait pas d'une volonté politique spécifique, mais d'une approche comparative des solutions adoptées en matière de concurrence déloyale dans les Etats membres[267]. Plusieurs tendances peuvent pourtant être observées selon que les Etats ont adoptés une loi régissant le droit international privé, ou qu'ils ont laissé aux juges le soin d'adapter la règle de conflit de lois générale[268]. Dans le premier cas, l'adoption d'une règle de conflit de lois spécifique coïncide souvent avec l'existence d'une loi spéciale sur la concurrence déloyale, comme par exemple en Suisse[269], en Autriche[270], aux Pays-Bas[271] ou en Espagne[272]. Le comportement déloyal est alors localisé sur le marché affecté. La Belgique a également codifié son droit international privé[273], mais le critère du lieu du résultat a été retenu, la concurrence déloyale

---

[266] Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », op. cit., spéc. p.85 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, op. cit., §25, p. 45, et les références bibliographiques citées.
[267] *Proposition Initiale*, exposé des motifs, op. cit. pp. 13 et 14.
[268] Pour une étude comparative précise, se reporter à A. TROLLER, "Unfair Competition", op. cit; A. DYER, "Unfair Competition in Private international Law", op. cit. ; T. KADNER GRADZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, op. cit., spéc. p.86 et suiv.
[269] Article 136 de la LDIP suisse du 18 décembre 1987 ; pour une étude générale, se reporter à F.-J. DANTHE, *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Librairie Droz, Genève, 1998.
[270] Article 48, alinéa 2 de la loi sur le droit international privé du 15 juin 1978 ; *RCDIP*1979, p.174.
[271] Article 4, alinéa 1er de la loi sur le conflit de lois en matière d'actes illicites (2001).
[272] Article 4 de la loi du 10 janvier 1991 sur la concurrence déloyale.
[273] Loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé ; *RCDIP* 2005, p. 154. Pour des études générales, se reporter notamment à N. WATTE et C. BARBE, « Le nouveau droit international privé

obéissant à un régime dérogatoire par rapport à la règle générale. Dans le second cas, la loi applicable à la concurrence déloyale est généralement déterminée grâce à localisation du lieu du délit, sans mettre en œuvre de critère de rattachement spécifique[274]. Dans la *Proposition Initiale*, la Commission européenne a justifié le choix en faveur du critère du résultat ou du marché affecté par la convergence des solutions nationales en la matière[275], alors qu'une grande partie des Etats membres n'avaient pas adopté de règle spécifique. Si le recours à la méthode du droit comparé est affiché par la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la *Proposition Initiale*, il n'est cependant pas précisé si la règle de conflit de lois élaborée en matière de concurrence déloyale est directement inspirée d'une règle de conflit de lois d'un Etat membre. L'article 6 du *Règlement Rome II* ne serait donc explicitement inspiré d'aucun système national de droit international privé.

78. - L'exercice des influences lors de l'examen du texte au Parlement européen – Le rapport rendu le 27 juin 2005 par le Parlement européen a exprimé son opposition à l'égard des règles de conflit de lois spéciales[276]. La position du Parlement européen a été qualifiée de « *véritable contre-proposition* [277]». Les amendements proposés visaient en effet à supprimer les règles de conflit de lois spéciales prévues en matière de concurrence déloyale, d'atteintes à l'environnement, de responsabilité du fait des produits défectueux et d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité[278]. Le rapporteur du texte au Parlement européen justifiait cette position par le fait qu'« *en l'absence de preuve convaincante en sens contraire et de définitions claires des délits civils en cause, les règles générales suffis<ai>ent pour traiter les situations dont il s'agit* [279]». Il semblerait que l'approche retenue par le Parlement européen ait été influencée par la formation au système de droit international privé anglais de certains

---

belge. Etude critique des fondements des règles de conflit de lois », *JDI* 2006, pp.851-927 ; J.-Y. CARLIER, « Le code belge de droit international privé », *RCDIP* 2005, p. 11 et suiv.

[274] Par exemple, en France.

[275] *Proposition Initiale*, exposé des motifs, op. cit., pp.13 et 14.

[276] Les amendements ont été votés par le Parlement européen réuni en session plénière le 6 juillet 2005 ; Rapport du Parlement européen du 27juin 2005 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), COM (2003) 427 final, *J.O.C.E.* C157, 6 juillet 2005.

[277] C. HAHN, Intervention sur la genèse du *Règlement Rome II* lors du colloque organisé par le CREDIMI, op. cit.

[278] Amendements 27, 29 et 33.

[279] Rapport du Parlement européen du 27juin 2005, op. cit,, exposé des motifs.

des parlementaires[280]. Les amendements proposés visaient à placer la règle générale au centre du processus de résolution du conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles, et à conférer une importante liberté d'appréciation au juge. L'influence anglaise se vérifie particulièrement au sein du débat relatif à l'adoption de règles de conflit de lois spéciales pour certains délits civils spécifiques. Ainsi, le rapporteur de la *Proposition Initiale* au Parlement européen avait énoncé, dans l'exposé des motifs du rapport adopté en première lecture[281], que

> « *alors que le rapporteur est persuadée que des dispositions particulières sur les produits défectueux pourraient être introduites si une bonne raison le justifiait, elle n'est pas du tout disposée à insérer des dispositions relatives à la concurrence déloyale et aux atteintes à l'environnement en l'absence d'une définition énonçant clairement quels délits civils recouvrent ces termes.* »

Cette position radicale s'est renforcée à partir du moment où les négociations relatives au règlement ont été conduites en langue anglaise et pourrait s'expliquer par le statut particulier dont bénéficiait la concurrence déloyale en droit international privé anglais de *common law*[282].

79. - Si la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale a donc été élaborée après une comparaison des solutions retenues dans les Etats membres, elle n'est cependant directement inspirée d'aucune d'entre elles. Des jeux d'influences se sont exercés lors des discussions, mais où aucun pays ne semble avoir exercé une influence déterminante dans le processus de négociation.

---

[280] C HAHN, op. cit.
[281] Rapport du Parlement européen du 27juin 2005, op. cit, exposé des motifs.
[282] La règle de la *double actionability* s'appliquait en effet à tous les dommages réalisés à la suite d'un délit commis avant le 1er mai 1996. Elle produisait une conséquence intéressante en matière de concurrence déloyale : le droit anglais ne connaissant pas ce concept, les juridictions anglaises n'étaient jamais amenées à se prononcer sur des conflits de lois en la matière. Cette règle a été abandonnée depuis l'entrée en vigueur du *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, mais elle a conservé son influence.

B L'évolution de la rédaction de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale

80. - La réaction de la Commission européenne - Dans la *Proposition Initiale*, l'article 5, intitulé « *Concurrence déloyale* » était rédigé comme suit :

> « *1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou risquent d'être affectés de façon directe et substantielle.*
> *2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 3, paragraphes 2 et 3, est applicable.* »

La Commission européenne a rejeté en février 2006 les amendements visant à la suppression de ces règles de conflit de lois spéciales[283]. Elle a cependant tenu compte de la position du Parlement en précisant les règles de conflit de lois concernées, en affirmant que « *les considérants 12, 13 et 14 de la proposition modifiée se réfèrent désormais à la législation communautaire secondaire qui traite de ces questions. En outre, la terminologie juridique de ces articles a été modifiée pour l'aligner sur celle employée dans le droit dérivé.* » Pour l'essentiel, la Commission a cependant conservé sa position initiale. A la suite des amendements proposés par le Parlement européen en première lecture, la Commission européenne a entendu préciser la portée de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale. Pour ce faire, elle a indiqué que la proposition modifiée de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles faisait désormais référence aux actes de droit communautaire dérivé adoptés en matière de pratiques commerciales déloyales. Elle a par conséquent partiellement abandonné en 2006 la référence à la notion de concurrence déloyale pour la remplacer par la notion de pratiques commerciales déloyales telle que définie dans la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*. L'article 7 de la Proposition Modifiée, intitulé « *Pratiques commerciales déloyales* », était rédigé comme suit :

---

[283] Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), COM (2006) 83 final, présentée par la Commission le 21 février 2006 (ci-après la *Proposition Modifiée*).

« *1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale est désignée par l'article 5, paragraphe 1er. Le pays où le dommage survient ou menace de survenir est celui sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont ou risquent d'être affectés de façon directe et substantielle.*

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 5, paragraphes 2 et 3 est également applicable. »

L'avis adopté par le Parlement européen en seconde lecture en janvier 2007 reflétait certaines concessions[284]. Le point d'achoppement entre le Parlement européen et le Conseil concernait cependant la question de l'introduction d'une règle de conflit de lois spéciale en matière de diffamation. Le premier souhaitait qu'une telle règle de conflit soit insérée, alors que le second souhaitait renvoyer son examen à une date ultérieure[285]. Le Conseil n'ayant pas approuvé les amendements proposés par le Parlement européen, une procédure de conciliation a été mise en place en mai 2007 en vertu de l'article 251, points 3 et 4 du *Traité CE*, afin d'obtenir un rapprochement entre les positions du Parlement européen et du Conseil. Le texte final du *Règlement Rome II* a été adopté le 11 juillet 2007.

81. - Ensuite, la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale a de nouveau évolué : la notion de pratiques commerciales déloyales a de nouveau été supprimée pour être remplacée par celle de concurrence déloyale, et la notion d'actes restreignant la libre concurrence a été insérée. L'article 6 de la position commune arrêtée par le Conseil, intitulé « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* », était rédigé comme suit :

« *1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.*

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable.

---

[284] Position du Parlement européen en seconde lecture, T6-0006/2007.

[285] Position commune adoptée par le Conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), rendue le 11 août 2006, dans laquelle le Conseil proposait un article 30 intitulé clause de réexamen concernant les obligations non contractuelles découlant des accidents de la circulation et les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation.

3. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays sur le marché duquel la restriction produit un effet ou est susceptible d'en produire.

4. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »

La rédaction de la règle de conflit de lois proposée fait référence au droit communautaire de la concurrence, et aux dispositions figurant dans les articles 81 et 82 du *Traité CE*[286]. L'ajout d'un alinéa 3 relatif aux pratiques anticoncurrentielles dans la règle de conflit de lois résulte de la volonté politique de la Commission européenne. L'insertion du point 3 dans la règle relative à la concurrence déloyale se justifie par l'appartenance des deux types de règles de droit matériel au même ensemble qu'est le droit de la concurrence[287]. L'ajout subi du point 3 de l'article 6 relatif aux actes restreignant la concurrence ne signifie pourtant pas que la règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale soit fondée sur les mêmes principes[288]. Seule cette dernière sera analysée dans le cadre de cette étude, à l'exclusion de la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes restreignant la concurrence. Dans sa rédaction finale, l'article 6 du *Règlement Rome II* intitulé « *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence* » dispose que

« *1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.*

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable.

3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être.

b) Lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet Etat membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire,

---

[286] Considérants 22 et 23 du *Règlement Rome II*.
[287] *Supra*, § 18 et suiv.
[288] *Infra*, § 155 et suiv.

cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'Etat membre de cette juridiction.

4. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »

82. - L'évolution de la rédaction de l'article 6 met en lumière les difficultés rencontrées pour parvenir à un consensus, et qui sont liées à la détermination de ce que recouvre précisément la notion de concurrence déloyale ainsi que la délimitation de son champ d'application au regard de la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes restreignant la concurrence[289]. Les débats institutionnels relatifs à la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale montrent que le résultat de son élaboration résulte d'influences diverses, nationales et communautaires, mais qu'aucune ne prévaut sur les autres. Le caractère centralisé du processus décisionnel n'empêche pas l'influence de certains systèmes ou de certaines traditions juridiques. L'article 6 reflète cependant considérablement le caractère de compromis du texte, les concessions réciproques s'exprimant à la fois du point de vue de la catégorie de rattachement (« *concurrence déloyale* »), et du point de vue de l'absence de caractère de règle de conflit de lois spéciale[290]. Ce compromis révèle, dès son adoption, les difficultés posées par l'article 6 du *Règlement Rome II*, et pourraient avoir des répercussions au stade de sa mise en œuvre.

83. - Conclusion de la Section 1 – La prévisibilité du droit applicable - Si l'objectif de réalisation et de bon fonctionnement du marché intérieur a permis aux autorités communautaires de justifier l'adoption de règles uniformes en matière d'obligations non contractuelles, il n'exerce pas d'influence directe au stade de la détermination de la loi applicable. De manière générale, les règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations non contractuelles devraient donc être interprétées au regard de l'économie générale du *Règlement Rome II*, et particulièrement au regard

[289] Sur ce point, *infra*, § 112 et suiv.
[290] Sur ce point, *infra*, § 148 et suiv.

de l'objectif de prévisibilité du droit applicable. En ce qui concerne la règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale, les travaux préparatoires ne semblent pas fournir d'informations suffisamment cohérentes sur les objectifs poursuivis et sur le contenu de la catégorie de rattachement. En particulier, le recours au droit comparé ne semble pas utile pour interpréter cette disposition. Des lignes directrices devraient par conséquent être identifiées[291].

[291] Sur ce point, *infra*, § 111 et suiv.

Section 2 La *lex fori* et la loi étrangère en matière de concurrence déloyale

84. - Les relations entre la *lex fori* et la loi étrangère dépendent traditionnellement des liens existants entre la compétence judiciaire et la compétence législative[292]. Ceux-ci déterminent, notamment, la méthode du conflit de lois retenue – unilatérale ou bilatérale. Les deux types de compétence étant liées par l'objectif communautaire de réalisation du marché intérieur, il convient de s'interroger sur le point de savoir si ce lien fonctionnel crée un autre type de lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative lors de la détermination de la loi applicable en matière d'obligations non contractuelles au sein du *Règlement Rome II*, et en particulier en matière de concurrence déloyale (*§1 – L'articulation de la règle de compétence judiciaire et de la règle de conflit de lois*). S'il est ensuite admis que l'objectif de réalisation du marché intérieur n'exerce pas d'influence sur la méthode du conflit de lois au stade de la désignation de la loi applicable, il pourrait avoir un impact au stade de son application (*§2 – L'articulation des normes*).

§1 L'articulation de la règle de compétence judiciaire et de la règle de conflit de lois

85. - En France, les obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale était localisées avant l'entrée en vigueur du *Règlement Rome II* au

[292] Sur ces liens, H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », reproduit dans *Choix d'articles*, L.G.D.J., Paris, 1976, pp.303-313 ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative », *Recueil des Cours* 1977, t.156, p.277.

lieu où cet acte avait été commis en vertu de la règle de conflit de lois générale[293], ce qui conduisait dans la très grande majorité des cas à l'application de la loi française malgré l'existence d'éléments d'extranéité dans le litige (*A – Le constat de l'application de la lex fori par les juridictions françaises*). Il convient alors de confronter cette situation avec la méthode du conflit de lois retenue dans le *Règlement Rome II* (*B - La méthode du conflit de lois dans le Règlement Rome II*).

A Le constat de l'application de la *lex fori* par les juridictions françaises

86. - Le constat de l'application de la *lex fori* en matière de concurrence déloyale – Avant l'entrée en vigueur du *Règlement Rome II*, la matière de la concurrence déloyale était rattachée en France, comme pour les faits juridiques, à la *lex loci delicti*. Il ne devait donc pas exister en principe de liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en matière de concurrence déloyale. La consultation des arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation dans les dix dernières années montre pourtant que les juridictions françaises ont tendance à appliquer la loi française dans les litiges de concurrence déloyale présentant des éléments d'extranéité.

87. - Par exemple, les principes du droit français gouvernant la concurrence déloyale ont été appliqués pour trancher un litige relatif au parasitisme commis par une société canadienne ayant conçu et mis au point au Canada un logiciel en utilisant le travail de recherche d'une société française, le logiciel ayant ensuite été commercialisé en France par une filiale de la société canadienne[294]. Ainsi également d'une affaire tranchée par le Tribunal de Grande instance de Paris en 1998[295] dans laquelle des sociétés de droit français reprochaient à la société PLD Enterprises, ayant son siège social au Texas, des actes de concurrence déloyale. Les premières reprochaient à la

---

[293] *Supra*, § 7.
[294] Cass., 1ère civ., 13 décembre 2005, pourvoi n°03-21154.
[295] TGI Paris, 3ème Chambre, 27 mars 1998, L'Oréal, Parfums Guy Laroche, The Polo Lauren Company, Cacharel et Ralph Lauren c/ PLD Enterprises, op. cit.

seconde d'offrir sur le réseau Internet des produits cosmétiques faisant référence à leurs marques, ces comportements constituant des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale (vente à un coût dérisoire d'une « *version* » des eaux de toilettes considérées. Les flacons et emballages étaient visiblement livrés en France. Le Tribunal de Grande instance a considéré que les actes de contrefaçon étaient constitués au regard de l'article L. 713-2 du Code de la Propriété intellectuelle, et que

> « *la présentation sur le tableau de référence et sur le catalogue de la marque de leurs eaux de toilette avec l'affichage d'un prix de vente bien inférieur, constitu(ait) en l'espèce un acte distinct de la contrefaçon, caractérisant une concurrence déloyale dont les demanderesses (étaient) bien fondées à solliciter la réparation.* »

Ainsi, encore, d'un litige tranché par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation[296] dans lequel des sociétés néerlandaises et anglaises reprochaient à une société française des actes de concurrence déloyale. La Cour d'Appel avait rejeté leur demande en considérant qu'aucun acte de concurrence déloyale ne pouvait être caractérisé. La Chambre commerciale a cassé l'arrêt au visa de l'article 1382 du Code civil, en précisant que la Cour d'Appel aurait dû « *rechercher, comme il lui était demandé, si le fait de vendre sous une marque similaire des produits modifiés et défectueux ne portait pas atteinte à la réputation commerciale des sociétés* » néerlandaises. Dans un autre cas, la Chambre commerciale le 18 juin 2002 a également appliqué le droit français de la concurrence déloyale[297], alors que l'une des sociétés au litige alléguait un comportement déloyal et un préjudice subi au Japon par l'une de ses filiales. Le fait dommageable (des agissements parasitaires) était entièrement situé au Japon. La Cour a cependant considéré que la Cour d'Appel avait souverainement considéré que le comportement de la société défenderesse ne constituait pas un comportement déloyal et fautif au regard des principes du droit français, alors même que les arguments du pourvoi l'incitaient à prendre en considération les consommateurs japonais et non français. L'article 1382 du Code civil a ainsi été appliqué dans un litige[298] opposant une société de droit belge associée à une société de droit français vendant des produits en Belgique. La société belge reprochait à la société française un

[296] Cass., com., 30 mai 2000, pourvoi n°97-10575.
[297] Cass., com., 18 juin 2002, pourvoi n°99-21236.
[298] Cass., com., 19 décembre 2000, pourvoi n°98-22915.

détournement de clientèle sur la marché belge. L'application de la loi française n'a pas été contestée[299].

88. - Le constat est révélateur de la primauté de l'application de la *lex fori* dans la jurisprudence française. Il conviendra de l'expliquer dans le cadre de cette étude en confrontant la pratique des juridictions françaises avec le caractère bilatéral de la règle de conflit de lois adoptée dans le *Règlement Rome II*[300]. Cette situation pourrait en effet générer une forme de *forum shopping* que les autorités communautaires cherchent à encadrer sur le territoire communautaire.

B La méthode du conflit de lois dans le *Règlement Rome II*

89. - La méthode bilatérale du conflit de lois postule une égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère[301]. Cette égalité n'est assurée que si la résolution du conflit de lois est indépendante du for saisi, et qu'il n'existe aucun lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative[302]. Ce lien existe en revanche dans le cadre de la méthode unilatérale du conflit de lois ; dès lors que l'on cherche à délimiter le champ d'application dans l'espace de la *lex fori*, elle n'est plus à égalité avec la loi étrangère[303]. La résolution du conflit de lois n'est donc pas indépendante du for saisi, et il existe un lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative. Cette corrélation relève, dans le cadre de la méthode unilatérale, d'une conception politique du conflit de lois[304] :

---

[299] Le même constat peut être formulé dans de nombreuses décisions, comme par exemple, Cass., com., 27 juin 2000, pourvoi n°98-14984 ; CA Paris, 19 septembre 2001, disponible sur le site www.legalis.net; Cass., com ; 9 octobre 2001, pourvoi n°00-17007 ; Cass., com., 26 mars 2002, pourvoi n°99-20251 ; Cass., com., 28 janvier 2003, pourvoi n°00-18732 ; CA Versailles, 16 septembre 2004, n°2003-02914 ; Cass., com., 11 janvier 2005, pourvoi n°02-10566 ; CA Paris, 26 avril 2006, disponible sur le site <www.legalis.net>, ; CA Rennes, 8 janvier 2008, n°06/02027 ; TGI Paris, 11 janvier 2008, n°03/04457 ; CA Nancy, 1er octobre 2008, n°06/02023.

[300] *Infra*, § 220 et suiv..

[301] B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 81, §103 et suiv.

[302] H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », op. cit.

[303] B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p.88, § 110 et suiv.

[304] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p.85, §145.

le primat de la *lex fori* est fondé sur le principe de souveraineté de l'Etat qui a édicté la règle. La compétence judiciaire et la compétence législative étant liées, l'application d'une loi étrangère est alors en principe inconcevable. Le *Règlement Rome II* ne contient aucune précision sur le caractère bilatéral ou unilatéral des règles de conflit de lois qu'il contient. L'analyse des normes de droit communautaire a parfois conduit la doctrine à conclure à l'émergence de considérations unilatéralistes dans le règlement du conflit de lois[305]. La méthode bilatérale semble pourtant avoir été retenue dans le domaine des obligations non contractuelles.

90. - L'égalité affichée entre la *lex fori* et la loi étrangère - En matière d'obligations non contractuelles, les règles de compétence judiciaire et les règles de compétence législative ont des fondements différents, mais elles convergent vers la recherche d'un règlement satisfaisant des intérêts privés en cause dans le litige[306]. La *lex fori* joue un rôle subsidiaire en matière de faits juridiques, dans laquelle les considérations de souveraineté ont reculé. Son application a dans un premier temps été favorisée sur le fondement de l'article 3, alinéa 1[er] du Code civil[307] ; la doctrine préconisait alors de ne pas dissocier la compétence judiciaire et la compétence législative[308]. Cette conception a ensuite été abandonnée et le caractère bilatéral de la règle de conflit de lois désignant la *lex loci delicti* en matière de faits juridiques reconnu. Sous l'empire de la *lex loci delicti*, les critères de rattachement retenus dans pour la compétence judiciaire[309] et la compétence législative convergent[310], mais il n'existe aucun lien entre elles. L'élaboration des règles contenues dans le *Règlement Rome II* semble s'inscrire dans la tradition des Etats membres[311]. Il contient des règles

---

[305] Par exemple, B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *Recueil des Cours* 2003, t. 305, pp. 9-487, spéc. p. 276 et suiv. ; H. MUIR-WATT, "European Federalism and the "New Unilateralism"", *Tulane Law Review* 2008, p.82.

[306] Sur ce point, *infra*, § 131 et suiv.

[307] H. MAZEAUD, « Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *RCDIP*1934, pp.376-402, spéc. p.383 et suiv.

[308] G. BEITZKE, « Les obligations délictuelles en droit international privé », *Recueil des Cours* 1965, II, t.115, pp.67-144.

[309] Le demandeur peut intenter une action devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ou de l'article 46 du *Code de procédure civile.*

[310] A propos de la coïncidence des critères de rattachement, F. POCAR, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *Trav. Com. fr. DIP* 1985-1988, pp.71-88, spéc. p. 72.

[311] La règle de conflit de lois française est constante depuis l'arrêt *Lautour* (Cass., Ch. Civ., 25 mai 1948, *RCDIP*1949, p.89, note Batiffol ; *D.* 1948, p.357, note P. L.-P., *S.* 1949, p.1.21, note Niboyet ; *J.C.P.*

de conflit de lois bilatérales, qui associent une catégorie et un ou plusieurs critères de rattachement pour localiser le rapport de droit. Elles ont vocation à localiser la situation à un ou plusieurs Etats grâce à des critères de rattachement prédéterminés. Même s'il existe un lien fonctionnel entre les règles de droit international privé communautaire, la résolution du conflit de lois survenant en matière d'obligations non contractuelles devrait en principe être indépendante du for saisi. La loi étrangère et la *lex fori* sont donc sur un pied d'égalité lors de la résolution du conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles. L'absence de lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative est un moyen d'éviter le *forum shopping* au sein du territoire communautaire[312]. Cette pratique consiste, pour le demandeur, à agir devant la juridiction qu'il estime la plus favorable[313]. L'uniformisation des règles de conflit de lois et l'absence de lien avec la compétence judiciaire devrait ainsi garantir que la résolution du conflit de lois soit indépendante du for saisi.

91. - Le caractère bilatéral de la règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale – La *lex fori* peut être appliquée lorsque la convergence des critères de rattachement conduit la juridiction compétente à appliquer sa propre loi. Comme pour les obligations non contractuelles en général, la *lex fori* ne devrait pas avoir de vocation *a priori* à s'appliquer en matière de concurrence déloyale. L'article 6 du *Règlement Rome II* présente en effet les caractères d'une règle de conflit de lois bilatérale, qui associe une catégorie de rattachement et des facteurs de rattachement en vue de localiser l'obligation non contractuelle résultant d'un comportement déloyal. La résolution de ce conflit de lois devrait donc en principe être indépendante du for saisi et la loi étrangère est à égalité avec la *lex fori* lors de la détermination de la loi applicable.

92. - L'uniformisation des règles de droit international privé crée nécessairement, au sein de l'ordre juridique communautaire, un lien fonctionnel entre la compétence judiciaire et la compétence législative. Le *Règlement Bruxelles I* et le *Règlement Rome*

1948.II.4532, note Vasseur ; *Grands arrêts* n°19, note B. Ancel et Y. Lequette.) qui consacre la compétence de la *lex loci delicti commissi*.

[312] *Proposition Initiale*, exposé des motifs, p. 5.

[313] Pour une distinction entre le *forum shopping* licite et le *forum shopping* malus, E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », JDI 2007.

II ne peuvent être dissociés, car ils sont des composantes d'un même système de droit international privé institué en matière civile et commerciale. Ce lien reste cependant limité aux objectifs communautaires des règles de droit international privé, dans la mesure où il n'a pas d'impact sur la méthode du conflit de lois retenue dans le *Règlement Rome II*. La source communautaire des règles de droit international privé ne crée donc pas de lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative et la résolution du conflit de lois est en principe indépendante du for sur le territoire communautaire. La règle de conflit de lois élaborée en matière de concurrence déloyale est donc une règle bilatérale, qui postule une égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère lors de la détermination de la loi applicable. Une fois l'extranéité de la situation relevée, le juge n'est pas censé donner la priorité à la *lex fori*. Il importe alors de replacer la question des rapports entre la loi du for et la loi étrangère dans le contexte de l'ordre juridique communautaire.

§2 L'articulation des normes

93. - Les lignes directrices contenues dans le *Règlement Rome II* - Les rédacteurs du texte ont tenté d'organiser la cohérence de l'ensemble des normes de droit communautaire ayant une incidence sur la résolution du conflit de lois. Le considérant 35 du *Règlement Rome II* explique cette situation en précisant que

> «*il convient d'éviter une situation où les règles de conflit de lois sont dispersées entre de multiples instruments et où il existe des différences entre ces règles. Toutefois, le présent règlement n'exclut pas la possibilité d'insérer des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles dans les dispositions de droit communautaire concernant des matières particulières.*»

Les rapports de complémentarité entre toutes les dispositions de source communautaire sont expressément envisagés dans l'article 27 du *Règlement Rome II*[314], qui dispose

[314] Seules les relations entre les règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale et les dispositions de droit communautaire seront envisagées dans le cadre de cette étude. La *Convention d'Union de Paris* ou l'*Accord sur les ADPIC* ne contenant pas de règle de conflit de lois, l'article 28 du

que « *le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions du droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles.* » Son champ d'application matériel est retreint aux obligations non contractuelles ; il ne vise donc pas les relations entre les règles de conflit de lois applicables d'un côté aux obligations non contractuelles et de l'autre aux obligations contractuelles. L'articulation des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* et le *Règlement Rome I* est résolue au stade de la qualification et du classement du rapport de droit en cause dans une catégorie de rattachement[315].

94. - Si la mise en œuvre concrète des mécanismes qu'il vise sera envisagée ultérieurement[316], une approche systématique s'impose dès à présent afin de déterminer si l'article 27 du *Règlement Rome II* peut réintroduire la distinction entre les relations intracommunautaires et extracommunautaires en matière d'obligations non contractuelles. Cette disposition ne contient aucune définition des « *dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles* » [317]. Cette étude n'a pas pour but d'analyser une nouvelle fois les relations entre les principes émanant de l'ordre juridique communautaire et les règles de conflit de lois. Il convient cependant de s'interroger sur le point de savoir si la source commune des règles de droit matériel et de la règle de conflit de lois peut, le cas échéant, remettre en cause l'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère telle qu'elle apparaît à la lecture des règles de conflit de lois du *Règlement*

Règlement Rome II relatif aux relations avec les conventions internationales existantes n'a pas lieu d'être envisagé dans le cadre de cette étude.

[315] *Infra.* § 113 et suiv.

[316] *Infra.* § 321 et suiv.

[317] Cette disposition était rédigée de manière plus précise dans la *Proposition Initiale* : article 23 de la *Proposition Initiale*, op. cit. : « *1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions contenues dans les traités fondant les Communautés européennes ou dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes et qui dans les matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles, ou édictent des règlent qui s'appliquent quelle que soit la loi nationale régissant, en vertu du présent règlement, l'obligation non contractuelle en question, ou s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou de la loi désignée par le présent règlement. 2. Le présent règlement n'affecte pas les instruments communautaires qui, dans des matières particulières, et dans le domaine coordonné par lesdits instruments, assujettissent la fourniture de services ou de biens au respect des dispositions nationales sur le territoire de l'Etat membre où le prestataire est établi et qui ,dans le domaine coordonné, ne permettent pas de restreindre la libre circulation des services ou des biens provenant d'un autre Etat membre que, le cas échéant, sous certaines conditions* ».

Rome II. Les relations entre ces dernières et les dispositions de droit communautaire visées dans l'article 27 du *Règlement Rome II* fournissent des indications sur l'articulation entre ces deux lois en matière d'obligations non contractuelles. Celles-ci s'entendent des règles de conflit de lois spécialement adoptées dans des matières particulières *(A – La règle de conflit de lois écartée)*, ainsi que des mécanismes de droit communautaire ayant une incidence soit au stade de la désignation de la loi applicable, soit au stade de son application *(B – La règle de conflit de lois encadrée)*.

A La règle de conflit de lois écartée

95. - L'application du principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale - L'article 27 du *Règlement Rome II* régit les relations entre la règle de conflit de lois contenue dans le même texte et une ou des règle(s) de conflit de lois insérées dans d'autres actes de droit communautaire dérivé applicables en matière d'obligations non contractuelles. Les premières sont considérées comme des règles générales, et les secondes comme des règles spéciales[318]. Lorsque ces deux types de règles de conflit ne désignent pas la même loi, la règle de conflit de lois spéciale devrait s'appliquer et la règle de conflit de lois contenue dans le *Règlement Rome II* devrait être écartée. Il n'existe pas, à notre connaissance, de véritable règle de conflit de lois bilatérale contenue dans un acte de droit communautaire dérivé dont le champ d'application couvre la concurrence déloyale. Les directives communautaires adoptées dans le domaine de la protection des consommateurs contiennent plutôt des « *règles d'applicabilité* », qui entrent dans le champ d'application de l'article 27.

96. - Les règles d'applicabilité – Une règle d'applicabilité se définit comme « *une disposition qui, présente dans une loi particulière, de manière expresse ou parfois*

[318] Sur la nature particulière des règles de conflit de lois contenues dans les règlements ou directives communautaires, notamment, D. LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *RCDIP*2005, pp.413-446 ; H. DUINTJER TEBBENS, « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », dans A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004, pp.101-115.

implicite, a pour fonction de déterminer le domaine d'application dans l'espace des règles matérielles contenues dans cette loi.[319] » En droit de la consommation, ce type de règles de rattachement se rapprocherait davantage de la méthode unilatérale du conflit de lois[320], dans la mesure où l'acte de droit communautaire dérivé identifie les situations auxquelles il s'applique par un critère déterminant un lien de rattachement avec le territoire communautaire[321]. Ces règles d'applicabilité constituent alors des règles de conflit de lois spéciales au sens de l'article 27, qui évincent la mise en œuvre des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II*. La doctrine semble en effet favorable à la primauté de ces règles d'applicabilité contenues dans des actes de droit communautaire dérivé sur les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II*[322]. Elles ont cependant une importance considérable dans le domaine harmonisé par ce dernier, car elles réintroduisent la problématique d'une éventuelle hiérarchisation entre la loi d'un Etat membre et la loi d'un Etat tiers évincée par le caractère universel du *Règlement Rome II*. La *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ou la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* ne contiennent cependant pas de telles règles d'applicabilité dans l'espace. L'incidence de l'article 27 du *Règlement Rome II* dans ces domaines ne pourra donc s'exercer que par l'intermédiaire des libertés économiques du *Traité CE*[323].

97. - L'articulation des règles d'applicabilité contenues dans les directives communautaires et des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* permet, de manière générale, d'organiser les relations entre la loi d'un Etat membre et la loi d'un Etat tiers. Ce mécanisme ne semble cependant pas devoir être mis en œuvre en matière de concurrence déloyale.

---

[319] M. FALLON, « La relation du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois », *T.B.H.* 2008, pp.549-564, spéc. p. 556.
[320] S. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2005, spéc. p. 287 et suiv., et les exemples cités.
[321] *Ibid*.
[322] *Ibid*, spéc. p. 556.
[323] Sur ce point, *infra*, § 379 et suiv.

B – La règle de conflit de lois encadrée

98. - Le second type de normes visées dans l'article 27 du *Règlement Rome II* consiste en « *d'autres instruments fixant des dispositions destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur* [324]», et les principes relatifs aux libertés de circulation proclamés dans le *Traité CE* sont des instruments de réalisation du marché intérieur. L'adoption de l'article 27 incite donc à évaluer de manière précise l'incidence du principe de reconnaissance mutuelle en matière d'obligations non contractuelles. Ce dernier[325] consiste à admettre qu'un bien ou un service répondant à l'ensemble des exigences requises dans l'Etat membre d'origine[326] devrait pouvoir circuler librement au sein de l'Union européenne, l'Etat membre de destination[327] ne pouvant plus, en principe, invoquer une mesure nationale plus stricte[328]. L'influence de la loi du pays d'origine ou du principe de reconnaissance mutuelle est cependant conditionnée par la caractérisation d'une certaine équivalence avec la loi de l'Etat de destination[329]. Il ne s'agit pas dans le cadre de cette étude de discuter une nouvelle fois de l'influence du principe du pays d'origine sur les règles de conflit de lois élaborées par les Etats membres[330], mais plutôt de s'interroger sur le point de savoir si l'élaboration, au niveau

---

[324] Considérant 35 du *Règlement Rome II*.

[325] Les études sont nombreuses, parmi lesquelles M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », dans *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp.187-221 ; A. MATTERA, « Le principe de la reconnaissance mutuelle et le respect des identités et des traditions nationales, régionales et locales », dans Mélanges en l'honneur de Jean-Victor Louis, vol. I, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp.287-307 ; M. AUDIT, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.I.* 2006, pp.1333-1363.

[326] L'Etat d'origine peut être défini comme l'Etat dans lequel le bien a été produit pour la libre circulation des marchandises, et l'Etat dans lequel le prestataire est établi pour la libre prestation des services.

[327] L'Etat de destination ou d'accueil s'entend de l'Etat dans lequel le bien produit dans l'Etat d'origine est commercialisé, ou de l'Etat dans lequel le prestataire offre ses services au public.

[328] Le principe de reconnaissance mutuelle a été énoncé dans l'arrêt CJCE, 20 février 1979, *Rewezentral AG c/ bundesmonopolverwaltung fûr Branntwein*, aff. 120/78, Rec., p.649.

[329] M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », op. cit., spéc. p.190.

[330] Cette question a déjà fait l'objet de nombreuses études, parmi lesquelles : M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004 , pp.30-79 ; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation », *RCDIP*1993, pp.401-424 ; J.-S. BERGE, « Le droit d'une « Communauté de lois » : le front européen », op. cit. ; J. BASEDOW, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », op. cit.; S. POILLOT-PERUZZETO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *Trav. Com. fr. DIP*, 2002-2004, pp.67-116.

communautaire, de règles de conflit de lois peut renouveler ou non le débat relatif à l'influence du principe de reconnaissance mutuelle en matière d'obligations non contractuelles, et en particulier en matière de concurrence déloyale (*a) La portée du principe de reconnaissance mutuelle dans le Règlement Rome II*; *b) Les mécanismes correcteurs prévus*).

a) La portée du principe de reconnaissance mutuelle dans le *Règlement Rome II*

99. - La coordination des logiques communautaire et internationaliste - Le débat relatif à l'influence du principe de reconnaissance mutuelle sur les règles de conflit de lois édictées par les Etats membres a évolué depuis le début des années 1990 vers l'acceptation progressive de l'absence de caractère automatique de la loi du pays d'origine. Au départ, certains auteurs[331] considéraient que le principe du pays d'origine devait faire obstacle à toute règle de conflit de lois nationale désignant une autre loi que la loi du pays d'origine. La doctrine[332] a ensuite évolué vers une approche que les auteurs qualifient eux-mêmes d'orthodoxe[333]. Ils considèrent que l'influence du principe du pays d'origine ne peut être évaluée qu'au cas par cas[334], le contrôle de conformité s'exerçant non sur la règle de conflit de lois nationale, mais sur le contenu de la loi désignée[335]. L'influence du droit communautaire primaire sur la loi désignée par une règle de conflit de lois ne peut donc être envisagée qu'à l'occasion de l'application

---

[331] L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation », op. cit.
[332] M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *RCDIP*2002, pp.1-37, et pp. 289-313 ; H. DUINTJER TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP*1994, pp.451-481.
[333] M. WILDERSPIN, « Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes », *Europe* 2007, n°6, pp.26-28.
[334] M. WILDERSPIN, « Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes », op. cit.
[335] H. DUINTJER TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », op. cit. ; M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », op. cit.; M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », op. cit., spéc. p.44.

concrète de cette règle de droit matériel[336], lorsque les deux lois ne sont pas équivalentes[337].

100. - Cette approche a été retenue dans le champ d'application du *Règlement Rome II* ; l'application de l'article 27 est en effet subordonnée au fait que les dispositions visant à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur « *ne peuvent s'appliquer conjointement avec la loi désignée par les règles du présent règlement* [338]». L'articulation entre les mécanismes communautaires visant à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur devrait ainsi être opérée avec la loi désignée par la règle de conflit de lois au stade de son application, et non directement avec cette dernière. L'article 27 ne constitue donc pas en lui-même une règle de conflit de lois imposant l'application de la loi du pays d'origine en matière d'obligations non contractuelles. L'influence du principe de reconnaissance mutuelle est restreinte à l'examen de la question de savoir si la loi désignée peut être constitutive d'entrave aux libertés de circulation du *Traité CE* lors de son application au cas d'espèce.

b) Les mécanismes correcteurs envisagés

101. - L'influence du principe de reconnaissance mutuelle sur la règle de conflit de lois dépend du point de savoir si son respect est imposé par une clause de marché intérieur contenue dans un acte de droit communautaire dérivé, ou par le contrôle normal des atteintes aux libertés économiques prévues par le *Traité CE*.

1. Les clauses de marché intérieur

---

[336] M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », op. cit., spéc. p. 39.
[337] Pour une approche originale du principe du pays d'origine, se reporter à R. MICHAELS, "EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory", *Journal of Private International Law* Octobre 2006, pp.195-242.
[338] Considérant 35 du *Règlement Rome II*.

102. - Contenues dans certaines directives communautaires, les clauses de marché intérieur ont pour but de garantir que l'Etat de destination ne restreigne pas la libre circulation des marchandises ou la libre prestation des services couverts par les domaines coordonnés par ces directives. En fonction de leur rédaction, elles constituent un mécanisme permettant de corriger la localisation classique opérée par la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en fonction de l'intérêt communautaire à la réalisation du marché intérieur. Ces clauses n'ont cependant une influence sur la loi désignée par une règle de conflit contenue dans le *Règlement Rome II* que lorsque les lois de deux ou plusieurs Etats membres sont en conflit, c'est-à-dire dans les relations intracommunautaires.

103. - La clause de marché intérieur applicable en matière de services de la société de l'information[339] **-** L'article 3 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur[340] (ci-après la *Directive sur le Commerce électronique*) dispose, dans ses points 1 et 2 que

> « *chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné. Les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre.* »

Il n'est pas pris parti dans le *Règlement Rome II* sur la question de savoir si la clause de marché intérieur contenue à l'article 3 de la *Directive sur le commerce électronique*

---

[339] Les études sont nombreuses, parmi lesquelles M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2001/31/CE et le droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, pp.435-490 ; O. CACHARD, « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *R.D.A.I.* n°2/2004, pp.161-179 ; M. HELLNER, "The Country of Origin Principle in the E-Commerce Directive: A Conflict with Conflict of Laws?", in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. Fuchs, H. Muir-Watt, E. Pataut, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Paris, 2004, pp.205-224.

[340] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.C.E.* L178, 17 juillet 2000.

constitue une véritable règle de conflit de lois. Elle est cependant directement visée dans le considérant 35, qui précise que

> « *l'application des dispositions de la loi applicable désignée par les règles du présent règlement ne devraient pas restreindre la libre circulation des biens et des services telle qu'elle est règlementée par les instruments communautaires, par exemple la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* ».

Les études doctrinales réalisées en la matière ont démontré que cet article imposait le respect de la loi du pays d'origine du prestataire de services et du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine coordonné par la directive[341]. Pour pouvoir bénéficier la libre prestation des services et accéder au marché des services de la société de l'information sur le territoire communautaire, le prestataire doit se conformer aux règles qui sont prescrites par la loi du pays dans lequel il est établi. Les Etats membres dans lesquels ces services sont destinés ne peuvent plus ensuite lui imposer de conditions plus strictes, sauf si la mesure est nécessaire pour des raisons d'ordre public, de protection de la santé publique ou de protection des consommateurs et proportionnelle à ces objectifs[342]. Lorsque l'application de la loi du pays de destination désignée par la règle de conflit de lois constitue une entrave à la libre prestation des services de l'information, la clause de marché intérieur permet donc d'évincer la loi désignée par la règle de conflit de lois en faveur du respect de la loi de l'Etat membre dans lequel est établi le prestataire[343]. L'incidence de la clause de marché intérieur contenue dans l'article 3 de la *Directive sur le commerce électronique*[344] sur la règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale devra par conséquent être envisagée afin de déterminer si la loi du pays d'origine peut exercer une influence sur

---

[341] *Supra*, note 340.
[342] Article 3, point 4 de la *Directive sur le commerce électronique*.
[343] M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », op. cit..
[344] Directive 2001/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.* n°L 178, 17.07.2000, p.1.

l'appréciation de la licéité des actes de concurrence déloyale ou des pratiques commerciales déloyales ainsi que sur la réparation du dommage qui en résulte[345].

104. - La clause de marché intérieur applicable dans le domaine des pratiques commerciales déloyales – Contrairement à ce qui avait été proposé en 2003, la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ne contient pas de clause de marché intérieur imposant l'application de la loi du pays d'origine du professionnel. L'article 4, point 1 de la Proposition Initiale de directive sur les pratiques commerciales déloyales prévoyait en effet que « *les professionnels se conforment uniquement, dans le domaine faisant l'objet d'un rapprochement en vertu de la présente directive, aux dispositions nationales de l'Etat membre où ils sont établis. L'Etat membre d'établissement du professionnel veille à cette conformité* ». Cette disposition rétablissait la compétence de la loi du pays d'origine dans le domaine coordonné par la directive sur les pratiques commerciales déloyales, et avait vocation à interdire aux Etats membres vers lesquels les pratiques commerciales étaient dirigées d'imposer des prescriptions supplémentaires aux professionnels respectant les exigences posées par le pays d'origine du professionnel[346]. La version finale de l'article 4 a cependant été modifiée et la référence expresse au principe du pays d'origine supprimée. Cette disposition, intitulée *Marché intérieur*, prévoit maintenant que *« les Etats membres en restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des législations en vigueur* ». La loi désignée par la règle de conflit de lois applicable en matière de pratiques commerciales déloyales ne sera par conséquent écartée que si elle constitue une entrave à la libre prestation des services et si elle ne peut être justifiée dans le cadre des dispositions du droit communautaire primaire[347].

2. Les libertés fondamentales du *Traité CE*

[345] Sur ce point, *infra*, § 384 et suiv.
[346] Point 30 de l'Exposé des motifs.
[347] Sur cette question, *infra*, § 395 et suiv.

105. - Le contrôle limité de la loi désignée par la règle de conflit de lois - L'article 27 du *Règlement Rome II* vise également les libertés de circulation contenues dans les articles 28, 43 et 49 du *Traité CE*. Malgré les incertitudes d'origine[348], il est depuis longtemps admis que ces dispositions de droit communautaire primaire n'ont pas d'influence sur la règle de conflit de lois elle-même, mais sur la loi désignée par le critère de rattachement[349]. La mise en œuvre du critère de rattachement ne conduisant pas à l'application de la loi du pays d'origine ne constitue donc pas nécessairement une entrave à une liberté fondamentale prévue par le *Traité CE*. Les textes de droit communautaire dérivé adoptés sur le fondement de l'article 95 du Traité CE en vue de rapprocher les législations nationales dans certains domaines relevant de la protection contre la concurrence déloyale[350] participent également à la réalisation et au bon fonctionnement du marché intérieur. Il s'agit d'une manière complémentaire de réguler la diversité des législations nationales en matière de concurrence déloyale lorsque l'intérêt communautaire est en jeu. La mise en œuvre de l'article 27 du *Règlement Rome II* peut en effet être différente selon qu'il existe ou non une règlementation commune[351]. La conciliation des intérêts nationaux et de l'intérêt communautaire en matière de concurrence déloyale devrait alors être distinguée selon que la matière en cause fait ou non l'objet d'une règlementation commune, puis, le cas échéant, selon le degré d'intégration imposé par le droit communautaire dérivé.

106. - L'incidence de l'article 27 est importante dans le domaine des obligations non contractuelles car il réintroduit le contrôle du caractère d'entrave de la loi désignée par la règle de conflit de lois en vertu des libertés fondamentales du *Traité CE*, et implique par conséquent d'opérer une distinction entre les litiges intra- et extracommunautaires dans ce domaine. Les dispositions de droit communautaire primaire n'ont en effet lieu de s'appliquer que dans les premiers, et incitent à comparer

---

[348] L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation », op. cit..
[349] Supra, note 340 et les références citées.
[350] Sur les textes adoptés, *supra*, § 32 et § 45 et suiv.
[351] Déjà, J. BASEDOW, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », op. cit., spéc. p. 275 et suiv. ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », *Recueil des Cours* 2005, t.312, pp.9-48, spéc. p. 254, §251.

la loi de l'Etat d'origine et la loi de l'Etat de destination. L'article 27 introduit donc des considérations liées à l'intérêt communautaire dans le champ d'application du *Règlement Rome II*. Le contrôle de la conformité de la loi désignée au regard des libertés fondamentales du *Traité CE* est cependant limité. Dans un premier temps, il n'est pas opéré au stade de la résolution du conflit de lois, mais au stade de l'application de la loi désignée dans le cas concret. Il variera cependant selon que la matière en cause fait ou non l'objet d'une réglementation commune. Dans un second temps, la loi désignée par la règle de conflit de lois ne sera écartée que si son application est incompatible avec une des libertés fondamentales du *Traité CE*, c'est-à-dire si elle constitue une entrave. En vertu des principes dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes, l'étendue du contrôle de conformité de la loi de l'Etat de destination aux libertés communautaires est en effet conditionnée par cette notion[352]. Seule une règlementation nationale affectant ou susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres peut être soumise à un contrôle de conformité au regard du droit communautaire primaire. Le contrôle de conformité n'a par conséquent vocation à être mis en œuvre que lorsqu'il existe une différence substantielle entre la loi désignée par la règle de conflit de lois et la loi du pays d'origine avec laquelle elle était en conflit[353].

107. - L'article 27 du *Règlement Rome II* n'a pas pour but d'imposer le respect de la loi du pays d'origine en matière d'obligations non contractuelles, mais, lorsque cela est requis, celui du principe de reconnaissance mutuelle. Cela introduit alors une double distinction lors de l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois, selon que la situation relève d'une situation relève des relations intracommunautaires ou extracommunautaires, puis selon que les dispositions de droit matériel applicables sont ou non de source communautaire.

---

[352] Le champ d'application géographique des dispositions relatives aux libertés de circulation contenues dans le *Traité CE* est déterminé par le mouvement ou la circulation du produit d'un Etat membre à un autre dans le cadre de l'article 28, et par la qualité de ressortissant d'un Etat membre du prestataire de services dans le cadre de l'article 49 du *Traité CE* (M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », op. cit., spéc. p. 47 et suiv.).
[353] Considérant 35 du *Règlement Rome II*.

108. - Conclusion de la Section 2 – La *lex fori* et la loi étrangère en matière de concurrence déloyale - L'élaboration au niveau communautaire d'une règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale ne modifie pas la méthode selon laquelle la loi compétente devrait être désignée. Le *Règlement Rome II* offre des règles permettant la localisation du rapport de droit grâce à des critères de rattachement prédéterminés, la *lex fori* et la loi étrangère étant en principe placées sur un pied d'égalité dans la phase de détermination de la loi applicable. La source communautaire de la règle de conflit de lois ne modifie donc pas les relations entre la compétence judiciaire et la compétence législative en matière d'obligations non contractuelles, et en particulier en matière de concurrence déloyale.

109. - Conclusion du Chapitre 2 – L'uniformisation de la règle de conflit de lois – L'article 6 du *Règlement Rome II* applicable en matière de concurrence déloyale est une règle de conflit de lois bilatérale, qui devrait être mis en œuvre par le juge en tenant compte de l'économie générale et des finalités du *Règlement Rome II*, notamment au regard du principe de sécurité juridique et de prévisibilité du droit applicable. En revanche, le caractère de compromis du texte ne permet pas de recourir aux travaux préparatoires afin de savoir de quelle manière il devrait être mis en œuvre. Ce constat implique par conséquent de s'interroger de manière plus approfondie sur la cohérence de la catégorie de rattachement retenue ainsi que sur les fondements de la règle de conflit de lois.

110. - Conclusion du Titre 1 – L'élaboration des règles – La recherche de la prévisibilité des solutions telle qu'elle est appréhendée lors de l'élaboration respective des règles de droit matériel et des règles de droit international privé représente un enjeu important en matière de concurrence déloyale. De manière générale, l'élaboration d'une règle de conflit de conflit de lois uniforme en matière d'obligations non contractuelles a pour but de permettre à chaque opérateur de pouvoir anticiper le droit qui sera appelé à régir sa demande. A travers l'objectif de sécurité juridique, la prévisibilité du droit applicable constitue un élément essentiel du système mis en place par le *Règlement Rome II*. Elle devrait donc être préservée lors de la mise en œuvre par le juge des règles de droit international privé et confrontée à la flexibilité ou au formalisme des règles de droit matériel. En matière d'actes de concurrence déloyale, le manque de prévisibilité des solutions résultant de l'approche nationale du respect du standard de comportement est constaté, mais il est justifié par le fait que sa flexibilité permet d'adapter l'action en concurrence déloyale à de nouveaux comportements. En matière de pratiques commerciales déloyales, la recherche de la prévisibilité des solutions est essentielle dans une optique de réalisation du marché intérieur et de préservation des intérêts du consommateur partie faible. L'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions fait donc le relais entre les règles indirectes permettant de déterminer la loi appelée à régir le comportement déloyal en cause et les normes appliquées par le juge pour déterminer la responsabilité de son auteur.

TITRE 2 – La mise en œuvre de la règle de conflit de lois

111. - La codification des règles de droit international privé opérée en matière civile et commerciale par les Règlements *Bruxelles I*, *Rome II* et *Rome I* n'exerce aucune influence lors de la phase de détermination de la loi applicable et de la localisation dans l'espace du rapport de droit[354]. La source communautaire de la règle de conflit de lois a pourtant un impact sur les composantes de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire sur les catégories de rattachement et sur les critères de rattachement. La mise en œuvre concrète des règles de droit international privé dans le domaine de la concurrence déloyale sera étudiée ultérieurement[355]. Il convient d'examiner au préalable les fondements de chacune de ces composantes afin d'identifier le rôle du juge chargé de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale. L'unité de la catégorie de rattachement «*concurrence déloyale* » devrait en premier lieu être confrontée à l'institution juridique de la concurrence déloyale telle qu'elle est conçue en droit matériel (*Chapitre 1 – L'unité factice de la règle de conflit de lois*). La rareté des décisions rendues sur la question de la loi applicable en matière de concurrence déloyale[356] peut en second lieu être expliquée en partie par le rôle du juge et des parties dans un litige présentant des éléments d'extranéité. Les règles de conflit de lois applicables en matière d'actes de concurrence déloyale ou de pratiques commerciales déloyales devraient alors être envisagées à la fois sous l'angle du statut procédural de la loi étrangère et sous l'angle de la liberté d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable une fois l'extranéité du litige relevée (*Chapitre 2 – Le rôle des parties et du juge*).

Chapitre 1 – L'unité factice de la règle de conflit de lois

[354] *Supra*, § 84et suiv.
[355] *Infra*, § 321et suiv.
[356] *Supra*, § 86 et suiv.

Chapitre 2 – Le rôle du juge et des parties

Chapitre 1 - L'unité factice de la règle de conflit de lois

112. - Lorsque l'extranéité du litige est relevée[357], la première phase de la résolution du conflit de lois consiste à qualifier et à classer le rapport de droit en cause dans une catégorie de rattachement prévue par une règle de conflit de lois. Le pluralisme de l'institution juridique de la concurrence déloyale en droit interne peut cependant être opposé à l'unité de la catégorie « *concurrence déloyale* » telle qu'elle apparaît dans l'article 6 du *Règlement Rome II*. Comme en droit matériel[358], en l'absence de définition dans le *Règlement Rome II*, la catégorie de rattachement proposée dans l'article 6 est une notion floue, dont le contenu est variable entre les Etats. Le recours à un concept indéterminé lors de l'élaboration de la règle de conflit de lois est alors problématique au stade de la qualification et du classement du rapport de droit dans la catégorie de rattachement « *concurrence déloyale* » [359]. Des conflits de qualifications sont possibles, car la notion de concurrence déloyale est fondée en partie sur des valeurs qui varient dans le temps et dans l'espace. La confrontation des méthodes internationaliste et communautaire de qualification pourrait permettre de diminuer les risques d'incohérences lors de la phase de qualification et de classement du rapport de droit résultant d'un comportement déloyal dans une catégorie de rattachement prévue par le *Règlement Rome II* (*Section 1 – La qualification en cascade)*. Ensuite, le choix des critères de rattachement détermine la manière dont le conflit de lois devrait être résolu en matière de concurrence déloyale[360]. La question de l'autonomie de la règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale au regard de la règle de conflit de lois générale a fait l'objet de nombreux débats lors des

---

[357] Sur cette question, *infra*, § 168 et suiv.
[358] *Supra*, § 39 et suiv.
[359] F. RIGAUX, « Les concepts indéterminés en droit international privé et en droit communautaire », dans *Estudos em homagem à Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaço*, vol. I, 2002, pp.623-647, spéc. p. 630.
[360] Sur la mise en œuvre concrète de la règle de conflit de lois en matière de concurrence déloyale, *infra*, § 321 et suiv.

négociations visant à l'adoption du *Règlement Rome II*[361]. La pertinence de la transposition dans le champ d'application de ce dernier de l'approche retenue par la Cour de Justice des Communautés européennes en ce qui concerne les rapports entre les règles de compétence spéciales et la règle de compétence générale pourrait alors être discutée. Les fondements des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale devraient ensuite être identifiés afin de déterminer de quelle manière le juge devrait résoudre le conflit de lois (*Section 2 – Les fondements de la règle applicable*).

Section 1 – La qualification en cascade

Section 2 – Les fondements de la règle applicable

[361] *Supra*, § 7 et suiv.

Section 1 La qualification en cascade

113. - La catégorie de rattachement générale et la catégorie « *concurrence déloyale* » - Au sein de la matière civile et commerciale, deux catégories de rattachement générales coexistent : la matière délictuelle et les obligations non contractuelles. La première notion détermine le champ d'application matériel de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ; la seconde conditionne l'applicabilité du *Règlement Rome II*. Dans ce dernier, la catégorie générale a été fragmentée, et des catégories de rattachement spécifiques ont été insérées dans les règles de conflit de lois contenues dans le Chapitre II du *Règlement Rome II*. Parmi celles-ci figure la catégorie « *concurrence déloyale* » visée à l'article 6, ainsi que celle de « *culpa in contrahendo* » visée à l'article 12[362]. L'inclusion d'une règle de conflit de lois relative à la concurrence déloyale dans le champ d'application du *Règlement Rome II* ne surprend pas, dans la mesure où les obligations naissant d'un comportement déloyal ont une nature non-contractuelle. Pour la plupart des commentateurs du *Règlement Rome II*, toutes les obligations non contractuelles résultant d'un comportement déloyal (acte de concurrence déloyale ou pratique commerciale déloyale) devraient être classées dans la catégorie « *concurrence déloyale* » de l'article 6[363]. La lecture des travaux préparatoires de ce texte semble en effet aller en ce sens, dans la mesure où la Commission européenne avait précisé dans l'exposé des motifs de la *Proposition Initiale* les comportements tombant dans le champ d'application de cette règle de conflit de lois. Le débauchage de salariés, la corruption, l'espionnage industriel, la divulgation d'un secret commercial ou l'incitation à la rupture d'un contrat étaient ainsi considérés comme devant être classés dans la catégorie « *actes de concurrence déloyale affectant les*

---

[362] Sur l'article 12 du *Règlement Rome II*, G. LEGIER, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo* », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.145-181.

[363] Notamment, G. LEGIER, « Le règlement « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », J.C.P. E. 2007, I, n°207, pp.13-31, spéc. p. 25 ; V. PIRONON, « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement « Rome II » : bonne ou mauvaise idée ? », *Europe* 2008, pp. 6-9, qui relève cependant les difficultés de qualification ; T. KADNER GRADZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », op. cit., spéc. p. 491.

intérêts d'un concurrent déterminé » visée à l'article 6, paragraphe 2 du *Règlement Rome II*.

114. - La coexistence des concepts nationaux et des notions autonomes du droit communautaire - La cohérence de la catégorie de rattachement « *concurrence déloyale* » contenue dans l'article 6 du *Règlement Rome II* peut cependant être discutée au regard des méthodes de qualification pouvant être mise en œuvre et des catégories existantes en droit matériel interne. L'institution juridique de la concurrence déloyale est en effet composée de plusieurs sous-ensembles de règles, dont le critère départiteur réside, notamment, dans la nature du rapport de droit[364]. Le droit de la concurrence se décompose en deux matières : le droit des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale. Ce dernier se décompose lui-même en deux sous-ensembles : le droit des pratiques commerciales déloyales régissant les relations entre professionnels et consommateurs, et le droit des actes de concurrence déloyale régissant les relations entre professionnels[365]. La portée des catégories de rattachement retenues dans le *Règlement Rome II* devrait par conséquent être précisée afin de tenir compte de la nature du rapport de droit. Il est ensuite admis que l'opération de qualification et de classement est effectuée en fonction de la loi du juge saisi[366], qui permet de dépasser le problème des conflits de qualifications. Au sein de l'ordre juridique communautaire, la *lex fori* a pourtant une source différente selon qu'elle est édictée au niveau communautaire ou national. Qualifier et classer le rapport de droit dans une catégorie de rattachement du *Règlement Rome II* implique alors de distinguer les situations devant être qualifiées selon la « *lex fori* communautaire » et celle devant l'être selon la « *lex fori* nationale ». Les différentes étapes de la qualification seront envisagées afin de délimiter le champ d'application des règles de conflit de lois potentiellement applicables en matière de concurrence déloyale (*§1 – La qualification autonome* ; *§2 – La qualification lege fori*).

---

[364] *Supra*, § 13.
[365] *Supra*, § 14 et suiv.
[366] En France, la solution est admise depuis l'arrêt *Caraslanis* ; Cass., Ch. civ., 22 juin 1955, *RCDIP*1955, p.723, note Batiffol ; *D.* 1956, p. 73, note Chavrier ; *Grands arrêts* n°27, note Ancel et Lequette.

§1 La qualification autonome

115. - La Cour de Justice des Communautés européennes ou les actes de droit communautaire dérivés définissent des notions ou des concepts dont le contenu est fixé à un niveau supranational afin d'assurer leur uniformité et la sécurité juridique sur l'ensemble du territoire communautaire[367]. Ces concepts sont considérés comme des notions autonomes du droit communautaire, qui ne peuvent plus être interprétées ou définies par le juge national en fonction des solutions retenues dans le droit interne. Le recours à cette méthode est explicite dans le *Règlement Rome II* (*A – L'affirmation du recours aux notions autonomes du droit communautaire*), et elle devrait être étendue, dans le domaine de la concurrence déloyale, à tous les cas dans lesquels un concept utilisé dans les règles de conflit de lois contenues dans ce texte fait l'objet d'une définition au niveau communautaire (*B – Les catégories de rattachement spéciales autonomes*).

A – L'affirmation du recours aux notions autonomes du droit communautaire

116. - L'articulation des notions autonomes du droit communautaire et des catégories de rattachement contenues dans le *Règlement Rome II* - Les autorités communautaires ont entendu encadrer le rôle du juge national dans la vérification du champ d'application matériel du *Règlement Rome II* en précisant que « *le concept d'obligation non contractuelle (...) devrait être entendu (...) comme un concept autonome* [368]». Ce concept est ainsi consacré en tant que notion autonome du droit communautaire, dont la définition ne devrait pas relever du droit interne de l'Etat du juge saisi[369]. Le *Règlement Rome II* ne contient en revanche aucune précision

---

[367] Sur cette question, M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *J.D.I.* 2004, pp.789-816, et les références citées.
[368] Considérant 11 du *Règlement Rome II*.
[369] Sur les débats relatifs à la définition de la notion d'obligation non contractuelle, notamment, S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence

supplémentaire sur les concepts utilisés pour déterminer les catégories de rattachement et les règles de conflit de lois spéciales contenues dans le Chapitre II. Or en droit international privé traditionnel, le classement du rapport de droit est effectué en fonction de sa nature et des catégories existantes dans l'ordre interne. La qualification *lege fori* serait en effet justifiée par le fait que la règle de conflit de lois a été élaborée par l'Etat du for, et qu'elle « *ne peut être interprétée qu'au regard des conceptions de l'ordre juridique du for, dont elle émane* [370] ». La qualification et le classement du rapport de droit dans une catégorie de rattachement prévue dans le *Règlement Rome II* devraient par conséquent être opérés, lorsque cela est possible, en fonction des notions autonomes du droit communautaire afin de garantir l'uniformité de mise en œuvre des règles de conflit de lois. La recherche de l'uniformité des solutions est un élément essentiel que la Cour de Justice des Communautés européennes prend en compte lorsqu'elle interprète les notions contenues dans les règles de compétence judiciaire. Elle a en effet précisé à plusieurs reprises que

> « *compte tenu des objectifs et de l'économie générale de la convention, il importe, en vue d'assurer, dans la mesure du possible, l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la convention pour les Etats contractants et les personnes intéressées, de ne pas interpréter cette notion comme un renvoi au droit interne de l'un ou l'autre des Etats concernés* [371]».

Or, comme en matière de compétence judiciaire, le principe de prévisibilité des solutions est primordial au sein du *Règlement Rome II*[372], et contraint le juge à recourir

---

terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale… », dans M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (sous la dir. de), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2009, pp. 35-68 ; C. NOURISSAT, « Le champ d'application du Règlement « Rome II », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.13-28 ; T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p.1621.

[370] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 161, §242.

[371] CJCE, *Peters*, 22 mars 1983, aff. 34/82, Rec. p. 987 ; CJCE, *Reichert II*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, pt. 15; *RCDIP*1992, p.715, note B. Ancel ; *JDI* 1993, p.461, note A. Huet ; CJCE, *La Réunion européenne*, 27 octobre 1998, aff. C-51/97, Rec. p, I-6511, pts 15 et 27 ; JDI 1999, p.625, obs. F.L. ; RCDIP1999, p.322, note H. Gaudemet-Tallon.

[372] *Supra*, §XX et suiv.

aux notions autonomes du droit communautaire lors de l'opération de qualification et de classement.

B Les catégories de rattachement spéciales autonomes

117. - En vertu de l'approche retenue pour la notion d'obligation non contractuelle, la méthode de qualification autonome devrait être étendue à tous les cas dans lesquels il existe déjà dans les normes de droit matériel de source communautaire une notion autonome, ce qui est le cas en ce qui concerne les actes restreignant la concurrence (*a) Les actes restreignant la concurrence*) et les pratiques commerciales déloyales (*b) Les pratiques commerciales déloyales*).

a) Les actes restreignant la concurrence

118. – La catégorie visée à l'article 6, point 3 du *Règlement Rome II* – Les risques de conflit de qualifications entre la catégorie « concurrence déloyale » et la catégorie des « actes restreignant la concurrence » sont quasiment inexistants. L'étendue de cette dernière est en effet fixée dans le considérant 22 du *Règlement Rome II*, qui précise que la catégorie vise les obligations non contractuelles résultant des infractions au droit communautaire ou au droit national de la concurrence. Le contenu de cette catégorie est énuméré dans le considérant 23 ; il semble devoir être interprété strictement[373], dans la mesure où il précise que

[373] Considérant 23 du *Règlement Rome II* : « *Aux fins du présent règlement, la notion de restriction du jeu de la concurrence devrait couvrir les interdictions visant les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un Etat membre ou dans le marché intérieur, ainsi que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante dans un Etat membre ou dans le marché intérieur lorsque de tels accords, décisions, pratiques concertées ou abus sont interdits par les articles 81 et 82 du traité ou par la loi d'un Etat membre.* »

« *aux fins du présent règlement, la notion de restriction du jeu de la concurrence devrait couvrir les interdictions visant les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un Etat membre ou dans le marché intérieur, ainsi que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante dans un Etat membre ou dans le marché intérieur lorsque de tels accords, décisions, pratiques concertées ou abus sont interdits par les articles 81 et 82 du traité ou par la loi d'un Etat membre.* »

Devraient donc être classées dans l'article 6, point 3 les obligations non contractuelles résultant d'ententes et d'abus de position dominante, que le marché affecté soit cantonné au territoire d'un Etat membre ou étendu au marché intérieur. Cette règle de conflit de lois est donc applicable aux pratiques anticoncurrentielles qui perturbent le bon fonctionnement du marché, constituant traditionnellement le berceau du droit de la concurrence.

b) Les pratiques commerciales déloyales

119. - *La culpa in contrahendo* et les obligations précontractuelles – Le *Règlement Rome II* contient dans l'article 12 une catégorie de rattachement qui doit être définie de manière autonome : la *culpa in contrahendo*[374]. Elle inclut les obligations non contractuelles « *découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat* [375]», comme « *la violation du devoir d'informer et la rupture des négociations contractuelles* [376]». Pour délimiter les contours de la notion, les rédacteurs du texte ont précisé que « *l'article 12 ne s'applique qu'aux relations non contractuelles présentant un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat* [377]». L'article 12 du *Règlement Rome II* devrait donc en principe être applicable pour la résolution du conflit de lois relatif à une obligation non contractuelle née pendant des relations précontractuelles entre les parties. La solution adoptée dans l'article 12 est

[374] Considérant 30 du *Règlement Rome II.*
[375] Article 12 du *Règlement Rome II.*
[376] Considérant 32 du *Règlement Rome II.*
[377] Considérant 30 du *Règlement Rome II.*

dans la lignée de l'interprétation par la Cour de Justice des Communautés européenne de la notion de matière délictuelle au sens de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* dans le domaine de la responsabilité précontractuelle[378]. Elle a en effet jugé dans un arrêt *Tacconi*[379] que

> « *dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, caractérisée par l'absence d'engagements librement assumés d'une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et par l'éventuelle violation de règles de droit, notamment celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle, au sens de l'article 5, point 3 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* [380]».

L'action intentée par le demandeur en Italie visait à obtenir des dommages-intérêts pour violation des obligations de loyauté et de bonne foi applicables à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat. La Cour a raisonné par étapes ; elle a tout d'abord, par une appréciation *in concreto*, déclaré que la demande ne pouvait se rattacher à la définition autonome de la notion de matière contractuelle, dans la mesure où il n'existait aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre[381]. Elle a ensuite considéré que « *l'obligation de réparer le préjudice résultant prétendument d'une rupture injustifiée des négociations ne pourrait découler que de la violation de règles de droit, notamment de celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat* », et que la responsabilité, résultant de la violation d'une obligation légale et non contractuelle, était de nature délictuelle ou quasi-délictuelle. Si l'analyse *in concreto* opérée par la Cour de Justice des Communautés européennes peut faire douter du classement systématique des obligations non contractuelles nées pendant la période précontractuelle dans le champ d'application du *Règlement Rome II*, leur exclusion expresse du champ d'application du *Règlement Rome I* conforte la position adoptée dans l'article 12 du *Règlement Rome II*.

---

[378] C. BRIERE, « Le Règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *JDI* 2008, pp.31-74, spéc. p.39.
[379] CJCE, *Tacconi*, 17 septembre 2002, aff. C-334/100; *RCDIP*2003, p.668, note P. Rémy-Corlay ; JDI 2003, p.668, note A.H.
[380] *Ibid*., pt.27.
[381] *Ibid*., pts. 22, 23 et 24.

L'article 1, 2) i) du *Règlement Rome I* dispose en effet que « *les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat* » sont exclues de son champ d'application[382].

120. - Les dispositions de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* et les obligations précontractuelles - Une grande partie des dispositions issues de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* visent à réguler les comportements déloyaux commis par des professionnels à l'occasion des relations précontractuelles. De manière générale, sont en effet considérées comme des pratiques commerciales déloyales toutes les « *pratiques commerciales altérant le comportement économique des consommateurs* [383]», qui « *visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits* [384]» ou qui sont « *en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* [385]». Parmi ces pratiques interdites, la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* vise également celles « *qui sont utilisées en dehors de toute relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur ou consécutivement à la conclusion d'un contrat ou durant l'exécution de celui-ci* ». La plupart des obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale sont donc la conséquence de la violation par le professionnel de son obligation de loyauté à l'égard du consommateur, notamment des obligations d'information, et présentent « *un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat*[386] ». Les obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale devraient par conséquent être classées dans la catégorie « *culpa in contrahendo* » dès lors que cette pratique a pour but d'inciter le consommateur à prendre une décision commerciale, à conclure un contrat avec un professionnel, et qu'elle porte atteinte aux intérêts économiques du consommateur. Elles devraient être calquées sur la catégorie autonome définie en droit matériel interne dans les dispositions nationales de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*. Seront donc régies par la loi désignée en vertu de l'article 12

---

[382] Le considérant 10 du *Règlement Rome I* justifie cette exclusion par le fait que « les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat sont couvertes par l'article 12 du règlement (CE) n°864/2007 ».
[383] Considérant 13 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[384] Considérant 7 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales.*
[385] Article 2, d) de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.
[386] Considérant 30 du *Règlement Rome II.*

du *Règlement Rome II* toutes les obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale énumérée dans la liste noire contenue dans l'annexe I de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, ainsi que celles résultant d'une pratique commerciale qualifiée de déloyale en vertu de la clause générale de définition[387].

121. - Malgré l'appartenance des règles de droit matériel régissant les pratiques commerciales déloyales à l'institution juridique de la concurrence déloyale en droit matériel, elles devraient être dissociées de la catégorie « *concurrence déloyale* » visée à l'article 6 du *Règlement Rome II* lors de l'opération et de classement en vue de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois applicable. Les obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale ayant affecté les intérêts d'un consommateur individuel ne devraient donc pas être classées dans la catégorie « *concurrence déloyale* » visée à l'article 6 du *Règlement Rome II*, mais dans celle de *culpa in contrahendo* contenue dans l'article 12 du *Règlement Rome II*.

§2 La qualification *lege fori*

122. - La portée de la *lex fori* dans l'opération de qualification - Lorsque le comportement en cause dans le litige ne peut être classé dans l'une des catégories autonomes précitées, deux situations peuvent se présenter. Soit le droit interne du juge saisi classe le comportement en cause dans une matière déterminée faisant l'objet d'une règle de conflit de lois spéciale dans le *Règlement Rome II*, soit il ne connaît pas ce type de conduite. Dans les deux cas, le juge saisi se trouve dans une situation dans laquelle le comportement présenté devant lui n'est pas défini dans l'ordre juridique communautaire. Cette hypothèse s'apparente à celle dans laquelle le juge est saisi d'un litige concernant une institution juridique inconnue dans l'ordre juridique interne, et

[387] Sur la définition autonome et le contenu de la notion de pratiques commerciales déloyales, *supra*, § 46 et suiv.

qu'il doit qualifier et classer dans une catégorie de rattachement élaborée au niveau de l'ordre juridique communautaire.

123. -La doctrine écarte en général la référence à des concepts universels pour résoudre le problème des qualifications[388] ; le recours à la notion de concurrence déloyale telle qu'elle est définie dans la *Convention d'Union de Paris* n'est donc d'aucun secours. Pour qualifier et classer une institution inconnue dans l'ordre interne dans une catégorie de rattachement, le juge saisi analyse les finalités de cette institution dans l'ordre juridique qui la connaît. Cette qualification fonctionnelle de l'institution permet de la classer dans l'une des catégories de rattachement visée dans une règle de conflit de lois du for et de pouvoir déterminer la loi qui lui est applicable. Le juge national saisi d'un litige relatif à une obligation non contractuelle née à la suite d'un comportement non défini de manière autonome au sein de l'ordre juridique communautaire devrait par conséquent en rechercher la fonction afin de le classer soit dans la catégorie de rattachement visée à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* (*a) Les actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs*), soit dans la catégorie de rattachement visée à l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II b) Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé*).

a) Les actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs

124. - Si l'on considère les comportements visés par les règles de droit matériel applicables cherchant à préserver les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs, la catégorie des actes de concurrence déloyale visée à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* vise deux types de comportements, qui sont, en droit français, les pratiques restrictives de concurrence et la publicité déloyale.

---

[388] E. BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois », *Recueil des Cours* 1930, I, pp.561-620, spéc. §31.

125. - Les pratiques restrictives de concurrence – En droit français, les normes cherchant à éviter les ruptures d'égalité dans la concurrence et à préserver le bon fonctionnement du marché régissent, en dehors des pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence et sont codifiées dans le Code de Commerce. La violation de ces règles de droit matériel est la plupart du temps assortie de sanctions pénales, ces dernières participant à la préservation de l'intérêt général. Lorsque le demandeur intente une action visant à obtenir, aux côtés de la sanction de l'auteur, sa condamnation au paiement de dommages-intérêts, l'obligation non contractuelle devrait être classée dans la catégorie des « *actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs* » contenue dans l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*.

126. - La publicité déloyale - La transposition de la méthode de qualification autonome et le recours aux notions autonomes du droit communautaire afin de déterminer quelle règle de conflit de lois devrait être mise en œuvre pour déterminer la loi applicable pose problème en ce qui concerne la publicité déloyale - trompeuse ou comparative. Une publicité déloyale peut en effet affecter à la fois les intérêts économiques des consommateurs et ceux des professionnels visés[389] ; l'article premier de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* précise d'ailleurs que « *la présente directive a pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite* ». La mise en œuvre du critère de l'affectation des intérêts permettant de qualifier une pratique commerciale de déloyale au sens de l'article 5 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*[390] est compliquée par le fait que les dispositions régissant la publicité protègent à la fois les professionnels et les consommateurs. Un problème de qualification se pose alors, dans la mesure où une obligation non contractuelle née à la suite d'une publicité déloyale pourrait être classée à la fois dans la catégorie « *actes de*

[389] Considérant 4 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative* : « *La publicité, qu'elle conduise ou non à la conclusion d'un contrat, affecte la situation économique des consommateurs et des professionnels* » ; déjà, D. FERRIER, « Pratiques commerciales interdites ou règlementées : protection des concurrents ou protection des consommateurs ? », dans *Concurrence et consommation*, Y. Serra et J. Calais-Auloy (sous la dir. de), Dalloz, Thèmes et commentaires, 194, p.111.
[390] *Supra*, § 46 et suiv.

concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé » visée à l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* et dans la catégorie « *culpa in contrahendo* » visée à l'article 12 du *Règlement Rome II* dès lors qu'elle affecte les intérêts économiques des consommateurs. Les règles régissant la publicité déloyale présentent cependant la particularité de protéger à la fois les intérêts d'un concurrent déterminé, les intérêts collectifs des consommateurs et le bon fonctionnement de l'économie de marché. Les obligations non contractuelles qui en découlent devraient alors être classées dans la catégorie des « *actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs* » visées à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*.

127. - Si la mise en œuvre de la qualification autonome au regard de la nature du rapport de droit génère un problème de qualification, les finalités des dispositions en cause permettent d'identifier la règle de conflit de lois qui devrait être mise en œuvre. Lorsque le comportement en cause affecte de manière équivalente le bon fonctionnement du marché et les intérêts collectifs des consommateurs, la loi applicable à l'obligation non contractuelle qui en résulte devrait être déterminée par la mise en œuvre de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*.

b) Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé

128. - L'existence d'un fonds universel commun sur les actes de concurrence déloyale identifiés comme déloyaux - En droit français, l'action en concurrence déloyale intentée par un professionnel (ou un syndicat de professionnels) est basée sur les articles 1382 et suivants du Code civil. La demande visant à réclamer une protection contre la concurrence déloyale est donc fondée sur les règles de la responsabilité civile délictuelle classique. L'action en concurrence déloyale intentée en vue de la cessation ou de la réparation d'un dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale tombe

par conséquent dans le champ d'application du *Règlement Rome II*. Si l'on rejette le recours aux concepts universels pour résoudre le problème des qualifications[391], la définition d'un acte de concurrence déloyale par la *Convention d'Union de Paris* ne semble d'aucune utilité. Mais, si l'on ne peut se fonder directement sur cette définition, la typologie des actes de concurrence déloyale qu'elle énonce peut néanmoins être utile dès lors qu'elle constitue un socle commun pour les Etats contractants. La liste non limitative contenue dans l'article 10 bis a en effet été reprise dans la plupart des Etats signataires[392].

La méthode de qualification en cascade permet alors de déterminer de manière négative le contenu de la catégorie des « *actes de concurrence déloyale* affectant les intérêts d'un concurrent déterminé » visée à l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II*. Tous les comportements déloyaux qui ne sont pas classés dans les catégories de rattachement des actes restreignant la concurrence, les pratiques commerciales déloyales ou les actes affectant l'intérêt général peuvent être classés dans cette catégorie. Au sein de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II*, la notion d'actes de concurrence déloyale reste donc, comme en droit interne, une notion à contenu variable.

129. - S'il existe un lien entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale, il convient de ne pas confondre les deux catégories lors de l'opération de qualification et de classement. Les obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale régi en droit français par les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence ou par les règles applicables à la publicité déloyale devraient être classées dans la catégorie de rattachement visée à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*. Les obligations non contractuelles résultant des actes de concurrence déloyale qui ne sont qualifiés en droit interne ni d'actes restreignant la concurrence, ni de pratiques commerciales déloyales, ni de pratiques restrictives de concurrence ou de publicité déloyale devraient quant à elles être classées dans la catégorie de rattachement visée à l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II*.

---

[391] B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 188, §237 ; E. BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois », op. cit.
[392] Sur cette liste, *supra*, § 16 et suiv.

130. - Conclusion de la Section 1 – La qualification en cascade - Lors de l'opération de qualification et de classement du rapport de droit dans une catégorie de rattachement, la méthode de qualification autonome ne peut être utilisée seule et n'évince pas la qualification *lege fori*. Celle-ci reste applicable lorsque la notion en cause ne fait pas l'objet d'une définition autonome, ni dans un acte de droit communautaire dérivé, ni par la Cour de Justice des Communautés européennes. Une méthode de qualification en cascade devrait par conséquent être appliquée dans le cadre du *Règlement Rome II*, en partant des catégories de l'ordre interne pour déterminer si le rapport de droit en cause y est ou non inclus. Ces catégories de l'ordre interne sont qualifiées de notions autonomes si elles sont élaborées au niveau de l'ordre juridique communautaire, et de notions nationales si elles le sont dans les ordres juridiques nationaux. Seule la combinaison de la qualification autonome et de la qualification *lege fori* permet alors d'assurer la cohérence entre les catégories existant en droit matériel et les catégories de rattachement utilisées dans le *Règlement Rome II*.

Si l'on applique la méthode de qualification en cascade dans le domaine de la concurrence déloyale, la distinction opérée en droit matériel entre les pratiques commerciales déloyales et les actes de concurrence déloyale devrait être transposée au sein du *Règlement Rome II*. L'article 6 devrait être interprété de manière restrictive pour ne s'appliquer qu'aux obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale commis dans les relations entre professionnels, avec une exception pour les obligations non contractuelles née à la suite d'une publicité déloyale affectant à la fois les relations de concurrence et les intérêts économiques des consommateurs et qui sont par conséquent soumises à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*. L'article 12 du *Règlement Rome II* devrait quant à lui être interprété de manière extensive afin d'inclure les obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale commise par un professionnel à l'encontre d'un consommateur avant ou après la conclusion du contrat de consommation.

Section 2 – Les fondements de la règle applicable

131. - Si les règles de compétence internationale et les règles de conflit de lois poursuivent des objectifs communautaires communs[393], chacune d'entre elles a un fondement qui lui est propre[394]. La méthode de spécialisation[395] est au départ similaire selon que l'on se situe dans le cadre de la compétence juridictionnelle ou de la compétence législative. Les critères de rattachement sont choisis en considération de la spécificité du rapport de droit au regard de la règle générale : le rattachement au lieu de survenance du fait dommageable dans l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ; la localisation des obligations non contractuelles résultant des délits spéciaux contenus dans le Chapitre II du *Règlement Rome II*. Combinée aux fondements assignés aux règles de droit international privé, la spécialisation exerce une influence sur la manière dont elles devraient être mises en œuvre par le juge. L'articulation de la règle générale et de la règle spéciale conditionne en effet le rôle du juge chargé de vérifier sa compétence ou de déterminer la loi applicable au litige. Or la question de l'autonomie de l'article 6 du *Règlement Rome II* au regard de la règle de conflit de lois générale a fait l'objet de nombreux débats[396]. Les fondements de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale devraient alors être clairement identifiés (*§2 – La règle de conflit de lois spéciale*). Une confrontation préalable de ces fondements avec ceux de la règle de compétence spéciale applicable en matière délictuelle est alors nécessaire afin de préciser les rapports entre la règle générale et la règle spéciale *(§1 – La règle de compétence spéciale*)[397].

---

[393] *Supra*, § 64 et suiv.

[394] K. KERAMEUS, « La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles », *Trav. Com. fr. DIP* 1992-1993, p. 255 : « *les règles de compétence juridictionnelle présentent des différences structurelles par rapport aux règles de compétence législative qui tiennent essentiellement à leur finalité. Tandis que les deuxièmes aboutissent généralement à la désignation d'une seule loi, en revanche les premières sont de plus en plus attraites par la commodité de désigner plusieurs tribunaux compétents. Les objectifs, en effet, de ces dernières sont différents en ce qu'ils visent à un accès plus facile aux tribunaux munis de l'élément de proximité.* »

[395] Sur la spécialisation en droit matériel et en droit international privé, *supra*, § 5.

[396] S*upra*, § 7 et suiv.

[397] Sur la mise en œuvre des règles de compétence judiciaire dans le domaine de la concurrence déloyale par les juridictions françaises, *infra*, § 223 et suiv.

§1 La règle de compétence spéciale

132. - L'interprétation par la Cour de Justice des Communautés européennes des règles de compétence spéciales contenues dans le *Convention de Bruxelles* est transposable dans les domaines couverts par l'article 5 du *Règlement Bruxelles I*. Pour préciser la portée de ces règles de compétence spéciales, le juge communautaire procède à une confrontation de leurs fondements à ceux de la règle de compétence générale. En vertu de l'article 2 du *Règlement Bruxelles I*[398], le demandeur peut intenter l'action en concurrence déloyale devant les juridictions de l'Etat du domicile du défendeur. Si le défendeur est une personne morale, le demandeur peut l'assigner au lieu de son siège statutaire, de son administration centrale, ou de son principal établissement[399]. Cette règle de compétence générale est fondée sur l'exigence de proximité géographique et de prévisibilité du for compétent pour le défendeur[400].

La question de l'adoption d'une règle de compétence spéciale en matière de concurrence déloyale a déjà été soulevée en doctrine[401] et au sein de groupes de travail[402]. Une telle règle n'a cependant jamais été adoptée, et le demandeur doit agir devant les juridictions compétentes en vertu des règles contenues dans le *Règlement Bruxelles I*. En matière de concurrence déloyale, différentes règles de compétence spéciales peuvent venir concurrencer la compétence générale des juridictions de l'Etat du domicile du défendeur. Dans les relations entre professionnels, l'article 5, point 3 permet au demandeur lésé d'opter pour la compétence du « *tribunal du lieu où le fait*

---

[398] Ou en vertu de l'article 42 du *Code de procédure civile* lorsque le litige n'est pas intégré à la Communauté.
[399] Article 60, point 1 du *Règlement Bruxelles I*.
[400] Sur cette question, notamment, L. USINIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préf. de H. Muir-Watt, Economica, Paris, 2008, spéc. p. 186, § 247 et suiv.
[401] C. KESSEDJIAN, "Competition", Chapter 10, in *Transnational Tort Litigation. Jurisdictional Principles*, Ed. by C. McLACHLAN and P. NYGH, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp.171-187.
[402] Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport de synthèse des travaux de la commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Bureau permanent, Doc. prél. n°8, novembre 1997, spéc. p.58.

dommageable s'est produit ou risque de se produire » ; dans les relations entre professionnels et consommateur, les articles 15 et 16 permettent au consommateur d'agir dans l'Etat dans lequel il réside si leurs conditions d'application sont réunies[403]. L'élaboration de critères de rattachement particuliers dans ces matières spécifiques est justifiée soit par des considérations de proximité géographique (*A - L'option offerte en matière de faits dommageables*), soit par des considérations de faveur pour la partie faible (*B - L'option offerte en matière de contrats conclus par les consommateurs*).

A - L'option offerte en matière de faits dommageables

133. - Lorsque le litige se rattache à la matière délictuelle, le demandeur dispose d'une double option de compétence, selon que le fait dommageable est entièrement localisé dans un Etat ou qu'il produit des effets complexes. Cette option est également offerte au professionnel qui intente une action en concurrence déloyale contre un autre professionnel à l'origine du comportement déloyal (*a) L'option de compétence*)[404]. Pour éviter que le demandeur n'abuse de cette option, la Cour de Justice des Communautés européennes a cependant consacré le principe de l'interprétation stricte de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* (*b) L'interprétation stricte de la règle de compétence spéciale*).

a) L'option de compétence

134. - L'option en cas de délit simple - Le demandeur dispose en premier lieu d'un choix entre les juridictions de l'Etat membre du domicile du défendeur,

[403] Sur la mise en œuvre des règles de compétence spéciales en matière de contrats conclus par les consommateurs dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, *infra*, § 229 et suiv. et §260 et suiv.
[404] Sur la mise en œuvre de cette règle de compétence spéciale par les juridictions françaises, *infra*, § 247 et suiv.

compétentes en vertu de l'article 2, et le tribunal du lieu ou le fait dommageable s'est ou risque de se produire, compétent en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*. L'élaboration des règles de compétence spéciales contenues dans l'article 5 est justifiée par le lien étroit entre la juridiction et le litige et l'exigence d'une bonne administration de la justice[405]. Cette règle de compétence spéciale présente un caractère dérogatoire par rapport à la règle de compétence générale, mais elle n'évince pas automatiquement la compétence des juridictions de l'Etat dans lequel est domicilié le défendeur. Le demandeur peut choisir la ou les juridictions devant lesquelles il souhaite porter son action de nature délictuelle et décide, en fonction de ses intérêts propres[406], de l'arbitrage entre la règle générale et la règle de compétence spéciale. La Cour de Justice des Communautés européennes a rappelé à plusieurs reprises que le système des règles de compétence applicables au sein du territoire communautaire reposait sur l'articulation de ces deux règles, et a précisé que

> « *l'article 5 prévoit (...) un ensemble d'attributions de compétence spéciales, dont le choix dépend d'une option du demandeur ; que cette liberté d'option a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès*[407] ».

Le juge chargé de la vérification de sa compétence en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* est donc en principe tenu de s'assurer qu'il existe bien un lien étroit entre sa juridiction et l'acte de concurrence déloyale localisé dans un seul Etat[408].

135. - L'option en cas de délit complexe – Si le demandeur ne souhaite pas agir devant les juridictions de l'Etat dans lequel est domicilié le défendeur en cas de délit

---

[405] Considérant 12 du *Règlement Bruxelles I*. Sur ce point, P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », op. cit., spéc. §135, p. 366.
[406] Recherche de preuves, mesures d'exécution, anticipation de la loi applicable…
[407] CJCE, *Mines de Potasse d'Alsace*, op. cit..
[408] Sur le principe de proximité comme fondement de la règle de compétence spéciale en matière délictuelle, P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », op. cit., spéc. p. 366 et suiv ; L. USINIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, op. cit., spéc. p.195 et suiv.

complexe, il dispose, le cas échéant, d'une seconde option entre les juridictions de l'Etat dans lequel le fait générateur du dommage est survenu et les juridictions de l'Etat dans lequel le dommage s'est réalisé. La jurisprudence *Mines de Potasse d'Alsace* fournit en effet une solution uniforme au sein du territoire communautaire dans les hypothèses de dissociation des éléments du fait dommageable, en précisant que

> «*dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit », dans l'article 5, 3 de la convention, doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal*[409]».

La Cour a fondé sa décision sur le principe de proximité géographique et de bonne administration de la justice, et non sur une idée de faveur ou de protection de la victime[410]. Ce sont également les objectifs de bonne administration de la justice et de lien de rattachement entre la contestation et la juridiction appelée à en connaître qui ont fondés la solution dégagée dans l'arrêt *Fiona Shevill*[411] sur la question de l'étendue de la compétence du juge saisi[412]. La Cour a en effet précisé que le juge du lieu de l'évènement causal était compétent pour statuer sur l'intégralité des dommages, même en cas d'éparpillement, alors que la compétence du juge du lieu de réalisation du dommage était restreinte à la portion de dommage subi sur son territoire. De manière générale, le juge communautaire a toujours eu recours à ce fondement des règles de compétence spéciales pour en apprécier la portée[413]. Le considérant 12 du *Règlement Bruxelles I* le codifie en énonçant que « *le for du domicile du défendeur doit être*

---

[409] CJCE, *Mines de Potasse d'Alsace*, op. cit., pt. 24.

[410] En faveur de cette solution, P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », op. cit., spéc. p. 363 ; K. KERAMEUS, « La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles », op. cit., p. 257.

[411] CJCE, *Fiona Shevill*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec., p.I-415 ; *D.* 1996, p. 61, note A. Parléani ; *Europe* 1995, chron. n°7, L. Idot.

[412] Pour un compte rendu des débats relatifs à l'étendue de la compétence du juge saisi, voir, déjà, P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », op. cit., spéc. p. 352 et suiv.

[413] CJCE, *Dumez*, 11 janvier 1990, aff. C-220/88, Rec.p.I-0049, pt.17 ; CJCE, *Fiona Shevill*, op. cit., pt.19 ; CJCE, *Kronhofer*, 10 juin 2004, aff. C-168/02, Rec.p.I, 6009, pt. 15 ; *RCDIP*2005, p.326, note H. Muir-Watt ; *Europe* 2004, Comm. n°26, p.18, obs. L. Idot ; *The European Legal Forum* 3-2004, p.187, note F. Blobel; CJCE, *Zuid-Chemie BV*, op. cit., pt. 24.

complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter une bonne administration de la justice ».

136. - Comme la règle de conflit de lois générale, la règle de compétence spéciale en matière délictuelle est fondée sur le principe de proximité géographique. Dans le premier cas, les juridictions compétentes sont considérées comme étant géographiquement les plus proches du défendeur ; dans le second, le tribunal sera celui qui présente les liens les plus étroits avec la situation non seulement d'un point de vue géographique, mais également au regard d'une bonne administration de la justice.

b) L'interprétation stricte de la règle de compétence spéciale

137. - L'interprétation stricte et l'effectivité de la règle de compétence générale - L'existence de l'option de compétence dont bénéficie le demandeur est un élément essentiel que la Cour de Justice des Communautés européennes prend en compte lors de l'interprétation des règles de compétence spéciales. En permettant au demandeur de pouvoir choisir la juridiction devant laquelle il souhaite agir, l'article 5, tel qu'interprété par le juge communautaire, implique que le défendeur ne peut s'y soustraire en invoquant l'article 2 du *Règlement Bruxelles I*[414]. Or la Cour de Justice des Communautés européennes porte une attention particulière à la garantie de l'effet utile de la règle de compétence générale, fondée sur le principe de sécurité juridique et de prévisibilité du for compétent, et sur lequel repose l'économie générale de la *Convention de Bruxelles* et du *Règlement Bruxelles I*[415]. Ainsi, les règles dérogeant à l'article 2 doivent être interprétées « *de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de son*

[414] Sur le caractère impératif vis-à-vis du défendeur et facultatif pour le demandeur de la compétence résultant de l'article 5 de la *Convention de Bruxelles*, G. A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, op. cit., p.56.
[415] *Supra*, § 62 et suiv.

domicile, il pourrait être attrait »[416]. L'effectivité de la règle de compétence générale est par conséquent préservée lorsque ses fondements sont réalisés par le biais de la règle de compétence spéciale. La Cour de Justice des Communautés européennes rappelle ainsi sans cesse que cette option de compétence ne devrait pas avoir pour but de favoriser le *forum actoris*, ni de favoriser la multiplication des fors compétents[417]. Par exemple, l'objectif d'un lien étroit et de bonne administration de la justice

> « *s'oppose à toute interprétation de la convention qui, en dehors des cas expressément prévus, pourrait aboutir à reconnaître la compétence des tribunaux du domicile du demandeur, et qui lui permettrait de déterminer le choix de la juridiction compétente par le choix de son domicile* [418]»,

> ou encore « *l'option (...) ouverte au demandeur ne saurait (...) être étendue au-delà des circonstances particulières qui la justifient, sous peine de vider de son contenu le principe général,consacré par l'article 2, premier alinéa de la convention (...) et d'aboutir à reconnaître, en dehors des cas expressément prévus, la compétence des juridictions du domicile du demandeur à propos de laquelle la convention a manifesté sa défaveur (...)*[419] ».

Les rapports entre les règles de compétence générale et l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* s'articulent donc autour du principe de l'interprétation stricte de ces dernières afin de garantir le respect de l'effet utile de l'article 2[420].

138. - L'interprétation stricte du lieu où le dommage est survenu au sens de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* – Pour éviter de favoriser le *forum actoris*, la Cour de Justice des Communautés européennes a également interprété de manière restrictive la notion de « *lieu où le dommage est survenu* ». Ainsi, par exemple, seul le juge du « *lieu où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est*

---

[416] CJCE, *Zuid-Chemie BV*, op. cit., pt. 23.
[417] CJCE, Dumez, 11 janvier 1990, op. cit., pt. 18.
[418] *Ibid*., pt. 19.
[419] CJCE, *Antonio Marinari c/ Llyod's Bank*, 19 septembre 1995, aff. C-364/93, Rec., p.I-2719, pt. 13 ; *JDI* 1996, p.562, note J.-M. Bischoff ; *Europe* 1995, Comm. n°11, p.19, note L. Idot.
[420] CJCE, *Kalfélis*, 27 septembre 1988, aff. 189/87, Rec., p. 5565, pt. 21 ; *RCDIP*1989, p.215, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1989, p.457, note A. Huet ; *D.* 1989, somm. comm. p.254, obs. B. Audit.

la victime immédiate [421]» est compétent en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*. Une juridiction d'un pays dans lequel la «*victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre Etat contractant*[422] », ou du *« lieu du domicile du demandeur où serait localisé le « centre de son patrimoine », au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre Etat contractant*[423] » ne être saisie pour faire échec à la compétence des juridictions de l'Etat dans lequel le défendeur est domicilié.

139. - Les fondements de la règle de compétence spéciale en matière délictuelle ont été rappelés par la Cour de Justice des Communautés européennes, et sont aujourd'hui expressément énoncés dans les considérants du *Règlement Bruxelles I*. L'option de compétence dont bénéficie le demandeur est fondée sur un principe de proximité géographique, mais elle doit être interprétée de manière restrictive afin de garantir dans tous les cas la prévisibilité du for compétent pour le défendeur.

B L'option offerte en matière de contrats conclus par les consommateurs

140. - Le *forum actoris* conditionné- Le *Règlement Bruxelles I* contient une section 4 prévoyant des règles de compétence spéciale en matière de contrats conclus

---

[421] CJCE, *Dumez*, 11 janvier 1990, op. cit., pt. 20, et pt. 21 : « *la règle de compétence juridictionnelle énoncée à l'article 5, point 3 de la convention ne peut être interprétée comme autorisant un demandeur qui invoque un dommage qu'il prétend être la conséquence du préjudice subi par d'autres personnes, victimes directes du fait dommageable, à attraire l'auteur de ce fait devant les juridictions du lieu où il a lui-même constaté le dommage dans son patrimoine* ».

[422] CJCE, *Antonio Marinari c/ Llyod's Bank*, op. cit., pt. 21.

[423] CJCE, *Kronhofer*, op. cit., pt. 21 ; pt. 20 : « *dans une situation telle que celle au principal, cette interprétation ferait dépendre la détermination de la juridiction compétente de circonstances incertaines telles que le lieu où se trouverait « le centre du patrimoine » de la victime et serait par conséquent contraire au renforcement de la protection juridique des personnes établies dans la Communauté qui, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attrait, constitue un des objectifs de la convention (...). En outre, elle serait susceptible le plus souvent de reconnaître la compétence des tribunaux du domicile du demandeur, compétence pour laquelle (...) la convention n'apparaît pas favorable en dehors des cas qu'elle prévoit expressément* ».

par les consommateurs. La mise en œuvre de ces règles est conditionnée par la réunion dans le cas d'espèce des critères énoncés dans l'article 15. En vertu du point 1, c) de ce texte, la compétence spéciale ne peut être invoquée que par

> « *le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (...), lorsque (...) le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.* [424]»

La doctrine a interprété l'expression

> « *dirige ses activités » comme visant « la présence d'un établissement dans l'Etat du consommateur (...), des propositions adressées par la poste ou faites par téléphone au consommateur à son domicile, la publicité insérée dans les journaux ou magazines distribués dans l'Etat du consommateur (...), les publicités insérées dans des revues en langues étrangères vendues par abonnement dès lors que l'invitation à souscrire l'abonnement a été faite dans le pays du domicile du consommateur (...), ainsi que les offres faites via « Internet »* [425]».

Comme la règle de compétence spéciale en matière délictuelle, la règle de compétence spéciale en matière de contrats conclus par les consommateurs est interprétée strictement. Si ces conditions sont remplies, le consommateur dispose d'une option de compétence entre les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le professionnel et le tribunal du lieu de son domicile[426]. Il ne peut par ailleurs être attrait qu'au lieu où il réside habituellement. Contrairement à l'option accordée au demandeur en matière de faits dommageables, celle qui est conférée au consommateur est fondée

---

[424] Ces précisions ont été ajoutées lors de la transformation de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* en règlement communautaire ; sur ces modifications, voir, notamment, J.-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », op. cit., p.1054 et suiv., qui considère que « incontestablement, il n'est plus exigé que le consommateur ait manifesté, sous une forme ou sous une autre, son acceptation de l'offre dans l'Etat de son domicile ».

[425] J.-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », op. cit., p.1056.

[426] Article 16 du *Règlement Bruxelles I*.

sur une idée de faveur et de protection de cette partie faible[427]. Le consommateur peut par conséquent choisir d'agir devant la juridiction qu'il estime la mieux placée pour préserver ses intérêts. La portée de cette règle de compétence spéciale devra être envisagée en matière de pratiques commerciales déloyales[428] ; le consommateur lésé par une pratique commerciale déloyale commise à son encontre par un professionnel ne peut en effet l'invoquer pour agir au lieu de son domicile que si les conditions requises par l'article 15 du *Règlement Bruxelles I* sont réunies. En raison de la spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales, qui régit les obligations des professionnels « *avant, pendant et après une transaction* [429]», la vérification de ces conditions ne peut être effectuée qu'au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes dans lesquelles la pratique commerciale déloyale a été commise. La Cour de Justice des Communautés européennes applique également dans ce domaine le principe d'interprétation stricte de la règle de compétence spéciale[430]. L'option de compétence accordée au consommateur afin de lui accorder une faveur n'est donc pas automatique dans le domaine des pratiques commerciales déloyales.

141. - Les finalités poursuivies par le droit des pratiques commerciales déloyales pourraient laisser penser que le consommateur lésé par une telle pratique pourrait bénéficier de l'option de compétence accordée au consommateur lorsqu'il conclut un contrat avec un professionnel. La solution n'est cependant pas automatique, et devrait être évaluée *in concreto* en raison des conditions d'applicabilité des articles 15 et 16 du *Règlement Bruxelles I*.

142. - De manière générale, le demandeur devrait, dans la majorité des cas, bénéficier d'une option de compétence dans le domaine de la concurrence déloyale. L'option n'a cependant pas le même fondement selon qu'il s'agit d'un professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale ou d'un consommateur victime d'une pratique

[427] Sur cette question, A. SINAY-CITERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », dans *Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.738-748, spéc. p. 741 et suiv.
[428] Sur ce point, *infra*, § 260 et suiv.
[429] Sur ce point, *supra*, § 23 et suiv.
[430] CJCE, *Ilsinger*, 14 mai 2009, aff. C-180/06, pt. 47.

commerciale déloyale. Dans les deux cas pourtant, la clé de l'articulation de la règle générale et de la règle de compétence spéciale réside dans l'interprétation stricte de cette dernière en raison de l'existence de cette option.

§2 La règle de conflit de lois spéciale

143. - Le *Règlement Rome II* ne contient que des informations lacunaires sur l'articulation de la règle de conflit de lois générale contenue dans l'article 4 avec les règles de conflit de lois spécifiques contenues dans le Chapitre II. Des précisions s'imposent en matière de concurrence déloyale au regard du considérant 21 du *Règlement Rome II*, qui précise que « *la règle spéciale prévue à l'article 6 ne déroge pas à la règle générale énoncée à l'article 4, paragraphe 1, mais elle la précise* ». La question de l'autonomie des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale présente une importance certaine, dans la mesure où leurs fondements déterminent le rôle du juge lors de la désignation de la loi appelée à régir le litige. Contrairement au domaine de la compétence judiciaire, aucune option de choix de loi n'est offerte au demandeur, ni au sein de l'article 4, ni au sein des articles 6, points 1 et 2, et 12 du *Règlement Rome II*[431]. L'articulation entre la règle de conflit de lois générale et les règles de conflit de lois spéciales dépend par conséquent de la comparaison de leurs fondements respectifs. Il convient alors de confronter le procédé de localisation des obligations non contractuelles (*A – La localisation des obligations non contractuelles*) avec celui qui a été retenu en matière d'actes de concurrence déloyale et de pratiques commerciales déloyales (*B – La localisation des comportements déloyaux*) afin de caractériser, dans le domaine de la concurrence déloyale, les relations entre la règle de conflit de lois générale et les règles de conflit de lois spécifiques.

[431] L'option de choix de loi offerte à la victime d'actes restreignant la concurrence par l'article 6, point 3 du *Règlement Rome II* lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays ne sera pas envisagée dans le cadre de cette étude.

A La localisation des obligations non contractuelles

144. - La recherche de la localisation appropriée par la mise en œuvre de critères de rattachement – Dans le cadre de la règle de conflit de lois traditionnelle, la localisation du délit par l'association de la catégorie et du facteur de rattachement est censée garantir le respect de l'équilibre entre les intérêts de chacune des parties au litige, c'est-à-dire la prévisibilité et le respect de leurs attentes légitimes[432]. Ces deux objectifs ont également été recherchés lors de l'élaboration des critères de rattachement retenus dans le *Règlement Rome II*. Dans le champ d'application de la règle de conflit de lois générale, la localisation de l'obligation non contractuelle est appropriée si elle « *crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée*[433] ». En matière d'obligations non contractuelles, la loi appropriée est désignée par la mise en œuvre d'un ou plusieurs critères de rattachement, et non pas par la recherche de la "*proper law*" dans chaque cas concret. L'article 4 du *Règlement Rome II* dispose en effet que

> « *1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. 2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique. 3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.* »

[432] *Supra*, § 5.
[433] Considérant 16 du *Règlement Rome II*.

En l'absence de choix de loi par les parties effectué en vertu de l'article 14 du *Règlement Rome II*[434], le juge devra vérifier si l'obligation non contractuelle peut être localisée soit dans le pays dans lequel le dommage survient, soit, le cas échéant, dans le pays de la résidence habituelle commune des parties, soit enfin dans le pays avec lequel la situation présente des liens manifestement plus étroits[435].

145. - Le critère du lieu de réalisation du dommage - En premier lieu, le rattachement à la *lex loci damni* est justifié par le fait qu'il « *crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective*[436] ». Des systèmes de responsabilité objective se sont développés sous l'impulsion de besoins sociaux dans la plupart des Etats membres[437]. La responsabilité pour faute étant reléguée au second plan, la fonction indemnisatrice de la responsabilité civile délictuelle primerait aujourd'hui sur la fonction visant à assurer la sanction du comportement fautif[438]. De manière générale, l'arbitrage entre la loi du lieu du fait générateur et la loi du lieu de réalisation du dommage a toujours été effectué en tenant compte des intérêts de chacune des parties[439]. La loi du lieu de survenance du fait générateur est traditionnellement analysée comme permettant à l'auteur de prévoir ce qui est licite ou illicite dans l'Etat dans lequel il agit, et de pouvoir adapter son comportement en

---

[434] *Infra*, § 324 et suiv.
[435] Ce dernier critère de rattachement sera envisagé dans le cadre de l'étude de la flexibilité de la règle de conflit de lois.
[436] Considérant 16 du *Règlement Rome II*.
[437] A. DE VITA, « Au croisement des itinéraires des droits européens. Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentatives et tentations », dans *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la direction de Louis VOGEL, Edition Panthéon-Assas, Paris, 2001, pp.73-94 ; sur l'évolution de la fonction de la responsabilité civile en France, C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Préf. de Y. Lequette, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2005.
[438] Sur la question de l'harmonisation du droit de la responsabilité civile en Europe, se rapporter, notamment, aux travaux réalisés par l'European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien, 2005, 282 p., également disponible sur le site <http://www.egtl.org>; G. WAGNER, "The Project of Harmonizing European Tort Law", *C.M.L.R.* 2005, vol.42, n°5, pp.1269-1312; G. ALPA, "Principles of European Tort Law, a Critical View from the Outside", *European Business Law Review* 2005, vol.16, n°5, pp.957-974.
[439] P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, op. cit., spéc. p. 76 et suiv.

fonction du résultat[440]. La compétence de la loi du lieu de réalisation du dommage est quant à elle considérée comme étant plus favorable à la personne lésée, dans la mesure où elle peut prévoir l'étendue et les modalités de la réparation qu'elle peut recevoir[441]. Au sein du *Règlement Rome II*, la compétence de la *lex loci damni* a été retenue en tant que règle générale en matière d'obligations non contractuelles. Elle résulte en revanche seulement de la projection au plan international de l'évolution du droit matériel de la responsabilité civile en droit civil interne. La règle de conflit de lois générale en matière d'obligations non contractuelles est par conséquent une règle de conflit de lois « *neutre, mais qui n'est pas désincarnée* [442]», et n'est pas fondée sur une idée de faveur pour la personne lésée.

146. - Le critère de la résidence habituelle commune - Le choix du critère de rattachement de la résidence habituelle commune ne surprend pas, dans la mesure où il est fréquemment retenu dans les textes de droit international privé communautaire[443]. Les rédacteurs du *Règlement Rome II* ont cependant souhaité cantonner la loi de la résidence habituelle commune de l'auteur et de la personne lésée à une fonction dérogatoire par rapport à la *lex loci damni*[444]. Le fondement du critère de rattachement de la résidence habituelle commune réside dans le principe de proximité; la situation est localisée dans le pays de la résidence habituelle commune dès lors que, dans le cas concret, la loi de ce pays présente les liens les plus étroits avec l'obligation non contractuelle en cause[445] . Le caractère dérogatoire de la règle de conflit de lois contenue dans l'article 4, point 2 du *Règlement Rome II* implique en principe qu'elle

---

[440] G. LEGIER, « Sources extra-contractuelles des obligations – Détermination de la loi applicable », *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 553-1, §96-98.
[441] Ibid.
[442] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., spéc. p. 187 et suiv.
[443] Ce critère est notamment utilisé dans le Règlement (CE) n°2201/ 2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, *JOCE* L338 du 23.12.2003, p.1.
[444] Considérant 18 du *Règlement Rome II* : « *(...) l'article 4, paragraphe 2 devrait être considéré comme créant une exception à ce principe général, en ce qu'il établit un rattachement spécial* » ; contra : A. NUYTS, « Le règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II », *T.B.H.* 2008, pp.489-501, spéc. p.497, qui considère que « *l'approche retenue par les auteurs du règlement a pour effet, concrètement, de renverser la règle et l'exception en la matière* (…)».
[445] La disposition a été critiquée en ce qu'elle n'assurerait pas un équilibre satisfaisant entre les intérêts en présence en matière d'accidents de la circulation : P. STONE, « The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », *The European Legal Forum*, 4-2004, pp. 213-272, spéc. p.218 et suiv.

soit interprétée de manière restrictive. Même si les deux lois coïncideront souvent en pratique, la loi de la résidence habituelle commune ne devrait être appliquée que si elle présente les liens les plus étroits avec la situation que la loi du lieu de réalisation du dommage.

147. - Le critère de rattachement général retenu dans l'article 4 du *Règlement Rome II* a été adopté en considération de l'évolution des règles de droit matériel. La règle de conflit de lois générale conserve pourtant son caractère de neutralité; les critères de rattachement qu'elle contient sont fondés sur le principe de proximité[446], et visent à assurer la désignation de la loi qui présente les liens géographiquement les plus étroits avec l'obligation non contractuelle en cause. La résolution du conflit de lois survenant en matière d'obligations non contractuelles devrait donc être indifférente quant au contenu des droits matériels en concurrence.

B La localisation des comportements déloyaux

148. - La ligne directrice de la fragmentation de la catégorie des obligations non contractuelles - Comme pour la règle de conflit de lois générale, l'idée directrice de l'élaboration de règles de conflit de lois spéciales dans le *Règlement Rome II* réside dans l'objectif d'équilibre raisonnable entre les intérêts des parties. Cette idée est particulièrement soulignée pour justifier l'élaboration des règles de conflit de lois spéciales dans le considérant 19, qui précise qu'« *il convient de prévoir des règles spécifiques pour les faits dommageables pour lesquels la règle générale ne permet pas de trouver un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence* ». La spécialisation de la règle de conflit de lois réside donc dans le choix d'un critère de rattachement approprié à la matière, qui est encadré par la recherche d'un équilibre entre les intérêts

[446] P. LAGARDE, « Rapport de synthèse », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp. 201-208, spéc. p. 206.

en présence[447]. L'adoption de règles de conflit de lois spécifiques dans le *Règlement Rome II* pose alors deux types de questions.

149. - En premier lieu, une partie de la doctrine considère que la fragmentation de la catégorie des faits juridiques entraînerait une évolution des méthodes du conflit de lois[448]. Ainsi par exemple des règles de conflit de lois spéciales adoptées en matière de responsabilité du fait des produits et en matière d'atteinte à l'environnement[449]. L'évolution de la règle de conflit de lois serait guidée par la mutation, dans les domaines concernés, des règles de droit matériel vers une fonction de préservation des intérêts publics, et plus seulement des intérêts privés[450]. Les fondements des articles 6 et 12 devraient par conséquent être clairement identifiés avant de savoir si ces règles de conflit de lois pourraient suivre la même évolution que dans les domaines précités. En second lieu, le type d'instrument d'adaptation de la règle de conflit de lois retenu détermine l'autonomie de la règle spécifique au regard de la règle de conflit de lois générale. La « *logique normative* » de cette règle particulière ne diffère pas de la règle de conflit de lois générale lorsqu'elle ne contient qu'une concrétisation du rattachement général[451]. L'autonomie des règles de conflit de lois applicable à la concurrence déloyale devrait donc également être caractérisée afin de déterminer si leurs fondements sont ou non indépendants de la règle générale.

---

[447] Déjà, B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », op. cit., spéc. p.343 et suiv..

[448] Notamment, H. MUIR-WATT, « Rome II et les « intérêts gouvernementaux » : pour une relecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.129-140 ; H. MUIR-WATT, "European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws", *EdinLR* 2005, vol.9, pp.6-31; R. J. WEINTRAUB, "The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither?", *Texas International Law Journal* 2008, pp.401-426.

[449] Articles 5 et 7 du *Règlement Rome II* ; sur ces règles de conflit de lois spéciales, se reporter notamment aux études qui leur sont consacrées dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, spéc. pp. 57-84 et pp. 85-106.

[450] Sur cette question, F. CAFAGGI, "A coordinated Approach to regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities", dans *The Institutional Framework of European Private Law*, Ed. by F. Cafaggi, OUP, 2006, pp. 191-243.

[451] J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », op. cit.

150. - La dissociation nécessaire des catégories de rattachement « *actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général* », « *actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé* » et « *pratiques commerciales déloyales* » dans le champ d'application du *Règlement Rome II* commande de distinguer l'étude des fondements de chacune des règles de conflit de lois applicables. Dans le premier cas, l'adaptation du critère de rattachement résulte en effet de la spécificité des délits en cause (*a) La fragmentation commandée par la spécificité de la matière*). Dans le second elle résulte de l'harmonisation des législations nationales opérée par les différentes directives communautaires (*b) La fragmentation commandée par l'existence d'une réglementation commune*).

a) La fragmentation commandée par la spécificité de la matière

151. - Le considérant 21 du *Règlement Rome II* révèle le paradoxe de la règle de conflit de lois adoptée en matière de concurrence déloyale. De manière générale, les propositions doctrinales visant à adapter la règle de conflit de lois traditionnelle aux spécificités de la concurrence déloyale reposent sur l'analyse de la fonction remplie par l'action en concurrence déloyale en droit civil interne[452]. Le *Règlement Rome II* précise pourtant que l'article 6 relatif à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la concurrence ne constitue pas une dérogation à la règle générale, mais une simple concrétisation du critère de rattachement du lieu de réalisation du dommage. Une distinction peut alors être opérée entre les arguments pouvant justifier le choix du critère de rattachement (*1. La fonction de l'action en concurrence déloyale en droit français*) et le fondement des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale (*2. Les fondements de l'article 6, points 1 et 2 du Règlement Rome II*).

[452] A. TROLLER, "Unfair Competition", op. cit.; J.-M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international privé », op. cit.; F. LECLERC, « Concurrence déloyale et droit international privé », op. cit.

1. La fonction de l'action en concurrence déloyale en droit français

152. - La fonction normative de l'action en concurrence déloyale - En France, l'autonomie de l'action en concurrence déloyale au regard de l'action en responsabilité civile classique fait encore débat. La doctrine internationaliste met en général en avant la spécificité de ce corps de règles du point de vue de l'appréciation de la faute et de la réparation du préjudice[453]. Les juridictions françaises n'ont en effet pas suivi, en matière de concurrence déloyale, le mouvement d'objectivisation qui caractérise le droit de la responsabilité civile depuis quelques années. Si la fonction normative de la responsabilité civile délictuelle de droit commun diminue sous l'influence de la responsabilité sans faute[454], l'appréciation de la faute conserve en France toute son importance dans les règles régissant les actes de concurrence déloyale[455]. L'action en concurrence déloyale est en effet une action en responsabilité du fait personnel, exigeant la preuve de la faute commise[456]. Le fait générateur de concurrence déloyale constitue donc en droit français un élément fondamental de l'action en concurrence déloyale. L'effet du comportement déloyal sur un marché est parfois un élément d'appréciation de la faute[457]. La prééminence du fait générateur de concurrence déloyale sur le dommage

---

[453] J.-M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international privé », op. cit.; F. LECLERC, « Concurrence déloyale et droit international privé », op. cit.; contra : M. FALLON, B. FAUVARQUE-COSSON, et S. FRANCQ, « Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois ? », op. cit..

[454] Pour une étude du déclin de la fonction normative de la responsabilité délictuelle, voir C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, op. cit., p. 85 et suiv.

[455] M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com* 1998, pp. 17- 52, qui conclut que l'examen des conditions de recevabilité de l'action en concurrence déloyale est centrée sur la conduite de l'auteur du comportement déloyal, qui est « au centre du raisonnement ».

[456] Y. SERRA, V° « Concurrence déloyale », op. cit, p. 6, §22 ; jurisprudence constante, qui refuse l'admission d'une simple présomption de faute : par exemple, Cass., 1ère civ., 18 janvier 2005 ; CA Paris, 5ème Ch. B, 21 janvier 2005, n°03/00679, *D.* 2005, Pan., p.2463, obs. Y. Auguet. La jurisprudence française n'exige pas la preuve d'une faute intentionnelle.

[457] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, op. cit, p.79, §44 : dans la théorie de la concurrence déloyale, « *la faute ne doit pas seulement être envisagée subjectivement –comme l'utilisation d'un moyen en lui-même déloyal-, mais objectivement –comme le résultat de l'utilisation de ce moyen sur le marché* ». Par exemple, Cass., com., 25 avril 2006, pourvoi n°04-13.072, *Concurrences*, 01/07/2006, n°3, obs. D. Fasquelle, pp.109-110 ; *Contrats, conc., conso*, 2006, n°7, pp.32-33, note M. Malaurie-Vignal : « *Attendu qu'ayant relevé que la situation de concurrence nécessaire pour fonder cette action ne pouvait être retenue, dès lors que les parties n'exerçaient pas la même activité, n'utilisaient pas le même circuit de distribution, et que la pratique d'un prix inférieur procède du principe de la liberté du commerce (...)* » ; Cass., com., 19 novembre 2002, pourvoi n°00-13.154 : « *qu'ayant estimé que, faute de*

se vérifie pourtant également à travers la notion de trouble commercial[458], retenue par les juridictions françaises. La Cour de Cassation y recourt souvent pour décider que « *les procédés fautifs utilisés sont des faits générateurs d'un trouble commercial* », ou que « *le préjudice s'infère nécessairement des actes déloyaux*[459] ». Si l'affirmation de l'existence d'une présomption de préjudice ne fait pas l'unanimité en doctrine[460], les expressions retenues par la Cour de Cassation témoignent néanmoins d'une primauté du fait générateur de concurrence déloyale sur les autres conditions de la responsabilité civile délictuelle que sont l'appréciation et l'évaluation du dommage et l'existence d'un lien de causalité[461]. L'action en concurrence déloyale remplirait donc une fonction normative en droit matériel français, en ce qu'elle vise principalement la répression et la dissuasion des actes de concurrence déloyale.

153. - La fonction réparatrice de l'action en concurrence déloyale – La doctrine considère que l'élargissement de la notion de préjudice réparable sous l'impulsion de la jurisprudence est un indice de l'instrumentalisation des règles de la responsabilité civile délictuelle pour assurer une certaine police du marché et sanctionner les actes de concurrence déloyale ou parasitaire[462]. Le trouble commercial

---

clientèle commune, la société L'Age d'or et les artisans taxis n'étaient pas en situation de concurrence, la cour d'appel, qui a légalement justifié sa décision, a pu décider que la FNAT (...) n'était pas fondée à reprocher à la société L'Age d'or et à ses franchisés de s'être livrés à des actes de concurrence déloyale à leur égard ». Parfois un acte peut en lui-même être contraire aux usages honnêtes, mais la faute ne sera retenue par le juge que si cet acte produit un effet sur la clientèle commune, à savoir sur un marché : par exemple, CA Paris, 4ème Ch. B, 14 janvier 2005, n°03/10900, *D*. 2005, Pan., p.2463, obs. Y. Auguet.

[458] La nature même du trouble commercial, entre préjudice subi et fait générateur, est difficile à dégager de la jurisprudence, dans la mesure où il semble difficile de déterminer s'il est une composante ou seulement une résultante de l'acte déloyal. Les auteurs semblent néanmoins s'accorder pour le ranger dans la catégorie du préjudice; voir Y. SERRA, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », op. cit.

[459] Par exemple, Cass., com., 14 juin 2000, *RJDA* 2000, n°1195 ; Cass., com., 1er juillet 2003, *Prop. Indu*. 2003, Comm., 96, obs. J. Schmidt-Szalewski.

[460] Y. SERRA, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », op. cit; M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », op. cit; A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », op. cit, qui soutient même que la formule permettrait au juge d'admettre la réparation d'un préjudice éventuel, dont l'existence serait déduite du procédé déloyal.

[461] Certains auteurs cherchaient d'ailleurs déjà, au milieu du 20ème siècle, à la rapprocher du droit pénal (C. GIVERDON, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », op. cit; J.-P. DOUCET, « Prescription et nature de l'action en concurrence déloyale », *Gaz. Pal.* 1964, 2, doctr. 105) ou à la considérer comme une action de nature disciplinaire (C. CHAMPAUD, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », op. cit)

[462] Y. SERRA, V° « Concurrence déloyale », op. cit, §108.

caractérise ainsi « *une atteinte au jeu normal de la concurrence*[463] », dont la réparation vise le concurrent victime, mais également les conditions de concurrence ou le marché. De la même manière, la sanction adéquate pour une réparation efficace du préjudice moral est la publication du jugement de condamnation, qui rétablit la réputation de la victime de l'acte de concurrence déloyale ou parasitaire[464]. Elle constitue alors une forme de réparation en nature, qui témoigne d'une volonté de sanction plus que d'indemnisation[465]. L'indemnisation du préjudice subi par l'allocation de dommages-intérêts n'apparaîtrait alors que comme une sanction « *accessoire et secondaire*[466] » par rapport à l'objectif de bon fonctionnement du marché.

154. - En droit matériel interne, la fonction de l'action en concurrence déloyale est donc double. D'un côté, elle permet au professionnel lésé de demander la réparation du préjudice subi du fait de l'acte de concurrence déloyale commis à son encontre. L'octroi de dommages-intérêts est alors souvent couplé avec le prononcé de la sanction consistant en la publication du jugement. D'un autre côté, elle permet, selon la doctrine, d'assurer un mécanisme de prévention et de dissuasion des comportements déloyaux. Dans les deux cas, l'appréciation de la faute conserve toute son importance en droit matériel français ; l'action en concurrence déloyale s'éloigne donc de la responsabilité objective ou sans faute qui a justifié le choix du critère de rattachement du lieu de réalisation du dommage dans la règle de conflit de lois générale.

2. Les fondements des articles 6, points 1 et 2 du *Règlement Rome II*

---

[463] IZORCHE Marie-Laure, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », op. cit, qui envisage « un changement de la nature du préjudice ».
[464] Cette conception sanctionnatrice de ce type de mesure n'est pas nouvelle : E. POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de concurrence déloyale en tous genre*, 6ème éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris, 1912, p.1084, §1351.
[465] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations : 2. Le fait juridique*, 11ème éd., Armand Colin, Paris, 2005, p. 412, §386.
[466] P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTDcom* 1948, pp.541-591, p.571.

155. - L'incertitude résultant du considérant 21 du *Règlement Rome II* - La justification du critère de rattachement retenu en matière de concurrence déloyale réside, selon la Commission européenne, dans le caractère « *tridimensionnel* » de la concurrence déloyale[467]. La fonction sociale du droit de la concurrence déloyale justifierait la localisation de tous les comportements déloyaux sur le territoire de l'Etat dont le marché a été affecté. Le considérant 21 précise en effet que l'article 6 poursuit des objectifs de protection des concurrents, des consommateurs et du public en général ainsi que la garantie du bon fonctionnement de l'économie de marché[468]. Sa rédaction suscite cependant des interrogations sur la portée réelle de la référence aux finalités poursuivies par le droit matériel de la concurrence déloyale. L'introduction de l'expression « *la règle de conflit de lois devrait protéger* » brouille la question en lui assignant le rôle d'une règle de conflit à coloration substantielle. Le résultat devant être atteint serait la protection des concurrents, des consommateurs et du public en général. Il convient dans un premier temps de relever les incohérences contenues dans ce seul considérant 21. Sa rédaction laisse penser que la règle de conflit de lois devrait poursuivre les mêmes objectifs quelle que soit la catégorie visée –concurrence déloyale ou actes restreignant la libre concurrence. Or les deux matières ont des finalités différentes en droit matériel, et ne tendent pas à la préservation des mêmes intérêts[469].

156. - Le caractère de règle de conflit de lois spéciale en question - L'absence d'autonomie de l'article 6 au regard de l'article 4 du *Règlement Rome II* est ensuite expressément affirmée dans le considérant 21. Celui-ci précise que « *la règle spéciale prévue à l'article 6 ne déroge pas à la règle générale énoncée à l'article 4, paragraphe 1, mais elle la précise.* » Les critères de rattachement énoncés à l'article 6 ne seraient par conséquent que des concrétisations du critère de rattachement général. La position retenue par les rédacteurs du texte se rapproche de la solution préconisée par l'Institut

---

[467] Sur ce caractère tridimensionnel, déjà, Y. SERRA, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », op. cit ; B. FRANCQ, « Le droit relatif à la concurrence déloyale aujourd'hui : un droit à trois dimensions », dans *Mélanges Antoine Braum. Jura Vigilantibus, Les droits intellectuels, le Barreau*, Larcier, Bruxelles, 1994, pp.157-163.

[468] Le considérant 21 du *Règlement Rome II* précise ainsi que « *le rattachement à la loi du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être permet, de manière générale, de réaliser ces objectifs* ».

[469] Sur la distinction du droit de la concurrence déloyale et du droit de la concurrence, *supra*, § 18 et suiv.

de Droit international en 1993, qui proposait que la matière de la concurrence déloyale fasse l'objet d'un traitement autonome, mais pas d'une règle de conflit de lois autonome. Elle n'a d'ailleurs en général pas été contestée par les commentateurs du *Règlement Rome II*[470]. Il semble cependant que l'absence d'autonomie de l'article 6 du *Règlement Rome II* au regard de la règle de conflit de lois générale devrait être nuancée selon que l'on considère les paragraphes 1, 2 ou 3 de l'article 6 du *Règlement Rome II*.

157. - Le fondement de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* - Le point 2 de l'article 6 du *Règlement Rome II* relatif aux actes de concurrence déloyale affectant exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé renvoie expressément à l'article 4 *Règlement Rome II*. Si l'on suit cette approche, il faut considérer que la règle de conflit de lois figurant à l'article 6, point 2 suit « *la même logique normative que la règle de conflit de lois générale* [471]». Malgré la spécificité de l'action en concurrence déloyale en droit matériel français, l'article 6, point 2 a donc le même fondement que la règle de conflit de lois générale, c'est-à-dire le principe de proximité, qui vise à obtenir la désignation de la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation. Il n'y a donc pas lieu de transposer le principe de l'interprétation stricte des règles spéciales consacré par la Cour de Justice des Communautés européennes[472] dans le domaine de la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé. Le conflit de lois ne peut être résolu qu'en recherchant la loi qui présente les liens les plus étroits avec l'acte de concurrence déloyale, ou de manière plus générale avec un ou plusieurs ordres juridiques donnés. L'article 6, point 2, qui renvoie à l'article 4 du *Règlement Rome II*, est donc également une règle de conflit de lois neutre, qui ne commande pas de prendre en considération le contenu des droits matériels en présence pour la résolution du conflit de lois. En postulant l'application de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le rapport de

---

[470] Par exemple, N. JOUBERT, « Les règles de conflit de lois spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.55-84, spéc. p. 69 ;

[471] J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », op. cit.

[472] Sur ce principe d'interprétation stricte, *supra*, § 470 et suiv.

droit, l'article 6, point 2 exclut également en principe la prise en considération des intérêts de chacun des Etats en présence[473].

158. - Le fondement de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* - Le point 1 relatif aux actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts des consommateurs semble en revanche suivre une logique qui lui est propre. La rédaction de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* est en premier lieu très proche de celle de l'article 6, point 3 du même texte : le premier dispose que «*la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* » ; le second précise que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être* ». La justification du choix du critère de rattachement apportée dans le considérant 21 du *Règlement Rome II* semble davantage appropriée pour ces deux dispositions que pour l'article 6, point 2[474]. Le critère de l'effet sur le marché est traditionnellement retenu en matière d'actes restreignant la concurrence en raison des finalités de régulation économique et étatique des marchés et de la surveillance des conditions dans lesquelles la concurrence est exercée sur ces marchés[475]. Dans ce domaine, ce critère relève davantage d'une approche unilatérale du conflit de lois, dans la mesure où il permet de délimiter dans l'espace le champ d'application des dispositions visant à réguler les actes restreignant la concurrence[476]. Les règles permettant la régulation du marché et de la concurrence sont donc appliquées en tant que lois de police dès lors que le comportement anticoncurrentiel produit des effets sur le territoire de l'Etat qui les a édictées[477]. La justification du recours à cette méthode

---

[473] Sur la détermination de la loi applicable dans le cadre de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II*, *infra*, § 324 et suiv.

[474] Considérant 21 du Règlement Rome II : « *en matière de concurrence déloyale et d'actes restreignant la concurrence, la règle de conflit de lois devrait protéger les concurrents, les consommateurs et le public en général, et garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché* ».

[475] M.-A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Préf. de P. LALIVE, Etudes suisses de droit international, vol.69, Schulthess, Zurich, 1991, spéc. p.105 et suiv.

[476] G. VAN HECKE, « L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence », op. cit.

[477] B. GOLDMAN, « Le champ d'application territoriale des lois sur la concurrence », *Recueil des Cours* 1969, III, t.128, pp.637-729.

réside dans les fondements du droit de la concurrence, qui relève de l'ordre public de direction. Ce type de règles correspond alors à la définition fonctionnelle des lois de police[478], et l'application immédiate de la *lex fori* est justifiée par les objectifs de préservation du marché et de l'intérêt général que poursuit le droit de la concurrence[479]. L'Etat dont le marché est affecté a ainsi un intérêt à ce que son propre droit de la concurrence s'applique pour régir tout comportement anticoncurrentiel sur son territoire.

159. - La logique poursuivie par l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts des consommateurs se rapprocherait donc davantage de celle poursuivie par l'article 6, point 3 du *Règlement Rome II* même s'il s'agit d'une règle de conflit de lois bilatérale[480]. Le critère de rattachement retenu dans l'article 6, point 1 présente en effet une certaine rigidité dans la mesure où il rattache l'actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général qu'au « *pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* ». Sauf dans le cas d'un acte de concurrence déloyale produisant des effets complexes, le juge ne dispose d'aucune liberté d'appréciation lors de la désignation de la loi applicable. Or, selon certains auteurs, un critère de rattachement rigide et précis serait un indice des considérations de souveraineté que l'ordre juridique qui édicte la règle de conflit de lois souhaite voir respecter[481]. La localisation des actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général sur le marché affecté refléterait ainsi la volonté des Etats de réguler l'ensemble des comportements affectant les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sur leur territoire. Elle ne commande pas de tenir compte du contenu des droits matériels en conflit, mais a un fondement qui lui est propre. L'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* constituerait donc une véritable règle de conflit de lois spéciale et non une simple concrétisation du

---

[478] Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP*1966, pp.1-18, qui les définit comme « *les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* ».
[479] L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *J.D.I.*, 1995, pp.321-341.
[480] *Supra*, §91.
[481] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8ème édition, L.G.D.J., Paris, 1993, p.450, §268.

lieu de réalisation du dommage en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs[482].

160. - Comme en droit matériel, la distinction entre les règles de conflit de lois applicables aux actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé et celles applicables en matière d'actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général est donc nécessaire, dans la mesure où les fondements des critères de rattachement ne sont pas identiques.

b) La fragmentation commandée par l'existence d'une réglementation commune

161. - L'interprétation extensive du fondement de l'article 12 du *Règlement Rome II* – De prime abord, les critères de rattachement retenus dans l'article 12 du *Règlement Rome II* ne fournissent aucun indice quant à une éventuelle prise en considération de la justice matérielle[483]. Il semble cependant nécessaire de nuancer cette affirmation au regard des objectifs poursuivis par les dispositions de source communautaire régissant les pratiques commerciales déloyales. La Commission a en effet fait référence lors du processus de négociation du texte aux directives harmonisant les législations nationales[484] dans ce domaine[485]. Ces règlementations communes s'inscrivent dans le cadre de la réalisation du marché intérieur et dans la politique communautaire de protection des consommateurs[486]. Le classement de l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale affectant les intérêts d'un

---

[482] Sur la détermination de la loi applicable dans le cadre de l'article 6, point 1 du Règlement Rome II, *infra*, §365 et suiv.

[483] Sur l'article 12 du *Règlement Rome II*, notamment, G. LEGIER, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo* », op. cit. ; S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008, n°31, pp. 2161-2164.

[484] *Supra*, § 44 et suiv.

485 La lecture des travaux préparatoires montre qu'elle a entendu, sous la pression du Parlement européen, créer un lien entre la règle de conflit de lois relative à la concurrence déloyale et la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.

[486] Sur la question de l'évolution des méthodes du conflit de lois du fait de ces références au droit matériel, R. MICHAELS, "The New European Choice-of-Law Revolution", 82 *Tul. L. Rev.* 1607.

consommateur dans la catégorie de rattachement « *culpa in contrahendo* »[487] implique alors de transposer la logique de protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales dans le champ d'application de l'article 12 du *Règlement Rome II*. La protection du consommateur devrait en effet être garantie de la même manière que dans le domaine des règles de conflit de lois adoptée en matière de contrats conclus par les consommateurs[488]. La mise en œuvre des critères de rattachement contenus dans l'article 12 du *Règlement Rome II* devrait par conséquent être guidée par le souci d'assurer au consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale la protection que lui accordent les dispositions de source communautaire.

162. - Dans la mesure où l'article 12 du *Règlement Rome II* ne suit plus la même logique normative que la règle de conflit de lois générale, il constituerait une véritable règle de conflit de lois spéciale en matière d'obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale. Le principe de l'interprétation stricte des règles de droit international privé dérogeant à la règle générale ne devrait pas davantage être transposé ici du fait du fondement assigné à l'article 12 du *Règlement Rome II* lorsqu'il s'applique dans le domaine de la protection des consommateurs. En raison de la spécificité de la matière et de la nécessité d'assurer une protection de la partie faible, cette règle de conflit de lois devrait être interprétée de manière large. Cette interprétation extensive lui ferait perdrait « *son caractère purement localisateur* [489]» pour permettre la réalisation d'objectifs substantiels de protection de la partie faible. La règle de conflit de lois applicable en matière de pratiques commerciales déloyales affectant les intérêts des consommateurs ne serait donc pas neutre[490], et devrait permettre la désignation de la loi la plus favorable au consommateur. Il ne semble pas

---

[487] Sur ce point, *supra*, § 119 et suiv.

[488] Ces règles de conflit de lois permettant la désignation de la loi applicable au contrat conclu par un consommateur ont suscité de nombreux débats ; pour un exposé de ces débats, notamment, P. LAGARDE, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du 21ème siècle*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp.511-525 ; F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des Cours*, 1984, t.188, pp. 339-418 ; M. S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des Cours* 2005, t. 315, pp. 141-264 ; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 776 p.

[489] P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », op. cit., p. 202.

[490] Sur l'évolution de la règle de conflit vers la prise en compte des considérations de justice matérielle dans le domaine de la protection du consommateur, M. S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », op. cit..

cependant que la prise en compte de l'existence d'une réglementation commune implique nécessairement un renouvellement des méthodes tel qu'il est proposé en matière d'atteintes à l'environnement[491]. Le rôle du juge lors de la détermination de la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale ne devrait pas s'étendre à la prise en compte des intérêts de chacun des Etats en présence, mais devrait se cantonner, lors de la détermination de la loi applicable, au règlement des conflits entre les intérêts privés du consommateur et du professionnel.

163. - Contrairement aux règles de compétence juridictionnelle, les règles de conflit de lois élaborées dans le *Règlement Rome II* et applicables en matière de concurrence déloyale n'offrent aucune option de choix de loi[492] à la personne lésée par le comportement déloyal (professionnel ou consommateur) en dehors du domaine de l'article 14 du *Règlement Rome II*[493]. Cette solution est préférable, dans la mesure où elle permet de conserver un équilibre entre les intérêts de l'auteur du comportement déloyal et de la personne lésée. Les critères de rattachement retenus dans les règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale devraient garantir le respect d'un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence lorsque la règle de conflit de lois générale ne le permet pas[494]. Les règles de conflit de lois devraient cependant être envisagées différemment selon qu'il existe ou non une réglementation commune. La communautarisation du droit international privé renforce l'approche des relations entre le droit matériel et la règle de conflit de lois au stade de l'élaboration de cette dernière et du choix du ou des critère(s) de rattachement[495].

---

[491] H. MUIR-WATT, op. cit.

[492] Sur les options de lois, voir, notamment H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit. p. 285 et suiv.

[493] Sur la portée de l'article 14 du *Règlement Rome II* en matière de concurrence déloyale, *infra*, § 172 et suiv.

[494] Considérant 19 du *Règlement Rome II*.

[495] Sur les relations entre règle de conflit de lois et droit interne dans le cadre des Conventions de La Haye unifiant les règles de droit international privé, voir, notamment, Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », op. cit.., spéc. p.83.

164. - Conclusion de la Section 2 – Les fondements de la règle applicable - Le rôle du juge dans la désignation de la loi applicable est conditionné par le choix des finalités, effectué par les autorités communautaires au stade de l'élaboration et de l'adoption du *Règlement Rome II*. Si la flexibilité des normes de droit matériel permet parfois de les instrumentaliser afin de réguler de nouveaux types de comportements, il n'en est pas de même de la règle de conflit de lois. Les règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale – les actes de concurrence déloyale et les pratiques commerciales déloyales – restent fondées sur des considérations visant à assurer la préservation d'intérêts privés, même lorsque les consommateurs sont les personnes lésées. En présence d'une réglementation commune dans le domaine des pratiques commerciales déloyales ou de la publicité, la règle de conflit de lois est détachée des considérations du droit interne des Etats membres pour être imprégnée des considérations des politiques législatives communautaires. Dans les domaines concernés, l'élaboration de la règle de conflit de lois bilatérale résulte de la projection du droit matériel harmonisé au plan communautaire et international. La règle de conflit de lois n'est donc plus neutre et devrait poursuivre un objectif de protection de la partie faible. En l'absence de réglementation commune dans le domaine des actes de concurrence déloyale, l'élaboration de la règle de conflit de lois reste dépendante du droit interne des Etats membres. La considération de la nature du rapport de droit pour choisir le rattachement approprié ne fait pas perdre à la règle de conflit de lois son caractère de neutralité. Les considérations matérielles sont prises en compte au stade de l'élaboration de la règle de conflit de lois, mais la désignation de la loi applicable reste neutre, en ce qu'elle est indifférente au contenu matériel des droits en conflit.

165. - Conclusion du Chapitre 1 – L'unité factice de la règle de conflit de lois

– La lecture des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* pourrait laisser penser que l'article 6 intitulé « *concurrence déloyale et actes restreignant la concurrence* » permet seul de déterminer la loi applicable aux obligations non contractuelles nées à la suite de comportements déloyaux. L'unité apparente de cette règle de conflit de lois n'est pourtant pas conforme à l'institution juridique de la concurrence déloyale, dont les règles qui la régissent ont vocation à préserver non seulement les intérêts des professionnels, mais également ceux des consommateurs. Une distinction est certes effectuée selon que l'acte de concurrence déloyale affecte les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs (article 6, point 1 du *Règlement Rome II*) ou bien les intérêts d'un concurrent déterminé (article 6, point 2 du *Règlement Rome II*). La notion autonome de pratique commerciale déloyale entre cependant dans le champ d'application de l'article 12 du *Règlement Rome II* intitulé « *culpa in contrahendo* » dès lors qu'elle vise toute pratique commerciale d'un professionnel qui présente un lien direct avec les tractations menées avec le consommateur avant la conclusion d'un contrat. Il n'existe donc pas une règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale, mais trois (article 6, point 1, article 6, point 2 et article 12 du *Règlement Rome II*) dont le champ d'application dépend d'une qualification en cascade du rapport de droit. Celle-ci permet de préserver une certaine cohérence entre les catégories de rattachement et les catégories prévues en droit matériel interne – qu'elles soient de source communautaire ou de source nationale.

L'unité factice de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale se révèle également à travers l'examen de ses fondements. Ceux-ci diffèrent en effet selon que l'on considère les actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts des consommateurs, les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou les pratiques commerciales déloyales. Dans le premier cas, le critère de rattachement contenu dans l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* est fondé sur la préservation de l'intérêt général sur le territoire duquel l'acte de concurrence déloyale a été commis ; la règle de conflit de lois constitue alors une véritable dérogation à la règle de conflit de lois générale et devrait être interprétée strictement. Dans le second, le renvoi opéré dans l'article 6, point 2 à l'article 4 du *Règlement Rome II* signifie que la règle de conflit de lois ne présente

aucune autonomie au regard de la règle générale, et est fondée, comme cette dernière, sur le principe de proximité et la recherche de la loi qui présente des liens étroits avec la situation. Dans le troisième cas, enfin, les critères de rattachement retenus dans l'article 12 du *Règlement Rome II* n'ont pas initialement pour but d'assurer la préservation des intérêts de la partie faible dans le rapport de droit. Ils devraient cependant être mis en œuvre de manière à garantir au consommateur le respect de la protection que lui accordent les normes de source communautaire adoptées dans le domaine des pratiques commerciales déloyales.

Chapitre 2 - Le rôle des parties et du juge

166. - Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale implique en principe une égalité entre la loi étrangère et la *lex fori* au stade de la désignation de la loi compétente[496]. Si cette égalité est assurée en théorie au sein du *Règlement Rome II*, un examen des décisions rendues en France en matière de concurrence déloyale tend à montrer qu'elle n'est pas respectée en pratique[497]. La loi française est souvent appliquée alors même qu'il existe des éléments d'extranéité dans le litige. Il ne s'agit pas de remettre en cause le caractère bilatéral de la règle de conflit de lois dans les développements qui vont suivre pour justifier l'application de la *lex fori*. Le constat de l'application de la loi française peut en effet être expliqué en partie par les rôles respectifs des parties et du juge au regard de l'arbitrage opéré entre la *lex fori* et la loi étrangère. L'absence de revendication de l'application d'une loi étrangère dans un litige de concurrence déloyale peut résulter par exemple du fait que les parties n'ont pas intérêt à l'invoquer, ou bien qu'elles ne sont pas suffisamment informées de l'existence d'un conflit de lois. La question du statut procédural de la loi étrangère est traditionnelle en droit international privé et a déjà fait l'objet de nombreux développements[498]. L'autorité de la règle de conflit de lois de source communautaire devrait cependant être examinée en matière de concurrence déloyale pour tenter d'évaluer l'incidence que pourrait avoir le *Règlement Rome II* sur l'office du juge et le rôle des parties au regard de la loi étrangère (*Section 1 – L'extranéité relevée*).

167. - Une fois l'extranéité du litige relevée, le juge national devrait ensuite mettre en œuvre la règle de conflit de lois afin de désigner la loi appelée à régir l'acte de concurrence déloyale ou la pratique commerciale déloyale en cause. Traditionnellement, la liberté d'appréciation du juge dépend de la rigidité ou de la flexibilité des critères de

---

[496] *Supra*, § 91et suiv.
[497] *Supra*, § 86 et suiv.
[498] B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 216, §257 et suiv. ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome I, op. cit., spéc. p. 356, §360 et suiv.; M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 404, §567 et suiv. :

rattachement exprimées lors de l'élaboration d'une règle de conflit de lois. La liberté d'appréciation du juge dans la désignation de la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un comportement déloyal devrait alors être également caractérisée (*Section 2 – La liberté d'appréciation du juge*).

Section 1 – L'extranéité relevée

Section 2 – La liberté d'appréciation du juge

Section 1 – L'extranéité relevée

168. - L'extranéité en question au sein de l'ordre juridique communautaire - Le constat de l'existence d'éléments d'extranéité dans un litige conditionne l'applicabilité des règles de droit international privé. Traditionnellement, l'extranéité est définie comme la présence d'éléments donnant une dimension internationale au litige, en ce sens qu'il présente – par la nationalité des parties, le lieu du fait dommageable, le lieu d'exécution du contrat, etc… – des liens avec le territoire de plusieurs Etats différents[499]. Cette approche traditionnelle est quelque peu renouvelée sous l'influence de l'ordre juridique communautaire. La particularité des normes de droit communautaire incite en effet à distinguer davantage les relations intra- et extracommunautaires[500] ; dans le cadre de relations intracommunautaires, certaines situations pourraient être qualifiées d'internes alors même qu'elles présentent des liens avec le territoire d'Etats membres différents[501]. Le *Règlement Rome II* est cependant d'application universelle et la mise en œuvre des règles de conflit de lois qu'il contient n'est pas réservée aux situations intracommunautaires[502].

169. - Deux types de questions devraient alors être soulevées afin d'étudier l'autorité des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale à l'égard du juge national. La première consiste à se placer du côté des parties afin de savoir si elles peuvent revendiquer l'application d'une loi étrangère – soit mutuellement, soit individuellement (*§1 – L'extranéité relevée par les parties*). La seconde consiste à se placer du côté du juge national lorsque aucune des parties n'a invoqué l'application d'une loi étrangère ; les critères gouvernant l'office du juge national au regard de la

---

[499] B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 4, §7 ; M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. VI.
[500] Sur cette question, se reporter, notamment, à L. IDOT, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », dans *Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.431-453.
[501] Sur cette question, notamment, J.-S. BERGE, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. Com. Fr. DIP* 2004-2005, pp. 29-51.
[502] *Supra*, § 68 et suiv.

règle de conflit de lois de source communautaire devraient alors être examinés (*§2 – L'extranéité relevée par le juge*).

§1 L'extranéité relevée par les parties

170. - L'autonomie de la volonté comme modalité de revendication de l'application d'une loi étrangère - De manière générale, la possibilité pour les parties de s'entendre sur le choix de la loi applicable au litige est admise dans les litiges mettant en cause des intérêts privés[503], c'est-à-dire dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits[504]. La doctrine est dans l'ensemble favorable à l'admission de la possibilité de choix de loi par les parties en matière d'obligations non contractuelles[505]. L'une des innovations du *Règlement Rome II* réside dans la reconnaissance de l'autonomie de la volonté dans son champ d'application. L'article 14, point 1 dispose en effet que

> « *les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle : a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ; ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers.* »

---

[503] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p.56, §110 et suiv ; D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », dans *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, Paris, 1999, pp.285-305, spéc. p.287.

[504] Pour une étude de droit comparé, T. KADNER GRADZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, op. cit.., spéc. p.27 et suiv.

[505] D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome I, op. cit., p. 533, §532, qui considèrent que cela permet « d'améliorer la prévisibilité juridique » et de « réduire les coûts de transaction liés à d'éventuels litiges sur la détermination de la loi applicable ». P. LAGARDE, « Rapport de synthèse », op. cit., spéc. p. 206. Avec des réserves néanmoins, O. BOSCOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639.

L'extranéité du litige de concurrence déloyale peut ainsi être soulevée par le demandeur et/ ou le défendeur de deux manières dans le cadre de l'exercice de l'autonomie de la volonté.

171. - La compétence d'une loi étrangère ou de la loi française peut en premier lieu résulter de l'accord des deux parties sur ce point. Celui-ci s'exprimera soit par un choix de loi au sens de l'article 14 du *Règlement Rome II*, soit par le biais d'un accord procédural[506] exprimé indépendamment de l'existence éventuelle d'un choix de loi antérieur à la survenance de l'acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou de la pratique commerciale déloyale. Le texte final du *Règlement Rome II* supprime cependant l'exercice de l'autonomie de la volonté dans le champ d'application de l'article 6, qui inclut la catégorie de rattachement de la concurrence déloyale. Cette interdiction de choix de loi applicable est énoncée à l'article 6, point 4, qui dispose qu'« *il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14.* » Des arguments militent pourtant en faveur de son admission en matière de concurrence déloyale. Les mécanismes permettant de contourner dans l'ordre juridique français l'interdiction formelle d'accord entre le demandeur et le défendeur sur la loi applicable au comportement déloyal seront envisagés. Le premier de ces mécanismes devrait être reconnu par une interprétation de l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II* fondée sur le principe de sécurité juridique (*A – Le rétablissement direct du choix de loi*). Le second résulte des solutions dégagées par la jurisprudence française en matière d'accord procédural *(B – Le rétablissement indirect du choix de loi applicable)*.

A Le rétablissement direct du choix de loi

172. - Le manque de cohérence de la catégorie de rattachement « *concurrence déloyale* » visée à l'article 6 a été démontré[507]. L'interdiction du choix de la loi

[506] Sur la définition et le régime de l'accord procédural, *infra*, § 185 et suiv.
[507] *Supra*, § 112 et suiv.

applicable énoncée au point 4 devrait par conséquent être étudiée au regard des catégories de rattachement qui ont été dégagées en matière de concurrence déloyale. La position communautaire exprimée dans l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II* devrait en premier lieu être lue en considération des intérêts privés ou publics que la règle de conflit de lois a vocation à protéger *(a) Les fondements du refus)*. La distinction des règles de droit matériel visées en considération de leur fonction sociale permettra alors de réintégrer la possibilité pour les parties de choisir la loi régissant le litige qui les oppose à la suite d'un comportement déloyal *(b) Le moment du choix)*.

a) Les fondements du refus

173. - L'interdiction du choix de loi et les règles appartenant à l'ordre public de direction – Le point 4 de l'article 6 du *Règlement Rome II* ne figurait pas dans le projet de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles jusqu'en 2006. Cette disposition a été ajoutée en même temps que le paragraphe 3 relatif à la loi applicable aux actes restreignant la concurrence[508]. Il convient par conséquent de s'interroger sur le point de savoir si l'interdiction de choix de loi s'applique à la fois aux litiges relatifs à des actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général, à des actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé et aux actes restreignant la concurrence, ou si elle ne vise au contraire que certains d'entre eux. Or, qu'ils soient appréhendés par le droit communautaire ou par les droits nationaux de la concurrence, les actes restreignant la concurrence affectent le marché, qui sera, le cas échéant, communautaire ou national. Les règles qui en assurent la régulation font partie intégrante des normes assurant le respect de l'ordre public de direction[509]. Les parties n'ont donc pas la libre disposition de leurs droits dans ce domaine, et ne peuvent écarter les dispositions communautaires ou nationales par une convention librement négociée entre elles. L'interdiction du choix de la loi applicable par un accord convenu entre les deux parties prévue à l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II* est donc fondée sur les

[508] *Supra*, § 81.
[509] *Supra*, § 19.

intérêts publics en cause dans les litiges relatifs aux actes restreignant la concurrence, les règles matérielles ayant un caractère impératif dans l'ordre interne ou dans l'ordre communautaire selon le marché affecté[510].

174. - Les règles régissant les actes de concurrence déloyale et l'ordre public de direction – Si un lien de filiation existe entre le droit de la concurrence déloyale et le droit des pratiques anticoncurrentielles, seules les dispositions régissant les actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général appartiennent à l'ordre public de direction. L'interdiction de choix de loi applicable serait par conséquent justifiée dans le cadre de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*. Elle n'est cependant pas pertinente dans le cadre de l'article 6, point 2 applicable pour les obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé. Enfin, les normes régissant les pratiques commerciales déloyales dans les relations de consommation relèvent de l'ordre public de protection et non de l'ordre public de direction[511]. L'exercice de l'autonomie de la volonté ne devrait donc pas être interdit dans le champ d'application de l'article 12 du *Règlement Rome II* dès lors qu'il ne prive pas le consommateur de la protection qu'il est en droit de recevoir[512]. Si l'interdiction de choix de loi applicable ne peut être imposée que dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, cela signifie qu'il convient d'admettre l'exercice de l'autonomie de la volonté à la fois dans les relations entre professionnels et dans les relations entre professionnels et consommateurs. L'interdiction de choix de la loi applicable devrait par conséquent être cantonnée aux champs d'application des paragraphes 1 et 3 de l'article 6 du *Règlement Rome II*, c'est-à-dire aux actes de concurrence déloyale qualifiés en France de pratiques restrictives de concurrence et aux actes restreignant la concurrence.

---

[510] Dans le même sens, Hamburg Group for Private International Law, « Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », *RabelsZ*, Bd.67 (2003), pp.1-56.
[511] *Supra*, § 23.
[512] Sur ce point, *infra* § 409 et suiv.

b) Le moment du choix

175. - Si l'on admet que le choix de loi applicable est possible en matière d'obligations non contractuelles résultant d'un comportement déloyal affectant soit les intérêts d'un concurrent déterminé soit les intérêts d'un consommateur, le moment du choix diffère selon le type de relations envisagées.

176. - L'admission du choix de la loi applicable dans les relations entre professionnels[513] **–** En matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, le choix de la loi applicable par les parties s'inscrit soit dans le paragraphe 1, a), soit dans le paragraphe 1, b) de l'article 14 du *Règlement Rome II*. L'accord peut par conséquent être exprimé avant ou après la survenance du fait générateur du dommage selon que les parties exercent ou non une activité commerciale. L'admission de l'autonomie de la volonté avant la survenance de l'acte de concurrence déloyale est conditionnée par le fait que toutes les parties exercent une activité commerciale et que l'accord ait été librement négocié. Deux conditions doivent donc être remplies : la première réside dans la qualification commerciale de l'activité exercée, et la seconde implique l'existence d'un contrat conclu entre les mêmes parties au litige relatif à un acte de concurrence déloyale. Le critère principal déterminant l'admission du choix de loi avant la survenance d'un acte de concurrence déloyale réside donc dans l'existence d'un contrat. La précision relative à l'exercice d'une activité commerciale exclut l'exercice de l'autonomie de la volonté lorsqu'un syndicat de professionnel ou une association défendant les intérêts de ses membres lésés par des actes de concurrence déloyale agit. Il ne peut en effet pas invoquer l'article 14, point 1, b) dès lors qu'il n'exerce pas lui-même une activité commerciale. Dans le cas visé à l'article 14, point 1, a), le choix de la loi applicable n'est en revanche pas conditionné par la qualité des parties. Le rattachement subjectif de l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale pourrait par conséquent être admis après sa survenance lorsque l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et la personne lésée n'exercent pas d'activité commerciale.

---

[513] Pour une analyse des modalités et des conséquences du choix de loi applicable dans les relations entre professionnels, *infra* § 301 et suiv.

177. - Reconnaître aux parties la possibilité de choisir la loi appelée à régir leur litige dans le domaine des actes de concurrence déloyale présente l'avantage de favoriser la prévisibilité des solutions pour les professionnels. Le choix par avance dans un contrat de la loi qui va s'appliquer aux obligations non contractuelles nées à l'occasion de l'exécution du contrat permet ainsi au professionnel d'anticiper le caractère déloyal ou loyal des actes réalisés dans l'Etat dans lequel le contrat est localisé[514]. L'interprétation de l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II* visant à permettre aux professionnels de pouvoir exercer un choix de loi serait ainsi conforme à l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions qui fonde le *Règlement Rome II*.

178. - L'admission du choix de la loi applicable dans les relations entre professionnels et consommateurs - La possibilité pour un consommateur de s'entendre avec le professionnel sur la loi applicable est reconnue dans le cadre des contrats de consommation. L'article 6, point 2 du *Règlement Rome I* dispose en effet que « *nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3* ». A l'inverse, la lecture de l'article 14 point 1, b) du *Règlement Rome II* semble indiquer qu'il n'est pas possible pour un consommateur et un professionnel de s'entendre sur la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale avant sa naissance. Il est en effet précisé que « *toutes* » les parties doivent exercer une activité commerciale pour que l'inclusion des obligations non contractuelles dans une clause d'élection de droit dans un contrat soit admise. La portée du choix de la loi applicable est ainsi restreinte dans les relations entre professionnels et consommateur à un choix postérieur à la survenance de la pratique commerciale déloyale en cause. Par définition, le consommateur ne peut exercer une activité commerciale dans la mesure où il n'est pris en considération par le droit que lorsqu'il entretient avec un professionnel des relations étrangères à son activité

[514] Au-delà de la recherche de la prévisibilité des solutions pour les parties, l'admission de l'exercice de l'autonomie de la volonté en matière d'actes de concurrence déloyale pourrait également, selon certains auteurs, produire des effets bénéfiques sur le rapprochement des législations nationales. Parmi les études d'analyses économiques du droit, notamment, F. PARISI & E. CARBONARA, "Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules", 2007, disponible sur <http://papers.ssrn.com>.

professionnelle[515]. L'accord mutuel sur la loi applicable ne peut par conséquent être effectué qu'en vertu de l'article 14, point 1, a), c'est-à-dire « *par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage.* »

179. - Contrairement aux relations entre professionnels, l'objectif de protection de la partie faible devrait guider le juge lors de la résolution du conflit de lois dans un litige relatif à une pratique commerciale déloyale affectant les intérêts d'un consommateur. Or le professionnel pourrait chercher à influencer le consommateur sur le choix d'une loi appelée à régir la pratique commerciale déloyale en cause. L'exercice de l'autonomie de la volonté devrait par conséquent être limité dans ce domaine et respecter les prescriptions énoncées dans l'article 14, points 2 et 3 du *Règlement Rome II*[516], qui devraient être interprétées de manière cohérente avec l'article 6, point 2 du *Règlement Rome I*[517]. Le rôle du juge sera alors renforcé lors de la détermination de loi applicable.

180. - Malgré l'interdiction énoncée dans l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II*, le champ d'application de l'article 14 devrait être étendu, à des conditions différentes, aux actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ainsi qu'aux pratiques commerciales déloyales commises dans les relations de consommation. Le choix mutuel de loi applicable par les parties pourrait s'exprimer soit par l'inclusion des obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé dans une clause d'élection de droit contenue dans un contrat, soit par un choix postérieur à leur survenance. L'exercice de l'autonomie de la volonté devrait également être admis dans le cadre des

---

[515] *Supra*, § 22.

[516] Article 14 du *Règlement Rome II* : « *2. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisé dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. 3. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisé dans un ou plusieurs Etats membres, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'Etat membre du for* ».

[517] Article 6, point 2 du *Règlement Rome I* : « *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.* »

litiges relatifs à des pratiques commerciales déloyales commises par un professionnel à l'encontre d'un ou de plusieurs consommateurs. Il devrait alors être cantonné à un choix postérieur à la survenance de cette dernière.

B Le rétablissement indirect du choix de loi

181. - La revendication de l'application d'une loi – étrangère ou de l'Etat du juge saisi- peut s'exprimer de manière moins directe que dans le cadre de l'article 14, point 1 du *Règlement Rome II*. L'une des parties peut en premier lieu invoquer une loi étrangère au soutien de sa demande fondée sur la survenance d'un acte de concurrence déloyale ou d'une pratique commerciale déloyale (*a) La compétence d'une loi étrangère revendiquée par l'une des parties*). En pratique les cas dans lesquels l'une des parties à un litige de concurrence déloyale invoque l'application d'une loi étrangère devant les juridictions de première instance semblent rares[518]. Les deux parties peuvent également s'entendre sur l'application de la *lex fori* par un accord exprès ou tacite (*b) – La compétence de la lex fori revendiquée par l'ensemble des parties*).

a) La compétence d'une loi étrangère revendiquée par l'une des parties

182. - L'argumentation initiale fondée sur une loi étrangère – Si l'une des parties revendique l'application d'une loi étrangère, le juge du fond est en principe tenu de vérifier si cette loi est bien compétente en vertu de la règle de conflit de lois applicable[519]. La Cour de Cassation l'a récemment rappelé dans un litige relatif à la

[518] Parmi quelques exemples de litiges dans lesquels la compétence d'une loi étrangère en matière de concurrence déloyale a été revendiquée soit par le demandeur, soit par le défendeur : Cass., 1ère civ., 2 octobre 2001, pourvoi n°99-20486 ; CA Paris, 28 juin 2006, *Google France, Google Inc. et S.A. Louis Vuitton Malletier* ; CA Lyon, 22 mai 2008, *Société Elektrosta S.A. et société Joao R. Matos S.A.* ; CA Nancy, 1er octobre 2008, *Petroleum Accessoires Inc. et SA Hydro René Leduc*, n°06/02023.
[519] D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 356, §360.

matière des obligations contractuelles, en précisant, au visa de l'article 3 du Code civil, « *qu'il incombe au juge français saisi d'une demande d'application d'un droit étranger de rechercher la loi compétente selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliquer* [520]». L'office du juge français est par conséquent conditionné par le fondement de la demande formulée par la personne lésée l'acte de concurrence déloyale ou par la pratique commerciale déloyale.

183. - Une partie peut avoir intérêt à invoquer l'application d'une loi étrangère dans le cadre d'une action en concurrence déloyale parce que cette loi contient des dispositions plus avantageuses pour ce justiciable, et qui ne trouvent pas d'équivalent dans la *lex fori*. La stratégie n'est alors plus bilatérale et concertée avec l'autre partie, mais unilatérale ; elle ne sert que les intérêts de la partie en cause. L'évolution de la jurisprudence française sur la question de l'établissement de la teneur de la loi étrangère ne génère par ailleurs plus d'obstacles à ce que cette partie revendique l'application d'une loi étrangère du point de vue des coûts du procès[521]. Avant le début des années 2000, cette partie devait en effet rapporter la preuve de son intérêt à l'application d'une loi étrangère en montrant qu'elle n'était pas équivalente à la loi française[522]. La Cour de Cassation a cependant décidé qu'« *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* [523]». La partie invoquant l'application d'un droit étranger compétent en vertu de la règle de conflit de lois n'a donc pas à supporter les coûts de recherche de sa teneur.

---

[520] Cass., 1ère civ., 11 février 2009, n°07-13088.

[521] Pour une analyse de l'économie de la justice de droit international privé et de la question du statut procédural de la loi étrangère, H. MUIR-WATT, « La politique de la Cour de Cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé », Conférence donnée à la Cour de Cassation le 18 septembre 2006, disponible sur le site <www.courdecassation.fr>, spéc. p.4.

[522] Cass., com., 16 novembre 1993, *Amerford*, *RCDIP*1994, p.332, note P. Lagarde ; *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. Donnier ; *Grands arrêts* n°77 : « dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ».

[523] Cass., 1ère civ., 28 juin 2005, *Aubin*, *Bull. civ.* I, n°289 ; Cass., com., 28 juin 2005, *Itraco*, *Bull. civ.* IV, n°138 ; *RCDIP*2005, p.645, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *D.* 2005, p.2853, note N. Bouche ; *Droit et Patrimoine* novembre 2005, p.107, obs. M.-E. Ancel ; *Gaz. Pal.* 24-25 février 2006, p.20, obs. M.-L. Niboyet.

184. - Si la compétence d'une loi étrangère n'est pas souvent revendiquée devant les juridictions françaises compétentes pour connaître d'une action en concurrence déloyale, l'évolution de la jurisprudence française sur la question de l'établissement de la teneur de la loi étrangère pourrait inciter l'un des parties à le faire davantage, dans la mesure où elle n'aurait pas à en supporter le coût.

b) La compétence de la *lex fori* revendiquée par l'ensemble des parties

185. - L'accord procédural dans l'ordre juridique français - La situation dans laquelle les parties s'entendent au cours de la procédure en vue de l'application de l'application de la *lex fori* à la place d'une loi étrangère compétente en vertu de la règle de conflit de lois a été qualifiée par la doctrine d'accord procédural[524]. Lorsqu'il est admis, cet accord procédural dispense le juge de relever l'existence d'un conflit de lois et de mettre en œuvre la règle de conflit de lois[525]. Contrairement au choix de loi exprimé en vertu de l'article 14 du *Règlement Rome II*, l'autonomie de la volonté s'exerce en vue de l'application de la *lex fori*, et non d'une loi étrangère[526]. La Cour de Cassation française admet la licéité de l'accord procédural dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits[527]. Selon certains auteurs, l'accord procédural permettrait ainsi aux parties d'obliger le juge à faire abstraction des éléments d'extranéité existants dans le litige[528] ; le fondement pratique de son admission résiderait ainsi dans le fait de « *sauver de la cassation des décisions qui, en présence d'une règle de conflit de lois conventionnelle, ont passé sous silence la dimension*

---

[524] D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *RCDIP* 1996, pp. 587-619, spéc. p. 589.
[525] Sur l'autorité de la règle de conflit de lois en matière de concurrence sur le juge français, *infra*, § 189 et suiv.
[526] Voir notamment H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », *Recueil des Cours* 2005, t.312, pp.9-488, spéc. §314, p.295, qui considère « qu'il n'y a pas de raison de privilégier la loi du for : l'accord procédural devrait pouvoir conduire aussi bien à l'application d'une loi étrangère qu'à la loi du for. Il répondrait ainsi de façon satisfaisante au souci de justice conflictuelle qui implique de mettre toutes les lois à égalité ».
[527] Cass., 1ère civ., 6 mai 1997, *Soc. Hannover International*, *RCDIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau.
[528] D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », op. cit, spéc. p.292.

internationale du litige[529]». Son intérêt pourrait être considérablement diminué au regard des principes dégagés par la Cour de Cassation sur la question de l'autorité de la règle de conflit de lois à l'égard du juge, dans la mesure où l'on ne peut reprocher à un juge d'appliquer la loi française non compétente lorsque les parties n'ont pas revendiqué l'application d'une loi étrangère et que le litige porte sur une matière dans laquelle les parties ont la libre disposition de leurs droits[530].

186. - L'admission de l'accord procédural dans le domaine de la concurrence déloyale – L'accord procédural pourrait jouer un rôle important dans le domaine de la concurrence déloyale si les juges français décidaient d'appliquer strictement l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II*. Interdire aux parties de s'entendre sur la loi applicable au comportement déloyal en cause revient en effet à supprimer tout choix exprimé en faveur d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit de lois, qu'il s'agisse d'une loi étrangère ou de la *lex fori.* L'on pourrait prétendre que cette interdiction devrait être étendue à l'accord procédural, mais il semble que sa licéité devrait être maintenue dans le domaine de la concurrence déloyale. Si l'on admet que les parties ont la possibilité de s'entendre sur l'application d'une loi étrangère autre que celle désignée par la règle de conflit de lois, l'on devrait également admettre qu'elles expriment leur accord quant à l'application de la *lex fori* par le biais d'un accord procédural. Par exemple, il a déjà été admis par certains juridictions françaises, sans cependant utiliser l'expression « accord procédural », que les parties s'entendent sur l'application de la loi française, dont la compétence était revendiquée par l'une des parties et non contestée par le défendeur[531].

187. - Comme pour le choix direct de la loi appelée à régir le litige de concurrence déloyale par les parties, l'admission de l'accord procédural semble souhaitable dans le domaine de la concurrence déloyale, dans la mesure où il permet l'application de la *lex fori* en s'assurant que l'ensemble des parties y trouve un intérêt.

---

[529] *Ibid*., spéc. p.296.
[530] Sur ce point, *infra* §189 et suiv..
[531] Par exemple, CA Pau, *S.à r.l. Société Puyolaise d'articles chaussants c/ Société Florett*, 16 juillet 2007, n°06/01761.

188. - L'interdiction de choix de loi formulée à l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II* peut être contournée en matière de concurrence déloyale, soit directement par le rétablissement du choix de la loi applicable en vertu de l'article 14, soit indirectement par l'admission de l'accord procédural dans le champ d'application des articles 6, point 2 et 12. Dans les deux cas, les parties expriment leur volonté de voir le juge national appliquer soit une loi étrangère soit sa propre loi.

§2 L'extranéité relevée par le juge

189. - Lorsque les parties ne se sont pas entendues sur le choix de la loi applicable au litige qui les oppose, l'identification du rôle du juge présente un intérêt considérable en termes de coûts de la justice[532]. La question classique consiste à savoir si le juge national est tenu de relever d'office l'extranéité du litige lorsque aucune des parties n'a invoqué l'application d'une loi étrangère. En l'absence de dispositions particulières réglant la question du statut procédural de la loi étrangère dans le *Règlement Rome II*, les principes dégagés par la Cour de Cassation gouvernent l'autorité de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale à l'égard du juge.

La jurisprudence française est constante depuis quelques années, et conditionne le statut procédural de la loi étrangère à la nature des droits litigieux. La question devrait par conséquent être résolue en transposant ce critère dans les litiges survenant en matière de concurrence déloyale. La règle de conflit de lois est alors considérée en premier lieu comme une règle de procédure, dont la violation peut ou non être invoquée pour la première fois en cassation selon que les parties ont ou non la libre disposition de leurs droits. L'extension de la qualification interne à la règle de conflit de lois de source communautaire conduirait alors à appliquer dans le champ d'application du *Règlement Rome II* les principes dégagés par la Cour de Cassation *(A – La règle de conflit de lois,*

[532] H. MUIR-WATT, « La politique de la Cour de Cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé », op. cit.

règle de procédure). La source communautaire des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* ne semble cependant pas pouvoir être automatiquement mise à l'écart. Car si la règle de conflit de lois reste une règle de procédure, elle n'en demeure pas moins une règle de droit communautaire dérivé. Sa mise en œuvre par le juge devrait par conséquent répondre aux principes dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine de l'application des dispositions du droit communautaire dérivé par le juge national *(B – La règle de conflit de lois, règle de droit communautaire dérivé)*.

A La règle de conflit de lois, règle de procédure

190. - La question du statut procédural de la loi étrangère est traitée de manière diverse au sein des Etats membres[533]. Les solutions retenues visent soit à assurer la mise en œuvre d'office de la règle de conflit de lois par le juge[534], soit à en laisser l'initiative aux parties[535]. Consacré en France, le critère de la nature des droits litigieux n'est que rarement utilisé pour déterminer l'autorité de la règle de conflit de lois en Europe[536]. En l'absence de principes régissant expressément la question dans le *Règlement Rome II*, il devrait être utilisé devant les juridictions françaises afin de savoir si elles sont tenues de mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois en présence d'éléments d'extranéité (*a) La transposition du critère de la nature des droits litigieux*). Son utilisation dans le domaine de la concurrence déloyale pourrait cependant s'avérer délicate (*b) Les limites de la transposition du critère de la nature des droits litigieux*).

---

[533] Pour une étude de droit comparé générale, voir, notamment Conférence de la Haye de droit international privé, *Etude de faisabilité sur l'administration du droit étranger. Tableau résumant le statut et l'accès au droit étranger dans un échantillon de ressorts*, Bureau permanent, Doc. prél. N°21B, mars 2007 ; également l'annexe 2 de *l'Etude de faisabilité sur l'administration du droit étranger*. Rapport sur la réunion du 23-24 février 2007, Bureau Permanent, Doc. prél. n°21 A, mars 2007, p. 4 et suiv ; T. HARTLEY, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *I.C.L.Q.* 1996, vol. 45, n°2, pp.271-292.

[534] Par exemple en Allemagne en l'absence de choix de loi exprès par les parties, aux Pays-Bas, en Espagne, au Luxembourg, en Suisse.

[535] Par exemple en Finlande, en Suède, au Royaume-Uni.

[536] Il l'est en France, en Suède.

a) La transposition du critère de la nature des droits litigieux

191. - Le silence du *Règlement Rome II* et le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres - La question du statut procédural de la loi étrangère a été soulevée de manière indirecte par le Parlement européen dans le cadre du processus d'adoption du *Règlement Rome II*[537]. Le Parlement avait en effet proposé en première lecture un amendement relatif à la détermination du contenu du droit étranger. Il visait à insérer un article 11 *ter*, qui précisait que « *1. Le tribunal détermine de lui-même le contenu du droit étranger. Pour ce faire, les parties peuvent être invitées à apporter leur collaboration. 2. En cas d'impossibilité de déterminer le contenu du droit étranger, le droit du tribunal saisi est applicable sous réserve de l'accord des parties.* » Cet amendement n'a pas été intégré dans le texte final du *Règlement Rome II* et les autorités communautaires n'ont pas pris position sur ce qu'il proposait ni sur la question de l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge national. La clause de révision contenue dans l'article 30, point 1 (i) du *Règlement Rome II* vise pourtant la question du statut procédural de la loi étrangère. Elle prévoit qu'un rapport devra être établi par la Commission européenne au plus tard le 20 août 2011. Ce document devra comprendre « *une étude sur la manière dont est pris en compte le droit étranger par les différentes juridictions et sur la mesure dans laquelle les juridictions des Etats membres mettent en pratique le droit étranger conformément au présent règlement.* [538]»

L'admission du critère français fondé sur la nature des droits litigieux dépend par conséquent de la nature des règles de conflit de lois applicables aux obligations non contractuelles. Ces dernières sont contenues dans un règlement, acte de droit

[537] La question avait déjà été posée en doctrine en dehors du cadre du *Règlement Rome II*; notamment, O. REMIEN, "European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice", op. cit. pp. 78-79.

[538] Il semble que l'élaboration d'un instrument uniformisant la question du statut procédural de la loi étrangère soit difficile ; voir par exemple Conférence de la Haye de droit international privé, *Etude de faisabilité sur l'administration du droit étranger. Tableau résumant le statut et l'accès au droit étranger dans un échantillon de ressorts*, Bureau permanent, Doc. prél. N°21B, mars 2007, spéc. p. 2, où les rapporteurs précisent que « les experts, après analyse de ces tableaux (…) ont conclu qu'il n'y a pas lieu de tenter d'harmoniser de manière exhaustive les différentes démarches à l'égard de l'administration du droit étranger, une telle harmonisation n'étant ni nécessaire ni susceptible de réussite. »

communautaire dérivé doté d'effet direct. En tant que tel, il crée directement des droits au profit des ressortissants communautaires dont les juridictions nationales doivent assurer l'effectivité[539]. Les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* devraient par conséquent toujours pouvoir être invoquées devant les tribunaux nationaux par les justiciables. Or, en l'absence de dispositions spécifiques dans ce texte, la question de l'autorité des règles de conflit de lois qu'il contient à l'égard du juge national devrait être régie par les principes admis dans chaque pays, en vertu du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres. L'autorité de la règle de conflit de lois contenue dans un règlement communautaire devrait par conséquent être calquée sur statut procédural d'une règle de conflit de lois française. La question de savoir si le juge est tenu, lorsqu'aucune des parties n'invoque l'application d'une loi étrangère, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois contenue dans le *Règlement Rome II* devrait donc être tranchée en vertu des principes français dégagés par la Cour de Cassation.

192. - Le critère prétorien fondé sur le caractère disponible des droits en cause – En France, le fondement juridique de l'autorité de la règle de conflit de lois réside dans l'article 3 du Code civil[540]. Lorsque aucune des parties ne revendique l'application d'une loi étrangère, la Cour de Cassation considère qu'« *il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle*[541] ». Dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la règle de conflit de lois[542]. La décision du juge du fond ayant appliqué la loi française ne peut pas être sanctionnée au motif de ne pas avoir mis en oeuvre la règle de conflit de lois si chacune des parties a fondé ses conclusions sur la *lex fori*. Le juge français a au contraire l'obligation de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflit de lois dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre

---

[539] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p.388, §310.
[540] B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp.1-18, spéc. p. 16 et suiv.
[541] Cass., 1ère civ., 26 mai 1999, *Belaid*, *Bull. civ.* I, n°172 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p.707, note H. Muir-Watt ; *JCP* 1999.II.10192, note F. Mélin ; *Defrénois* 1999, p.1261, obs. J. Massip ; *Grands arrêts* n°78. La jurisprudence est constante depuis : notamment, Cass., 1ère civ., 10 mai 2007, pourvoi n°05-16569 ; Cass., 1ère civ., 19 septembre 2007, pourvoi n°06-20208.
[542] Cass., 1ère civ., 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans* ; *RCDIP* 1999, note H. Muir-Watt ; *Gaz. Pal.* 1er-2 mars 2000, p.39, note M.-L. Niboyet ; *Grands arrêts* n°77 ; Cass., 1ère civ., 28 février 2006 ; *Droit et patrimoine*, Déc. 2006, p. 76, note M.-E. Ancel.

disposition de leurs droits[543]. La non-application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois peut alors être invoquée pour la première fois en cassation car elle constitue une violation de cette règle de conflit de lois[544]. En vertu du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres, l'autorité de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale devrait être déterminée par la nature des droits litigieux. Critiqué dans l'ordre juridique français, ce critère ne semble cependant pas davantage adapté dans le cadre d'une règle de conflit de lois élaborée au niveau communautaire.

b) Les limites de la transposition du critère de la nature des droits litigieux

193. - L'incertitude du critère dans le domaine de la concurrence déloyale – Certaines matières sont aisément classables dans celles dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Ainsi par exemple de l'état et de la capacité des personnes : filiation[545], divorce[546], régime de tutelle[547], *etc*… D'autres, comme la matière contractuelle, relèvent des matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits ; par exemple, la décision du juge du fond n'ayant pas mis en œuvre la règle de conflit de lois contenue dans la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* ne peut être attaquée devant la Cour de Cassation[548]. L'admission de l'exercice de l'autonomie de la volonté en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ainsi qu'en matière de pratiques commerciales déloyales est fondée sur le fait que les parties ont la libre disposition de leurs droits dans ces matières. Dans l'un et l'autre cas, les normes de droit matériel ont pour fonction première la préservation des intérêts privés

---

[543] Sur le critère de la libre disponibilité des droits, B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. de Y. Lequette, L.G.D.J., Paris, 1996, spéc. p. 93, §152 et suiv.
[544] Cass., 1ère civ., 26 mai 1999, *Belaid,* op. cit.
[545] Par exemple, Cass., 1ère civ., 28 janvier 2009, n°08-15393.
[546] Par exemple, Cass., 1ère civ., 10 mai 2007, n°05-16569.
[547] Par exemple, Cass., 1ère civ., 18 janvier 2007, n°05-20529, Bull. civ. I, n°26, p.23.
[548] Cass., 1ère civ., 28 novembre 2006, n°05-19838, Bull. civ. I, n°522, p.462 : « *Mais attendu que s'agissant de droits disponibles, le moyen tiré de l'application du droit étranger ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de Cassation ; qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des productions, que les époux X… aient invoqué la loi allemande pour établir le prêt litigieux* ».

des professionnels lésés par un acte de concurrence déloyale ou des consommateurs victimes d'une pratique commerciale déloyale. Les règles régissant les pratiques commerciales déloyales sont cependant de source communautaire, et participent également à la réalisation du marché intérieur par la garantie d'un niveau élevé de protection des consommateurs. La transposition du critère de la nature des droits litigieux semble alors plus délicate dans ce dernier domaine, dans la mesure où les règles sont fondées sur des dispositions de source communautaire. La Cour de Cassation française a par exemple déclaré que « *la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge* [549]».

194. - L'insuffisance du critère dans l'ordre juridique communautaire – L'harmonisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles a pour but d'en garantir l'application uniforme au sein du territoire communautaire. Même si les parties peuvent avoir un intérêt à ne pas réclamer l'application de la loi désignée par ces règles de rattachement, leur autorité à l'égard du juge et des parties ne peut être totalement dégagée de considérations communautaires. La question du statut procédural de la loi étrangère n'étant pas traitée de la même manière au sein des Etats membres, il semble en effet difficile de concevoir qu'elle puisse contribuer à garantir l'application uniforme des dispositions du *Règlement Rome II*. Par ailleurs, la combinaison du caractère bilatéral des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* et de son caractère universel devrait en principe garantir que les juridictions nationales n'appliquent pas de manière systématique la *lex fori*, même si l'extranéité du litige n'est pas relevée. Malgré les avantages matériels qu'elle représente pour le juge, l'application fréquente de la *lex fori* semble en effet devoir être proscrite dans le cadre du *Règlement Rome II*. Le système des règles de droit international privé en matière civile et commerciale vise en effet, dans la mesure du possible, à éviter le *forum shopping* au sein du territoire communautaire. L'harmonisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles a pour but de garantir la prévisibilité des solutions, celle-ci n'étant pas garantie par une application systématique de la *lex fori*, qui favoriserait ce type de comportements opportunistes.

[549] Cass., 1ère civ., 22 janvier 2009, pourvoi n°05-20176.

195. - Le critère retenu en France concernant l'autorité de la règle de conflit de lois à l'égard du juge ne semble pas pertinent dans le cadre des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II*. Son application en matière de concurrence déloyale pourrait s'avérer délicate, et il ne semble pas adapté à la réalisation des objectifs communautaires. Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir si un critère fondé sur les mécanismes généraux du droit communautaire ne conviendrait pas davantage à une règle de conflit de lois élaborée au sein de l'ordre juridique communautaire.

B La règle de conflit de lois, règle de droit communautaire dérivé

196. - L'influence de la source de la règle de conflit de lois - La jurisprudence française combinait dans les années 1990 le critère de la source de la règle de conflit de lois et celui de la nature des droits litigieux pour déterminer l'autorité de la règle de conflit de lois. La Cour de Cassation avait ainsi jugé dans l'arrêt *Coveco*[550] que le juge français était tenu d'appliquer d'office les règles de conflit de lois de source conventionnelle, même dans les matières dans lesquelles les parties avaient la libre disposition de leurs droits. La distinction entre les règles de conflit de lois de source interne et de source conventionnelle est aujourd'hui abandonnée par la Cour ; seul le critère de la nature des droits litigieux permet de déterminer l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge. L'une des critiques formulée à l'encontre de la solution rendue par la Cour de Cassation dans cette affaire résidait dans le fait que les règles de conflit contenues dans une convention internationale devaient recevoir un traitement identique aux règles de conflit de lois nationales. L'originalité des mécanismes mis en place au sein de l'ordre juridique communautaire permet d'exprimer un doute sur la transposition de cette critique à la règle de conflit de lois de source communautaire. La question de l'autorité de la règle de conflit de lois de source communautaire ne semble pourtant pas

[550] Cass., 1ère civ., 4 décembre 1990, *Coveco*, *RCDIP*1991, p. 558, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau.

faire l'unanimité en doctrine. Alors que certains auteurs soulèvent le problème[551], d'autres contestent l'impact de la source communautaire de la règle de conflit sur son autorité à l'égard du juge national[552]. Afin de trancher le débat, il convient d'examiner les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* au regard des principes gouvernant la mise en œuvre du droit communautaire dérivé par le juge national qui ont été dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes. Le juge national est en effet tenu par le respect des finalités des règles issues d'actes de droit communautaire dérivé à la fois dans la domaine du droit matériel *(a) L'office du juge national et les règles de droit matériel)* et dans le domaine du droit international privé *(b) L'office du juge national et les règles de droit international privé)*.

a) L'office du juge national et les règles de droit matériel

197. - La faculté pour le juge national de soulever d'office une violation du droit communautaire en l'absence de règle procédurale interne l'y habilitant – En ce qui concerne les règles de droit matériel issues d'actes de droit communautaire dérivé, la Cour de Justice des Communautés européennes opère un lien direct entre les finalités poursuivies par le texte et l'office du juge national. Dans un premier temps, la Cour a jugé que le juge national ne pouvait pas soulever d'office un moyen tiré de la violation d'une disposition de source communautaire lorsque les règles de procédure nationales lui interdisaient de le faire. Par exemple, la question de la possibilité pour le juge national d'apprécier d'office la compatibilité d'une règle de droit national avec les articles 3, f), 85 et 86 du *Traité CEE* a été posée dans l'affaire *Van Schijndel*[553]. Le juge communautaire a d'abord envisagé la question de savoir si les règles en cause étaient ou non directement applicables dans l'ordre juridique interne. La Cour de Justice des Communautés européennes a ainsi précisé que

---

[551] B. FAUVARQUE-COSSON, "Foreign Law before the French Courts: the Conflicts of Law Perspective", in G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Comparative Law Before the Courts*, BIICL, 2004, pp.3-13, spéc. note 8 p. 5; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'accord procédural à l'épreuve du temps », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp.263-284, spéc. p. 271.

[552] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 408, §572.

[553] CJCE, *Van Schijndel*, 14 décembre 1995, aff. jointes C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705.

«*dès lors que, en vertu du droit national, les juridictions doivent soulever d'office les moyens de droit tiré d'une règle interne de nature contraignante, qui n'auraient pas été avancés par les parties, une telle obligation s'impose également, s'agissant des règles communautaires contraignantes (...). Il en est de même si le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit contraignante (...). (...) Dans une procédure portant sur des droits et obligations civils dont les parties disposent librement, il appartient au juge national d'appliquer les dispositions des articles 3, f), 85 et 86 du Traité CEE, même lorsque la partie qui a intérêt à leur application ne les a pas invoquées, dans le cas où son droit national lui permet une telle application*[554]».

Le juge communautaire ne se prononce pas sur la pertinence du critère de la nature des droits litigieux, qui n'est pas consacré en tant que critère communautaire de l'autorité des règles de droit à l'égard du juge national. En vertu du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres, la Cour l'a en revanche toléré dès lors qu'il s'agit du critère retenu en droit procédural interne. Elle a donc reconnu la possibilité pour le juge national d'appliquer d'office une disposition de source communautaire dotée d'effet direct, mais seulement à condition que les règles de procédure nationales lui offre cette faculté[555]. En vertu de cet arrêt, le juge national ne peut soulever d'office la violation d'une disposition de source communautaire qu'à la condition qu'elle soit dotée d'effet direct et que le droit procédural interne le lui permette.

198. - Dans l'affaire *Rampion et Godart*[556], la démarche du juge communautaire s'est dans un second temps déplacée du critère de l'effet direct des dispositions en cause vers les finalités qu'elles poursuivent. Comme dans l'affaire précédente, il s'agissait de déterminer si le juge pouvait soulever d'office un moyen fondé sur des dispositions nationales issues d'une directive communautaire, alors qu'une telle application d'office était exclue par le droit national. La Cour a tout d'abord rappelé les finalités poursuivies par la *Directive 87/102 relative au rapprochement des dispositions législatives,*

---

[554] CJCE, *Van Schijndel*, op. cit., pts 13, 14 et 15.
[555] CJCE, *Van Schijndel*, op. cit., pt. 22 : « *Le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande*. »
[556] CJCE, *Rampion et Godart*, 4 octobre 2007, aff. C-429/05.

règlementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation : « *(…) ainsi qu'il ressort de ses considérants, la directive 87/102 a été adoptée dans le double objectif d'assurer, d'une part, la création d'un marché commun du crédit à la consommation (…) et, d'autre part, la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits*[557] ». Elle a ensuite rappelé sa jurisprudence constante en matière de clauses abusives, précisant que « *la faculté (…) reconnue au juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause a été considérée comme nécessaire pour que soit assurée au consommateur une protection effective, eu égard notamment au risque non négligeable que celui-ci soit dans l'ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés pour les exercer*[558] ». Cette affaire est intéressante dans la mesure où, en ce qui concerne l'office du juge national, le débat initial portait sur la distinction française opérée entre les règles d'ordre public de direction et les règles d'ordre public de protection. La Cour ne s'est pas aventurée sur la qualification d'ordre public de protection ou de direction des règles nationales issues de la transposition de la *Directive 87/102 relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation*[559]. Dans cette affaire, le juge communautaire a reconnu au juge national la possibilité d'appliquer d'office une disposition issue d'une directive communautaire même si ses règles procédurales ne le lui permettent pas. Il s'agissait d'une faculté, offerte au juge car la *Directive 87/102* ne vise pas seulement la préservation des intérêts privés des consommateurs, mais participe également à l'intérêt communautaire consistant en la réalisation du marché intérieur.

---

[557] *Ibid*., pt. 59.
[558] *Ibid*, pt. 62.
[559] Les conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi (pts. 88 et 89) avaient rappelé que le contenu de la notion d'ordre public relevait de la compétence des Etats membres : « *Sans aucun doute, dès lors, l'harmonisation des règlementations nationales en matière de crédit à la consommation poursuivie par la directive 87/102 n'est pas destinée seulement à garantir un niveau minimal de protection des consommateurs dans chaque Etat membre, mais également, et en premier lieu, à promouvoir pour ce qui concerne le crédit à la consommation, la création de conditions de concurrence plus homogènes sur le territoire de la Communauté, en supprimant les principales causes règlementaires d'obstacles ou de distorsion du libre jeu de la concurrence entre les prêteurs, avec des bénéfices en termes d'efficience économique tant dans le marché du crédit à la consommation que dans les marchés des biens et des services qui peuvent être obtenus à crédit. Il n'apparaît donc pas que l'on puisse partager l'interprétation selon laquelle les dispositions de la directive 87/102 et, en conséquence, les dispositions nationales qui les transposent, sont établies exclusivement dans une optique de protection des consommateurs. Cela dit, il incombe en tout état de cause au juge de renvoi et non à la Cour d'apprécier si, à la lumière des finalités précisées de la directive 87/102, les règles nationales qui les transposent (…) devraient être qualifiées « d'ordre public de direction » aux fins de leur applicabilité d'office en vertu du droit procédural national* ».

199. - De manière générale, la position de la Cour de Justice des Communautés européennes est fondée sur la nécessité d'assurer l'effectivité des droits conférés aux justiciables par les dispositions élaborées au sein de l'ordre juridique communautaire. Le principe d'effectivité est fondamental dans l'ordre juridique communautaire ; il est utilisé par le juge communautaire afin de garantir que l'application de la norme communautaire par le juge national ne conduise pas à la priver de tout effet utile. Malgré le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres, les règles procédurales nationales gouvernant l'office du juge ne devraient pas conduire à ce que les justiciables ne puissent pas ou ne puissent que difficilement exercer les recours visant à faire respecter les droits qu'ils tirent des normes communautaires dotées d'effet direct. La Cour apprécie par conséquent au cas par cas si la disposition procédurale en cause permet de garantir une protection effective du justiciable visé, en l'espèce le consommateur[560].

200. - La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes peut donc être résumée comme suit : en vertu du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres, l'office du juge au regard des dispositions de droit matériel de source communautaire est déterminé par les règles procédurales internes. Il dépend alors de la qualification que reçoivent les règles en cause dans l'ordre interne, ainsi que de leur vocation à préserver seulement les intérêts privés des parties ou également des intérêts publics dont le juge national serait le garant. La question de savoir si les règles de droit matériel sont d'ordre public relève de la compétence des Etats membres, sauf lorsqu'elles sont d'origine communautaire. Dans ce cas, si elles ont poursuivent les objectifs de réalisation du marché intérieur et de protection d'intérêts déterminés, elles pourraient être qualifiées de « dispositions impératives » et leur effectivité devrait alors être garantie par le juge national. Le juge national aurait dans ce cas la faculté de soulever d'office un moyen fondé sur les règles nationales de source communautaire, qu'elles soient d'effet direct ou qu'elles résultent de la transposition d'une directive. Il convient maintenant de comparer ces solutions rendues par la Cour de Justice des

[560] CJCE, *Rampion et Godart*, op. cit., pt. 61.; voir également la jurisprudence citée dans les points 98 et suivants des conclusions de l'Avocat général Paolo Mengazzi.

Communautés européennes avec celles qui ont été dégagées dans le domaine du droit international privé.

b) L'office du juge national et les règles de droit international privé

201. - Les règles de compétence internationale de source communautaire - Le *Règlement Bruxelles I* applicable en matière civile et commerciale contient une disposition régissant l'office du juge au regard de la vérification de sa compétence internationale. Le juge national n'est pas tenu de vérifier d'office sa compétence en dehors des cas de compétence exclusive[561] ; il n'est donc pas tenu de le faire dans tous les autres cas. En dehors des hypothèses précitées, une partie qui ne soulève pas *in limine litis* l'incompétence de la juridiction saisie ne peut donc plus le faire par la suite. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes ne traite pas expressément du problème de l'autorité des règles de compétence internationale à l'égard du juge national. Elle reconnaît le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres dans le cadre de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ou du *Règlement Bruxelles I*[562]. Comme pour les règles de droit matériel, la mise en œuvre de ce principe ne doit cependant pas conduire à empêcher ou à restreindre l'effectivité d'une disposition contenue dans l'un des deux textes précités. Les décisions communautaires visant à interpréter les dispositions des textes précités sont centrées autour de la notion d'effet utile ou d'effectivité des règles de compétence internationale. La Cour a ainsi rappelé à propos de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* que « *l'application des règles de procédure nationales ne saurait porter atteinte à l'effet utile de la Convention*[563] ».

202. - Les règles de conflit de lois de source communautaire – Le fait pour le juge national de faire abstraction du caractère international du litige et de ne pas mettre

[561] Les articles 25 et 26 du *Règlement Bruxelles I* énumèrent les cas dans lesquels le juge saisi est tenu de se déclarer d'office incompétent si une juridiction d'un autre Etat membre a une compétence exclusive.
[562] CJCE, *Hagen*, 15 mai 1990, aff. C-365/88, Rec., p. 1-1845
[563] CJCE, *Hagen*, op. cit.

en œuvre la règle de conflit de lois contenue dans le *Règlement Rome II* pourrait-il être analysé comme une violation du droit communautaire lorsque les parties n'ont pas revendiqué l'application d'une loi étrangère devant les juridictions du fond ? Il semble que l'approche de l'autonomie procédurale des Etats membres exprimée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine du droit matériel et dans le domaine des règles de compétence judiciaire devrait être transposée aux règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II*. Le critère de la nature des droits litigieux devrait par conséquent être appliqué afin de savoir si le juge est ou non tenu de mettre en œuvre la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale lorsque aucune des parties n'a invoqué l'application d'une loi étrangère. La mise en œuvre de ce critère ne peut cependant créer des différences de traitement excessives entre les justiciables des Etats membres ni restreindre ou empêcher l'effectivité de cette règle de conflit de lois. Le renvoi aux principes nationaux relatifs à l'autorité de la règle de conflit de lois ne peut ainsi porter atteinte à l'effet utile des dispositions du *Règlement Rome II*, et leur autorité ne peut être simplement calquée sur les solutions retenues dans chacun des systèmes nationaux de droit international privé.

203. - En matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, les parties ont la libre disposition de leurs droits. L'action en concurrence déloyale a en effet pour but de préserver les intérêts privés des professionnels, et la matière ne fait pas l'objet d'une réglementation commune en dehors du domaine de la publicité. L'autorité de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* est par conséquent calquée sur les solutions admises en France : le juge ne sera tenu de mettre en œuvre cette règle de conflit de lois que si l'une des parties le revendique en invoquant par exemple l'application d'une loi étrangère. En matière de pratiques commerciales déloyales, le juge français pourrait mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois si la loi du for ne permet pas de garantir le respect de l'effet utile de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire qu'elle lui accorde une protection inférieure à la loi qui serait normalement compétente[564]. La question de l'autorité de l'article 12 du *Règlement Rome II* à l'égard du juge ne semble donc pas recevoir une solution

[564] Cette hypothèse semble être assez rare, dans la mesure où le consommateur pourrait avoir tendance en pratique à agir devant le tribunal du lieu où il réside, et que la loi de l'Etat de résidence habituelle du consommateur sera le plus souvent compétente en vertu de la règle de conflit de lois ; sur ce point, *infra*, § 362 et suiv.

systématique, mais incite plutôt à examiner au cas par cas la situation afin de savoir si le consommateur bénéficie de la protection que lui accordent les dispositions issues de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* et des directives sectorielles.

204. - En vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, le critère national fondé sur la nature des droits litigieux s'efface devant le principe d'effectivité et d'effet utile des règles de droit international privé communautaire. L'application des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* devrait alors être effectuée de la même manière que pour les autres dispositions de droit communautaire dérivé, c'est-à-dire en recherchant, au cas par cas, le respect de l'effet utile de la règle de conflit de lois. Si l'on considère que l'office du juge est déterminé par la recherche de l'effet utile des règles de conflit de lois, leur autorité à l'égard du juge national dépend de l'identification de leurs fondements. En matière d'actes de concurrence déloyale et de pratiques commerciales déloyales, le juge national ne peut être tenu d'appliquer d'office les règles de conflit de lois pertinentes lorsque aucune des parties n'a revendiqué l'application d'une loi étrangère dès lors que les parties ont la libre disposition de leurs droits. Le juge national dispose cependant d'une faculté le lui permettant afin d'assurer le respect de l'objectif de protection du consommateur dans le domaine des pratiques commerciales déloyales.

205. - Conclusion de la section 1 – L'extranéité relevée - L'application de la française dans les litiges de concurrence déloyale par les juridictions françaises peut résulter du rôle respectif des parties et du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. En premier lieu, les parties devraient disposer, à la fois dans le domaine des actes de concurrence déloyale et dans celui des pratiques commerciales déloyales, de la possibilité d'invoquer soit la compétence d'une loi étrangère par un accord mutuel, soit la compétence de la *lex fori* par le biais d'un accord procédural. Dans les deux cas, l'accord des parties est exprimé en vue de l'application d'une loi différente de celle qui serait compétente en cas de mise en œuvre de la règle de conflit de lois ; la différence réside dans le moment du choix. Les parties devraient pouvoir choisir la loi qui leur convient avant ou après la survenance de l'acte de concurrence déloyale en cause ; le

choix de la loi effectué par le consommateur et le professionnel devrait en revanche être exprimé après la survenance de la pratique commerciale déloyale. En second lieu, le statut procédural de la loi étrangère ne semble pas modifié par rapport aux solutions retenues par la Cour de Cassation française. Les parties ont la libre disposition de leurs droits en matière d'actes de concurrence déloyale ; si elles n'invoquent pas, individuellement ou mutuellement, l'application d'une loi étrangère, le juge national n'est pas tenu de mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois. L'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* pourrait par conséquent rester lettre morte dans le cadre du contentieux des actes de concurrence déloyale dont les juridictions françaises ont à connaître. La situation est un peu différente dans les domaines dans lesquels il existe une réglementation commune – comme par exemple en matière de pratiques commerciales déloyales -, dans la mesure où le juge pourrait être tenu de garantir le respect de l'effet utile de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire le respect du niveau de protection du consommateur exprimé dans les dispositions de source communautaire.

Section 2 - La liberté d'appréciation du juge

206. - Lorsque l'extranéité du litige a été relevée, le juge est tenu de mettre en œuvre la règle de conflit de lois afin de désigner la loi applicable. Sauf en présence d'une règle de conflit à caractère substantiel, cette opération est traditionnellement effectuée sans prendre en compte le contenu des droits matériels en présence. La liberté d'appréciation du juge national devrait cependant être combinée avec les fondements des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale, dans la mesure où le rôle du juge lors de la désignation de la loi applicable diffère selon que l'on est en présence d'un acte de concurrence déloyale affectant l'intérêt général, d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou d'une pratique commerciale déloyale commise dans les relations de consommation[565]. La règle de conflit de lois contient parfois des critères donnant une certaine liberté d'appréciation au juge afin de corriger la localisation de l'obligation non contractuelle effectuée en vertu du critère principal. Cette flexibilité introduite lors de la résolution du conflit de lois permet au juge de tenir compte des circonstances concrètes de la situation[566]. La liberté d'appréciation du juge dépend alors de deux facteurs, que sont le degré de flexibilité des critères de rattachement adoptés et les fondements des règles de conflit de lois. Les moyens permettant d'offrir au juge une certaine liberté d'appréciation lors de la désignation de la loi applicable seront envisagés de manière générale dans le cadre du *Règlement Rome II* (*§1 – La flexibilité dans le Règlement Rome II*), puis dans le cas particulier des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale (*§2 – La flexibilité en matière de concurrence déloyale*)

---

[565] *Supra*, § 189 et suiv.

[566] Sur ce point, notamment, J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », op. cit., spéc. p. 251 et suiv.

§1 - La flexibilité dans le *Règlement Rome II*

207. - L'analyse classique de la flexibilité – rigidité du rattachement - En Europe, la résolution du conflit de lois en matière de faits juridiques reposait avant le *Règlement Rome II* sur une règle de conflit de lois rigide, qui était exceptionnellement corrigée grâce au principe de proximité[567]. La liberté d'appréciation du juge national se cantonnait donc à la recherche de la loi qui présentait les liens les plus étroits avec la situation. L'objectif d'un critère de rattachement rigide était d'assurer au maximum la prévisibilité de la loi applicable et des solutions qui pourraient résulter de son application[568]. La Cour de Cassation en a par exemple fait usage afin de tenter de résoudre le problème de la localisation des délits complexes et corriger le rattachement à la *lex loci delicti commissi*[569]. Cette approche est traditionnellement opposée à celle qui est retenue dans les pays de *Common law*, dans lesquels le choix de la loi applicable est parfois opéré grâce à des standards, grâce auxquels le juge bénéficie d'une large liberté d'appréciation afin de déterminer la loi la plus appropriée dans le cas d'espèce[570]. Certaines théories américaines permettent ainsi de tenir compte du contenu des droits matériels en présence ainsi que de leur volonté d'application dans le cas d'espèce[571].

208. - De manière générale, la flexibilité permise en Europe par l'insertion de clauses d'exception dans les règles de conflit de lois en matière de faits juridiques ne permet pas au juge d'opter pour l'une des lois en conflit en fonction de ses finalités ou

---

[567] *Supra*, § 7.
[568] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., spéc. p.300 et suiv, et p.311 et suiv.
[569] Cass., 1ère civ., 14 janvier 1997, *Soc. Gordon and Breach Science Publishers et autres c. Association The American Institute of Physics et autres*, op. cit. ; la Cour a jugé dans cet arrêt que en cas de dissociation des éléments du fait dommageable, le choix entre la loi du lieu de survenance du fait générateur et la loi du lieu de réalisation du dommage devait être opéré en fonction des liens les plus étroits qu'elles entretiennent respectivement avec la situation.
[570] Pour une étude générale sur la comparaison des systèmes américains et européens sur ce point, se reporter, notamment, à P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflection on Current European and United States Conflicts Law", *Recueil des Cours* 1991-1, t.226, pp.281-412 ; H. KRONKE, "Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws", in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 1, Sellier, Munchen, 2004, pp. 461-470.
[571] Sur les "approaches" utilisées en droit international privé américain, notamment, J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », op. cit., spéc. p. 279 et suiv.

des politiques qu'elle poursuit. Celui-ci recherche en principe la loi qui présente les liens géographiques les plus étroits avec la situation. La proposition de texte sur la loi applicable aux obligations non contractuelles rédigée en 1998 par le Groupe européen de droit international privé introduisait davantage de flexibilité dans la résolution du conflit de lois[572]. Une règle générale était fondée sur le principe de proximité et devait garantir l'application de la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus étroits[573]. Elle était assortie de présomptions spéciales, notamment en matière de « *concurrence déloyale ou de pratique commerciale restrictive* [574]» ; dans ce domaine, il était présumé que l'obligation non contractuelle présentait les liens les plus étroits avec « le pays dont le marché est concerné par le fait dommageable [575]». Certains auteurs ont également tenté d'influencer les autorités communautaires pour intégrer davantage de flexibilité lors de l'élaboration des règles de conflit de lois en matière d'obligations non contractuelles[576].

209. - Les solutions retenues dans le *Règlement Rome II* - Pour assurer un compromis entre les partisans de la flexibilité et ceux de la rigidité, le texte final du *Règlement Rome II* offre au juge national un « *cadre flexible des règles de conflit de lois* [577]». Les règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations non contractuelles sont conçues de manière à assurer un équilibre entre « *l'exigence de sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction de cas individuels*[578] ». Ainsi, en fonction du choix des critères de rattachement, le juge saisi bénéficie de moyens lui permettant de désigner la loi la plus appropriée dans le cas concret,

---

[572] Groupe européen de droit international privé, *Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, disponible sur le site <www.gedip-egpil.eu>.
[573] Article 3 de la *Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, op. cit.
[574] Article 4 de la *Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, op. cit.
[575] Article 4, op. cit.
[576] S. C. SYMEONIDES, « Tort Conflicts and Rome II : A View from Across », in *Festschrift fûr Erick JAYME*, vol. 2, Sellier, Mûnchen, p. 936; S. C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts: A missed Opportunity", 56 *American Journal of Comparative Law* (2008), pp. 1-46, spéc. P. 8-9.
[577] Considérant 14 du *Règlement Rome II*.
[578] Ibid. Cette solution avait été appréciée favorablement par certains commentateurs de l'avant-projet de règlement ; notamment, N. WATTE, C. BARBE, Y. DEKETELAERE, M. EKELMANS, A. NUYTS et C. TUBEUF, « Observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », disponible sur le site <www.dipulb.be>, p.17, qui estimaient que la clause d'exception permettait de « parvenir à un compromis entre les exigences de proximité et de sécurité juridique.

notamment si la situation ne présente que des liens fortuits avec le pays du lieu de survenance du dommage[579]. L'instrument de la « *justice du cas individuel* » réside dans la clause d'exception figurant dans l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II*, qui dispose que « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.* » Elle peut être analysée comme une « *directive à l'adresse du juge pour le conduire à définir concrètement la loi avec laquelle la situation est la plus étroitement corrélée* [580]». Alors que cette méthode a été limitée dans le champ d'application du *Règlement Rome I* sur la loi applicable aux obligations contractuelles, elle a été introduite dans le champ du *Règlement Rome II*.

210. - Traditionnellement, le fondement de ce mécanisme repose sur le principe de proximité, et vise à déterminer la loi la plus appropriée au cas d'espèce en considération d'un faisceau d'indices. La recherche de la loi la plus appropriée a ainsi pour but de corriger le rattachement traditionnel lorsque le « *lieu du délit apparaît comme très accessoire par rapport aux intérêts en cause*[581]», en prenant en considération « *l'ensemble des facteurs qui présentent un lien significatif avec le rapport de droit*[582]». Il s'agit de corriger la désignation abstraite et rigide de la loi applicable en matière d'obligations non contractuelles, lorsque le critère traditionnel du lieu de réalisation du dommage ne permet pas la désignation d'une loi appropriée et la plus proche du litige. Il est cependant admis que le mécanisme de la clause d'exception conduit à une imprévisibilité des solutions et à une insécurité juridique. Le juge procède en effet à une appréciation *in concreto* des liens les plus étroits, qui peut varier en fonction des cas individuels ; la loi finalement désignée n'est donc pas nécessairement celle dont les parties avaient anticipé l'application. Le recours à la clause d'exception est alors souvent cantonné à des cas particuliers et devrait rester exceptionnel afin de respecter l'objectif de prévisibilité du droit applicable. Cette approche a été retenue au sein du

---

[579] *Proposition Initiale*, exposé des motifs p.10.
[580] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., §173, p.107.
[581] G. LEGIER, « Sources extra-contractuelles des obligations – Détermination de la loi applicable », Jurisclasseur Droit international, Fasc. 553-1, n° 51.
[582] *Ibid.*

Règlement Rome II, dans lequel l'article 4, point 3 ne constitue qu'une exception à la règle de conflit de lois générale[583].

§2 La flexibilité en matière de concurrence déloyale

211. - La recherche de la proximité - Pour préserver au maximum la prévisibilité des solutions en matière de concurrence déloyale, il convient d'examiner les critères de rattachement afin de déterminer l'étendue de la liberté d'appréciation qui a été conférée au juge national en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou de pratiques commerciales déloyales commises dans les relations de consommation[584]. Le rôle du juge saisi varie alors selon que le rattachement a pour but de désigner la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation. Les articles 6, point 2 et 12 du *Règlement Rome II* contiennent tous les deux un critère de rattachement flexible, consistant en une clause d'exception permettant au juge saisi de désigner une loi présentant des liens plus étroits avec la situation que la loi désignée par les rattachements de principe[585]. Or, le fondement de ces règles de conflit de lois réside dans le principe de proximité, couplé, en matière de pratiques commerciales déloyales, avec un objectif de protection du consommateur considéré comme partie faible[586]. La détermination de la liberté d'appréciation du juge résulte alors de la combinaison de la structure de ces critères de rattachement flexibles avec leurs fondements respectifs.

---

[583] La combinaison de règles rigides et flexibles est considérée par certains auteurs comme la meilleure solution du point de vue d'une analyse économique des règles de conflit de lois : sur ce point, G. RÜHL, "Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2006, disponible sur le site http://ssrn.com/abstract=920999, spéc. p. 34 et suiv.

[584] Sur la rigidité de la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts des consommateurs, *supra*, § 158 et suiv.

[585] Article 6, point 2 du *Règlement Rome II* renvoyant à l'article 4 ; article 12, point 2, c) du *Règlement Rome II* : « *s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays* » est applicable.

[586] *Supra* § 155et suiv. et §161 et suiv.

212. - La clause d'exception en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé - L'article 6, point 2 renvoie à la règle de conflit de lois générale, et notamment à l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II*, qui dispose que

> « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente les liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre Etat s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question* ».

Pour éviter une application excessive de la clause d'exception et limiter l'arbitraire du juge, l'article 4, point 3 limite en premier lieu son recours aux cas dans lesquels il existe un lien « *manifestement* » plus étroit entre un pays et le rapport de droit. La référence à l'adjectif manifestement implique cependant une utilisation exceptionnelle de cette clause d'exception, lorsque la localisation de l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale n'est pas possible selon les points 1 et 2 de l'article 4, ou qu'elle ne permet pas d'assurer un équilibre raisonnable entre les intérêt en présence. Le juge saisi devrait d'abord caractériser l'existence de liens étroits entre la situation et un autre pays, pour ensuite apprécier l'opportunité de l'application de la loi en question dans le cas d'espèce. La loi des liens les plus étroits au sens de l'article 4, point 3 devrait par conséquent être entendue strictement en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé.

213. - Pour apprécier l'existence de liens plus étroits avec un autre pays, le juge peut en second lieu s'appuyer sur « *l'ensemble des circonstances* », telles que l'existence de relations contractuelles préalables entre l'auteur et la personne lésée. La loi applicable au contrat pourrait ainsi être appelée à régir les obligations non contractuelles nées entre les cocontractants. Le risque d'incertitude et d'imprévisibilité quant à la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est par conséquent réduit si l'on considère que la loi du contrat, choisie mutuellement par les parties, est, le cas échéant, la loi qui présente les liens les

plus étroits avec cette obligation non contractuelle[587]. L'utilisation du mot « *notamment* » pourrait signifier que le juge peut tenir compte d'autres éléments afin de déterminer si la situation présente des liens plus étroits avec une autre loi que la *lex loci damni* ou la loi de la résidence habituelle commune. Certains auteurs[588] prétendent ainsi que le juge pourrait prendre en considération les « *policy and consequences-based thinking* » lors de l'appréciation des éléments à prendre en considération dans la détermination de la loi présentant les liens les plus étroits avec la situation au sens de l'article 4, point 3. Il semble cependant que la liberté d'appréciation du juge saisi d'une action en concurrence déloyale intentée par un professionnel contre un autre professionnel ne devrait pas trop être étendue. L'article 6, point 2 ne présente en effet aucune autonomie par rapport à la règle de conflit de lois générale, et est fondé, comme elle, sur le principe de proximité[589]. Les normes régissant les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ont par ailleurs pour fonction d'assurer une protection de leurs intérêts privés, l'objectif de régulation du marché étant subsidiaire pour ce type de comportement. Dans cette matière, le recours à la clause d'exception devrait par conséquent être limité à la rechercher d'une loi qui présente les liens géographiques les plus étroits avec la situation. Elle ne semble pas permettre de prendre en considération les finalités matérielles des lois en conflit lors de la phase de désignation de la loi applicable[590].

214. - La flexibilité limitée de la règle de conflit de lois contraste avec la flexibilité du standard de comportement qui caractérise le droit matériel de la concurrence déloyale[591]. Elle semble pourtant devoir être saluée, dans la mesure où elle permet de diminuer le risque d'imprévisibilité et d'insécurité juridique qui résulte déjà des règles substantielles régissant les actes de concurrence déloyale. La clause d'exception permet

---

[587] E. LOQUIN, « La règle de conflit de lois générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.35-53.

[588] P. HAY, "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", *The European Legal Forum*, 4-2007, p.I-137-151, spéc.p.144.

[589] *Supra.* §157.

[590] De manière générale, P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les règles de conflit de lois », *RCDIP*2003, pp.37-76, spéc. p.40. Cette position a été critiquée; S. C. SYMEONIDES, « Tort Conflicts and Rome II: A View from Across », in *Festschrift für Erick JAYME*, vol. 2, Sellier, Mûnchen, pp. 935-954.

[591] *Supra* §39.

au juge de corriger le rattachement lorsque la mise en œuvre des critères des points 1 et 2 de l'article 4 conduit à une localisation de l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale non appropriée dans le cas concret, mais elle ne devrait pas augmenter encore davantage le manque de prévisibilité des solutions pour les professionnels. Si le rattachement des actes de concurrence déloyale affectant exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé présente une certaine flexibilité offrant au juge national une liberté d'appréciation lors de l'opération de choix de la loi applicable, le rôle du juge devrait être limité à la désignation de la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation, sans prendre en considération le contenu ni les finalités des droits matériels en conflit.

215. - La clause d'exception en matière de pratiques commerciales déloyales – Comme l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II*, l'article 12, point 2, c) dispose qu'est compétente, « *s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays* ». Cette disposition permet donc au juge de rechercher la loi qui présente dans le cas concret les liens les plus étroits avec la situation. Elle n'a cependant pas été rédigée au regard de considérations tenant à la protection d'une partie faible dans le rapport de droit. Or la mise en œuvre des critères de rattachement énoncés dans l'article 12 du *Règlement Rome II* devrait garantir la protection du consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale[592]. Le recours à la clause d'exception prévu dans l'article 12, point 2, c) devrait donc être strictement limité dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, voire écarté s'il conduit à désigner une loi dont l'application n'est pas prévisible pour le consommateur ou qui ne lui garantit pas la protection que lui accordent les dispositions issues des directives communautaires adoptées dans cette matière[593].

---

[592] *Supra* §162.

[593] Déjà, A. SINAY-CITERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », op. cit., spéc. p. 747, qui considère que « l'application de la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec le contrat » pourrait porter préjudice « au consommateur car le système préconisé conduit à l'application de la loi du pays dans lequel le professionnel est établi ».

216. - Si une clause d'exception est à la disposition du juge dans les deux domaines, les fondements respectifs des règles de conflit de lois applicables respectivement aux actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé et aux pratiques commerciales déloyales impliquent que le recours à la clause d'exception ne devrait pas être admis de la même manière dans les deux matières.

217. - Conclusion de la Section 2 – La liberté d'appréciation du juge – Si une partie de la doctrine souhaite que les instruments de flexibilité permettent au juge de pouvoir tenir compte des finalités et du contenu des droits matériels en conflit lors de la désignation de la loi applicable, une lecture restrictive des solutions adoptées dans le *Règlement Rome II* semble préférable en matière de concurrence déloyale. En matière d'actes de concurrence déloyale, le recours à la clause d'exception ne devrait être réservé qu'à des cas particuliers, notamment lorsque les parties sont liées par un contrat. Le juge ne devrait pas prendre en considération le contenu des lois en conflit lors de la désignation de la loi applicable. En matière de pratiques commerciales déloyales, la solution est différente dans la mesure où il existe une réglementation commune, qui, par sa nature communautaire, est finalisée. Le recours à la clause d'exception devrait par conséquent être écarté s'il ne permet pas de désigner une loi permettant d'assurer une protection suffisante au consommateur.

218. - Conclusion du Chapitre 2 – Le rôle du juge et des parties - L'articulation des rôles respectifs des parties et du juge saisi peut expliquer l'application fréquente de la loi française dans les litiges de concurrence déloyale présentant des éléments d'extranéité. En vertu des principes déterminant en France l'autorité de la règle de conflit de lois à l'égard du juge saisi, celui-ci n'est tenu de mettre en œuvre, même d'office, ni la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, ni celle applicable en matière de pratiques commerciales déloyales. L'autorité de l'article 12 du *Règlement Rome II* devrait cependant être nuancée au regard de la source communautaire des règles de droit matériel régissant les pratiques commerciales déloyales. Le juge pourrait en effet être contraint de mettre en œuvre la règle de conflit de lois dans cette matière lorsque la loi désignée permettrait d'assurer l'effectivité des dispositions régissant les pratiques commerciales déloyales au sein du territoire communautaire. Dans la majeure partie des cas cependant, la règle de conflit de lois ne sera mise en œuvre par le juge que lorsqu'une loi étrangère est invoquée dans le litige. La possibilité pour les parties de choisir la loi applicable devrait en outre être reconnue en matière de concurrence déloyale, notamment dans le cadre des relations entre professionnels.

- Conclusion du Titre II – La mise en œuvre de la règle de conflit de lois - La confrontation de la diversité des comportements déloyaux envisagés par les règles de droit matériel avec l'apparente unité de l'article 6, points 1 et 2 du *Règlement Rome II* permet de conclure que cette règle de conflit de lois n'est pas cohérente avec les catégories et les finalités des normes régissant la concurrence déloyale dans l'ordre interne. Le compromis opéré sur le choix des catégories et des critères de rattachement implique que la détermination de la loi applicable en matière de concurrence déloyale ne semble pas pouvoir être parfaitement uniforme sur l'ensemble du territoire communautaire. Les juridictions nationales et les parties peuvent en outre exercer une influence considérable sur la manière dont la ou les règles de conflit de lois devrai(en)t être mise(s) en œuvre en vue de détermination la loi selon laquelle le comportement déloyal et la réparation ou la cessation du dommage qui en résulte seront évalués. Or l'élaboration d'une règle de conflit de lois spécifique en matière de concurrence déloyale dans le *Règlement Rome II* a précisément pour objectif de favoriser la prévisibilité de la loi applicable et des solutions qui en découlent. Cet objectif peut être atteint lors de la désignation de la loi applicable par l'identification précise de la nature du rapport de droit en cause dans le litige de concurrence déloyale. Les catégories de rattachement « *actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs* », « *actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé* » et « *pratiques commerciales déloyales* » devraient être clairement distinguées afin de restaurer, au sein du *Règlement Rome II*, la cohérence de la catégorie de rattachement générale « *concurrence déloyale* » au regard des catégories du droit interne. Quelle que soit la règle de conflit de lois applicable, sa mise en œuvre ne sera en revanche déclenchée que si les parties en expriment l'intention.

219. - Conclusion de la Partie I – La cohérence des règles - La version finale du *Règlement Rome II* est un texte de compromis, qui cherche à garantir la prévisibilité pour les justiciables, tout en laissant une marge de manœuvre au juge national afin d'assurer la justice du cas par cas. L'économie générale du *Règlement Rome II* repose sur l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions, et, au-delà des fondements spécifiques, la réalisation de cet objectif devrait être recherchée lors de la mise en œuvre de toutes les règles de conflit de lois, générale ou spéciales. La prévisibilité du droit applicable et des solutions n'est cependant pas garantie par une application littérale de l'article 6 du *Règlement Rome II* adopté en matière d'actes de concurrence déloyale et d'actes restreignant la concurrence. L'incertitude quant au contenu exact de la catégorie de rattachement « *concurrence déloyale* » génère en elle-même une imprévisibilité des solutions ainsi qu'un risque de *forum shopping*, qui réduisent à néant l'objectif de prévisibilité des solutions imposé par le texte. La cohérence des règles de droit matériel et de la règle de conflit de lois devrait alors être restaurée par une qualification en cascade du rapport de droit en vue de son classement dans une catégorie de rattachement. Une fois la règle de conflit de lois pertinente identifiée, le juge saisi devrait localiser les critères de rattachement dans l'espace afin de déterminer la loi applicable, en respectant les fondements des règles de conflit de lois applicables en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs, d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou de pratiques commerciales déloyales. La ou les lois désignées par la mise en œuvre de la règle de conflit de lois devrai(en)t alors garantir un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence.

PARTIE II – L'EQUILIBRE ENTRE LES INTERETS EN PRESENCE

220. - Le *Règlement Rome II* utilise la notion d'équilibre raisonnable entre les intérêts en présence pour justifier l'élaboration de règles de conflit de lois spéciales[594], mais ne la définit pas. La mise en œuvre des règles de droit international privé garantit un tel équilibre lorsqu'elle assure des résultats prévisibles pour les parties, soit en termes de proximité géographique, soit en termes de résultat matériel précis. En matière de concurrence déloyale, cet objectif devrait être atteint lorsque la mise en œuvre des règles de droit international privé permet de respecter les fondements qui leur ont été assignés lors de leur élaboration[595]. En présence d'éléments d'extranéité, le rôle du juge diffère en effet selon qu'il est saisi d'un litige relatif aux actes de concurrence déloyale ou d'un différend relatif à une pratique commerciale déloyale[596]. La balance des intérêts opérée par les parties elles-mêmes, soit individuellement, soit mutuellement, devrait alors être prise en considération afin de déjouer les comportements stratégiques de l'auteur du comportement déloyal ou de la personne lésée et permettre de garantir que les fondements des règles de droit international privé soient respectés.

221. - Les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* ont ensuite un caractère bilatéral, et postulent une égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère lors de la désignation de la loi applicable[597]. L'étude de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en matière d'actes de concurrence déloyale et de pratiques commerciales déloyales devrait alors être replacée dans le contexte de la compétence judiciaire afin d'examiner les cas de coïncidence des critères de rattachement. Si l'on considère en effet que les juridictions françaises ont tendance à appliquer la loi française en matière

[594] Considérant 19 du *Règlement Rome II* .
[595] *Supra*, § 148 et suiv.
[596] *Supra*, § 189 et suiv.
[597] *Supra*, § 91 et suiv.

de concurrence déloyale, la mise en œuvre des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* serait-elle de nature à entraîner plus fréquemment la désignation et l'application d'une loi étrangère dans ce domaine ? Une fois la compétence du juge saisi assurée[598], il revient en effet aux parties de s'interroger sur le point de savoir si le fait de fonder leur demande en cessation ou en réparation du dommage résultant d'un comportement déloyal sur la loi du juge saisi ou sur une loi étrangère leur procure un bénéfice individuel ou mutuel. Que la demande soit intentée par un professionnel ou par un consommateur, la question de la détermination de la loi applicable ne se posera que lorsque l'une des deux parties (auteur du comportement déloyal ou personne lésée) invoque l'application d'une loi étrangère[599]. La balance entre tous les intérêts en présence devrait alors être opérée par le juge saisi au stade de la vérification de la compétence judiciaire et de la désignation et de l'application de la loi applicable dans les hypothèses dans lesquelles la compétence d'une loi étrangère a été revendiquée (*Titre I – Le choix de la compétence* ; *Titre II – La loi appropriée*).

Titre I – Le choix de la compétence

Titre II – La loi appropriée

[598] Les développements consacrés à la mise en œuvre de la règle de conflit seraient également applicables lorsque l'arbitre compétent choisi de désigner la loi applicable sur la base des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II*.

[599] Les développements qui suivent sont réservés aux hypothèses dans lesquelles l'extranéité du litige a été relevée et que la compétence d'une loi étrangère a été revendiquée.

Titre 1 – Le choix de la compétence

222. - Une fois le comportement déloyal réalisé, l'auteur encourt une responsabilité dont les conditions et les modalités varient en fonction du type d'action et de la loi appelée à régir l'obligation en cause[600]. Le professionnel lésé par l'acte de concurrence déloyale ou le consommateur victime de la pratique commerciale déloyale cherchera à obtenir le prononcé de sanctions contre son auteur. Pour cela, il peut agir au lieu où il estime que ses intérêts, procéduraux et substantiels, seront le mieux préservés. Le demandeur pourra alors choisir en considération de ses propres intérêts la ou les juridiction(s) devant lesquelles il souhaite intenter une action pour obtenir la réparation ou la cessation du comportement déloyal lorsqu'il n'est pas lié au défendeur par un accord sur la compétence; la procédure contentieuse sera alors portée devant un juge étatique (*Chapitre 1 – Le choix individuel*). Son choix peut cependant, le cas échéant, être conditionné par un accord antérieur sur la compétence, conclu dans le cadre de relations contractuelles avec l'auteur du comportement déloyal. Lorsque l'auteur du comportement déloyal et le lésé entretiennent des relations contractuelles ou que le comportement déloyal a été commis à l'occasion de l'exécution d'un contrat qui les lie, le demandeur peut être obligé de respecter, le cas échéant, l'accord existant sur la compétence d'un tiers chargé de trancher le litige qui les oppose, et qui peut être soit un juge étatique, soit un arbitre (*Chapitre 2 – Le choix mutuel*). Dans les deux cas, l'admission et la portée du choix –individuel ou mutuel- devrait être examiné en matière de concurrence déloyale en les confrontant à la manière dont ce choix est reçu par les juridictions françaises.

Chapitre 1 – Le choix individuel

[600] Sur la loi applicable en matière de concurrence déloyale, *infra*, §323et suiv.

Chapitre 2 – Le choix mutuel

Chapitre 1 – Le choix individuel

223. - Traditionnellement, les règles de compétence judiciaire tendent à limiter les stratégies procédurales des parties en offrant des critères de rattachement choisis soit en considération de la matière, soit pour des raisons de bonne administration de la justice et de commodité procédurale[601]. Le demandeur peut chercher par exemple à réduire les coûts du litige en agissant devant la juridiction la plus proche géographiquement, qui utilise sa langue nationale, ou devant celle dans le ressort de laquelle vont être effectuées les mesures d'exécution[602]. Sans aller jusqu'au *forum shopping* excessif, le demandeur ayant subi les effets dommageables d'un comportement déloyal pourrait également chercher à agir devant la juridiction susceptible de lui offrir le plus de satisfaction du point de vue du droit matériel, par exemple en ce qui concerne les sanctions. En fonction du droit applicable, il pourra en effet obtenir le prononcé de mesures provisoires et conservatoires, la cessation du comportement déloyal, ou le prononcé de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. Le prononcé de ces sanctions dépend cependant des règles applicables dans chacun des pays concernés, du fondement de l'action intentée, ainsi que de la liberté d'appréciation du juge chargé de les prononcer. Le choix de la juridiction par le demandeur ayant subi les effets d'un comportement déloyal implique alors qu'il bénéficie d'une information suffisante quant au droit applicable et à son contenu.

224. - Que le demandeur réclame la cessation ou la réparation du dommage, le choix de la juridiction devant laquelle il va intenter une action est effectué en considération de ses propres intérêts, à l'exclusion de ceux de l'auteur du comportement déloyal. Selon la Cour de Justice des Communautés européennes, le for approprié

---

[601] Sur ces questions en matière délictuelle et en matière de contrats conclus par les consommateurs, *supra*, § 132 et suiv.

[602] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 255, spéc. § 340. Selon B. Audit, op. cit., § 327, p.277, son choix sera guidé par des « considérations d'opportunité » tenant à la « proximité de la juridiction, les frais encourus, la confiance dans la justice du pays envisagé, la solution donnée au conflit de lois et la loi applicable ».

s'entend pourtant de la compétence de la juridiction qui permet de garantir le respect de l'effet utile de la règle de compétence générale, et qui respecte le fondement des règles de compétence spéciales contenues dans le *Règlement Bruxelles I*[603]. Le choix individuel du demandeur devrait donc être confronté aux fondements des règles de compétence judiciaire ainsi qu'à la manière dont les juridictions françaises l'accueillent en matière de concurrence déloyale[604]. Dans ce cadre, une approche fondée sur une distinction selon l'objet de la demande (cessation/ réparation) est combinée avec la distinction des catégories de rattachement (pratiques commerciales déloyales/ actes de concurrence déloyale), dans la mesure où la nature du rapport conserve toute son importance lors de l'identification des règles de compétence internationale applicables. Seront donc étudiées successivement la compétence de la juridiction saisie afin d'obtenir la cessation du comportement déloyal ou du dommage en résultant (*Section 1 – La cessation de l'acte ou du dommage*), puis celle de la juridiction saisie en vue de la réparation du dommage subi du fait du comportement déloyal (*Section 2 – La réparation du dommage*)

Section 1 – La cessation de l'acte ou du dommage

Section 2 – La réparation du dommage

[603] Sur ce point, *supra*, §132 et suiv.

[604] En raison de la rareté des décisions rendues en France traitant expressément de la question de la compétence internationale des juridictions saisies par un consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale, les développements qui suivent seront basés sur des hypothèses, ou sur les décisions traitant de la compétence des juridictions françaises saisies en vue de la cessation ou de la réparation d'un dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale.

Section 1 – La cessation de l'acte ou du dommage

225. - La cessation de l'acte ou du dommage qui en résulte vise à faire cesser ses effets pour l'avenir et est effectuée selon des procédés différents selon qu'elle est expressément prévue ou non par la loi du juge saisi. L'action en cessation n'est ouverte qu'aux personnes ou associations auxquelles la *lex fori* confère qualité à agir en justice pour réclamer la cessation d'un fait illicite ou la prévention d'un dommage imminent. Pour se prononcer sur le caractère illicite d'une pratique et en ordonner la cessation, le juge saisi est amené à se prononcer sur le fond du litige. Au contraire, le juge des référés, compétent en France, ne se prononce pas en principe sur le fond et se cantonne à ordonner des mesures provisoires et conservatoires. La saisine d'un juge des référés suppose alors nécessairement qu'un autre juge soit compétent sur le fond, celui-ci pouvant se trouver dans un autre Etat. La cessation du comportement déloyal ou du dommage qui en résulte sera examinée séparément selon qu'il s'agit de faire cesser les effets d'une pratique commerciale déloyale dans les relations de consommation (*§1 – L'action en cessation dans les relations de consommation*), ou de réclamer le prononcé de mesures provisoires et conservatoires dans les relations entre professionnels (*§2 – La saisine du juge des référés dans les relations entre professionnels*).

§1 L'action en cessation dans les relations de consommation

226. - La matière des pratiques commerciales déloyales s'inscrit dans le droit de la consommation[605], dont les règles issues du droit communautaire comportent des dispositions relatives à l'action en cessation d'une pratique illicite (*A – La qualité pour agir*). La règles de compétence applicable dépend ensuite de la qualification de l'action intentée par l'association de consommateurs (*B – Le for de l'action en cessation*).

[605] *Supra*, §22.

A La qualité pour agir

227. - La qualité pour agir des associations de consommateurs - La doctrine a souligné la rareté des procédures contentieuses transfrontalières initiées par des consommateurs[606]. La prévention des dommages pourrait cependant avoir une importance considérable dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, dans la mesure où l'indemnisation des consommateurs aurait un coût trop élevé[607]. La directive n°98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs[608] (ci-après la *Directive sur les actions en cessation*) a été adoptée dans le but de permettre à un organisme ou à une association agrée dans un Etat membre d'agir pour défendre les intérêts collectifs ou particuliers des consommateurs dans un autre Etat membre. L'objectif affiché est de protéger les intérêts collectifs des consommateurs et d'assurer l'effectivité des règles de transposition de certaines directives adoptées dans le domaine de la protection des consommateurs. Les mesures de transposition de la *Directive sur les actions en cessation*[609] doivent garantir l'accès à la justice de ces organismes ou association afin de demander la cessation d'un acte ou comportement illicite au regard des règles de sources communautaire dont la liste figure dans la *Directive sur les actions en cessation*[610]. Les dispositions contenues dans la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* sont visées par les actions en cessation en matière de protection des consommateurs[611]. Les associations représentant les intérêts collectifs des

---

[606] Par exemple, E. JEULAND, « L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation », Droit et patrimoine 2002; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Study JLS/C4/2005/03, spéc. p. 138 et suiv.

[607] Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Armand Colin, Dalloz, 2005, §24, p.15.

[608] Directive n°98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs du 19 mai 1998, *JOCE* 11 juin 1998, n°L166, p.51 ; D. HOFFMANN, « Directive « Actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (Dir. 98/27/CE du 19/5/98 », *European Review of Private Law* 2000, pp.147-154 ; F. FERRAND, « Réflexions croisées sur les actions de groupe. Implications processuelles et substantielles », *Revue Lamy Droit civil* 2006.

[609] En France, l'article L-421-6 du *Code de la consommation*.

[610] Les articles L421-1 du *Code de la consommation* et suiv. sont applicables en France.

[611] Article 16 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.

consommateurs agrées dans un Etat membre devraient par conséquent disposer de la possibilité d'intenter une action en cessation d'une pratique commerciale déloyale dans un autre Etat membre[612].

228. - Le considérant 21 de la *Directive 2005/29/CE* rappelle ensuite le principe selon lequel la *lex fori*, en tant que loi de la procédure, est compétente pour déterminer les personnes ayant qualité pour engager une action contre un professionnel ayant commis une pratique commerciale déloyale[613]. En France, une association de consommateur peut exercer une action civile que si la pratique commerciale en cause constitue une infraction pénale, et qu'elle cause un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs des consommateurs[614]. En vertu de l'article 11, point 2 de ce même texte, les juridictions nationales peuvent « dans les cas où (elles) estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général : a) ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation desdites pratiques, ou b) si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction, même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel.[615] » Une fois identifiées les associations pouvant légalement intenter l'action en cessation d'une pratique commerciale illégale, la détermination du juge devant lequel elle devrait être portée est opérée en vertu des principes dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes.

---

[612] La liste des associations agrées dans les différents Etats membres est disponible ; *Communication de la Commission relative à l'article 4, paragraphe 3 de la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, concernant les entités qualifiées pour intenter une action au titre de l'article 2 de ladite directive*, *JOCE* C39/02 du 16 février 2006.

[613] Considérant 21 de la *Directive 2005/29/CE* : « Les personnes ou organismes considérées, selon la législation nationale, comme ayant un intérêt légitime à agir doivent disposer des voies de recours pour engager une action contre des pratiques commerciales déloyales (…) ».

[614] Article L.421-1 du Code de la consommation ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6ème éd., Précis Dalloz, 2003, spéc. p. 597 et suiv.

[615] L'association de consommateurs peut également demander l'octroi de dommages-intérêts en réparation du dommage causé aux intérêts collectifs des consommateurs.

B Le for de l'action en cessation

229. - La compétence du tribunal du lieu à la pratique commerciale d'est produite ou risque de se produire - Le considérant 6 de la *Directive sur les actions en cessation* précise que le rapprochement des législations nationales en la matière vise à « faire cesser les pratiques illicites (…) abstraction faite du pays où la pratique illicite a produit ses effets ». L'article 2 dispose également que «la présente directive est sans préjudice des règles de droit international privé en ce qui concerne le droit applicable, qui devrait donc normalement être soit le droit de l'Etat membre où l'infraction a son origine, soit celui de l'Etat membre où l'infraction produit ses effets ». L'action en cessation peut donc être intentée par l'association de consommateurs devant la juridiction compétente en vertu des règles de compétence contenues dans le *Règlement Bruxelles I*, et le juge saisi déterminera la loi applicable en vertu des règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II*. La qualification de l'action représente alors un enjeu important, dans la mesure où elle conditionne l'application des règles de compétence spéciales contenues dans le *Règlement Bruxelles I*[616]. Le juge communautaire a tranché cette question, et a retenu que l'action en cessation intentée par une association de consommateurs relevait de la matière délictuelle au sens de l'article 5, point 3[617]. Dans l'affaire *Henkel*[618], l'action en cessation avait été intentée par une association de consommateurs établie en Autriche, contre un professionnel établi en Allemagne et ayant des relations contractuelles avec des consommateurs domiciliés en Autriche. Elle visait à faire sanctionner le professionnel pour manquement aux obligations imposées par la loi autrichienne de transposition de la *Directive sur les clauses abusives*. L'application des règles de compétence spéciales relatives aux contrats conclus par les consommateurs était exclue, dans la mesure où une association de protection des intérêts des consommateurs n'est pas elle-même partie à un contrat conclu entre un professionnel et un particulier, et qu'elle n'a pas la qualité de

[616] Sur ce point, *supra*, §140 et suiv.
[617] La même qualification a été retenue pour une action collective intentée par un syndicat dans l'affaire *DFDS Torline*, CJCE, op. cit.
[618] CJCE, 1er octobre 2002, *Henkel*, aff.C-167/00, Rec.2002, p.I-8111 ; *JDI* 2004, p.903, note F. Leclerc ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p.682, note P. Rémy-Corlay ; *Revue européenne du droit de la consommation* 2004, p. 57, note M. Wilderspin ; *D.* 2002, Jur.p.3200, note H. Kobina Gaba ; *Droit et Patrimoine* 2003, p.103, note D. Mainguy ; *RTDCom* 2003, p. 204, note A. Marmisse.

consommateur au sens de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ou du *Règlement Bruxelles I*[619]. De même, l'action en cessation intentée par une association de protection des consommateurs ne relevait pas de la matière contractuelle au sens de l'article 5-1, dans la mesure où il n'existait aucun rapport contractuel entre l'association et le professionnel en cause[620]. La Cour de Justice des Communautés européennes a donc considéré que les actions préventives d'intérêt collectif correspondent à la définition autonome de la matière délictuelle et sont de nature délictuelle au sens de l'article 5-3 du *Règlement Bruxelles I*[621].

230. - La transposition de la solution en matière de pratiques commerciales déloyales - La solution retenue dans l'arrêt *Henkel* devrait être transposée dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, dès lors que les dispositions de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* établissent une liste de comportements jugés illicites dans les relations précontractuelles entre un professionnel et un consommateur, et qu'une association de consommateurs peut agir au nom de ses membres pour en demander la cessation. Les actions en cessation retenues par les Etats membres en application des articles 11 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* et 5 de la *Directive sur la publicité comparative et la publicité trompeuse* relèvent alors de la matière délictuelle au sens de l'article 5-3 du *Règlement Bruxelles I*. L'action en cessation d'une pratique commerciale déloyale ou d'une publicité déloyale devra donc être intentée devant le tribunal du lieu où elle a été commise. La soumission

---

[619] CJCE, 1er octobre 2002, *Henkel*, op.cit., Pt 32 et 33 ; CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson Lehman Hutton*, aff. C-89/91, Rec.1993, p.I-139.

[620] *Ibid*., pt 38, 39, 40 : « (…) *Que l'action juridictionnelle fasse suite à un contrat déjà conclu entre le commerçant et le consommateur ou que cette action revête un caractère purement préventif en tendant uniquement à éviter la réalisation d'un dommage futur, l'association de protection des consommateurs, qui a pris l'initiative de ladite action, n'est jamais elle-même partie au contrat. Elle agit sur la base d'un droit qui lui a été conféré par la loi aux fins de faire interdire l'utilisation de clauses que le législateur juge illicites dans les relations entre un professionnel et un consommateur final privé.* »

[621] *Ibid*., pts 41 et 42 : « *une telle action répond à tous les critères énoncés par la Cour dans la jurisprudence (...), en ce que, d'une part, elle ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la Convention de Bruxelles et, d'autre part, elle a pour objet d'engager la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de la partie défenderesse, en l'occurrence au titre de l'obligation extracontractuelle incombant au commerçant de s'abstenir, dans ses relations avec les consommateurs, de certains comportements que le législateur réprouve. En effet la notion de « fait dommageable » visée à l'article 5, point 3, de la Convention de Bruxelles, revêt une large portée (...), de sorte que, s'agissant de la protection des consommateurs, elle recouvre non seulement les situations dans lesquelles un particulier a subi un préjudice à titre individuel, mais aussi, notamment, les atteintes à l'ordre juridique résultant de l'utilisation de clauses abusives que des associations telles que le VKI ont pour mission d'empêcher* ».

des actions collectives intentées par une association de consommateurs en vue d'obtenir la cessation d'une pratique commerciale déloyale au for du délit est particulièrement opportune dans ce domaine. Le consommateur agissant seul ne pourrait agir que devant la juridiction de son propre domicile ou dans l'Etat dans lequel le professionnel auteur de la pratique commerciale déloyale est établi[622]. La mise en œuvre de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* permet d'étendre le choix des juridictions devant lesquelles la cessation du comportement peut être réclamée[623]. Les intérêts des consommateurs sont ainsi davantage préservés, dans la mesure où l'action en cessation peut être intentée « non pas devant le tribunal qui leur est le plus proche géographiquement mais devant celui qui est le mieux placé intellectuellement pour statuer sur l'action en cessation[624]».

231. - En vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, une association réclamant la cessation d'une pratique commerciale déloyale portant atteinte aux intérêts collectifs de ses membres n'agit donc pas dans le pays dans lequel les consommateurs résident, mais au lieu où cette pratique a été commise au sens de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*. Lorsque l'action en cessation est intentée par une association défendant les intérêts collectifs des consommateurs, l'application des dispositions protectrices en matière de contrats conclus par les consommateurs n'est pas requise. Dès lors que le demandeur n'est pas supposé en situation de faiblesse, la compétence du juge du lieu où la pratique commerciale déloyale a été commise devrait suffire pour assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts du professionnel auteur de la pratique commerciale déloyale et des consommateurs représentés par l'association.

---

[622] En vertu des articles 15 et 16 du *Règlement Bruxelles I*.

[623] Le juge communautaire s'était fondé sur des considérations similaires dans l'arrêt *Henkel* (op. cit.) en déclarant dans le point 43 que « *seule cette interprétation est en harmonie avec la finalité de l'article 7 de la Directive 93/13. Ainsi l'efficacité des actions en cessation de l'utilisation de clauses illicites prévues par ladite disposition serait considérablement affectée si ces actions ne pouvaient être intentées que dans l'Etat où le commerçant est domicilié* ».

[624] C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.508-521, spéc. p.518.

§2 La saisine du juge des référés dans les relations entre professionnels

232. - En France, le mécanisme des référés permet au professionnel de réclamer la prévention d'un dommage non encore réalisé ou des mesures visant à la cessation d'un comportement identifié comme illicite[625]. Le juge des référés prononce des mesures provisoires, qui tendent, en vertu des articles 809 ou 873 du *Code de Procédure civile*, à « prévenir un dommage imminent ou à faire cesser un trouble manifestement illicite »[626]. Il assure alors en principe un traitement provisoire du litige, dans l'attente d'un jugement au principal définitif[627]. Dans un litige de concurrence déloyale présentant des éléments d'extranéité, la saisine du juge français en vue du prononcé de mesures provisoires alors qu'un juge d'un autre Etat membre est compétent au fond est conditionnée par le respect des conditions posées par le juge communautaire (*B – Le for du règlement du provisoire*). Si la question des mesures provisoires en droit international privé est classique[628], il convient néanmoins de la rappeler dans la mesure où le règlement du provisoire présente en pratique une importance certaine en matière d'actes de concurrence déloyale (*A – L'importance pratique du règlement du provisoire*).

---

[625] Contrairement à d'autres pays, comme par exemple au Luxembourg ou en Belgique, le professionnel agissant en France ne dispose d'aucune action en cessation en tant que telle.

[626] Le référé-concurrence admis par l'article *L. 442-6 du Code de commerce* est également ouvert en matière d'actes de concurrence déloyale ou parasitaire. Le référé prévu à l'article L716-6 du *Code de la Propriété intellectuelle* n'est pas applicable en matière de concurrence déloyale : Cass., com., 3 décembre 2002, pourvoi n°99-21888, *Bull.* IV, n°189, p.215 : « L'article L716-6 du Code de la Propriété intellectuelle, qui déroge aux règles de droit commun applicables en matière de référé, ne concerne que les actions en contrefaçon de marques introduites selon les règles particulières et ne saurait être appliqué à des actes de concurrence déloyale, fussent-ils connexes à des actes de contrefaçon ».

[627] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ-FABRI, L. SINOPOLI et J.-M. SOREL, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2003, p.868.

[628] Sur cette question, notamment, M. FALLON, « Le référé international en matière civile et commerciale », Revue de droit de l'ULB, 1993, pp.43-94 ; V. DELAPORTE, « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1987-1988, pp.147-170 ; P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, pp.397-437 ; A. MARMISSE et M. WILDERSPIN, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *RCDIP* 1999, pp.669-683.

A L'importance pratique du règlement du provisoire

233. - Les mesures prononcées par le juge des référés en matière de concurrence déloyale - La saisine du juge des référés est très fréquente en matière de concurrence déloyale ou parasitaire, l'objectif de cette procédure provisoire étant d'éviter que l'acte de concurrence déloyale commis ne produise des conséquences dommageables irréversibles[629]. Dans les litiges présentant des éléments d'extranéité, les mesures provisoires reçoivent une qualification procédurale ; la loi du juge saisi détermine par conséquent le type de mesures que le demandeur peut réclamer dans cet Etat[630]. En France, le juge des référés dispose d'un large choix de mesures visant à faire cesser un trouble manifestement illicite résultant d'un acte de concurrence déloyale ou parasitaire : ainsi, par exemple, de la destruction des produits générateurs de confusion ou imitants[631], de mesures d'interdiction de la commercialisation de produits sous le conditionnement fautif[632], de mesures d'instruction *in futurum* visant à conserver ou établir la preuve du comportement déloyal[633], de la cessation de l'exploitation de serveurs télématiques litigieux[634], de l'interdiction de propos agressifs, désobligeants ou dénigrants sur un site internet[635], ou enfin de la suppression pure et simple du site internet[636]. La pratique montre que ce mode rapide tend à être de plus en plus utilisé[637] sans saisir par la suite le juge compétent au fond pour trancher le litige[638].

---

[629] Y. SERRA, *Verbo* Concurrence déloyale, op. cit., §204.
[630] Article 31 du *Règlement Bruxelles I*.
[631] Cass., com., 16 mai 2000, *Werner et Mertz France c/ Phytotech*, LawLex 200200784JBJ, cité par L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, LawLex, Paris, 2005-2006, n°49, p.60.
[632] Cass., com., 17 mars 2004, pourvoi n°02-13242.
[633] Cass., 1ère civ., 22 février 2005, *Sté Auchan France c/ Fédérations des unions commerciales*, *RJDA* 7/05, n°910, p.780 ; *Revue Lamy de la concurrence* 2005, n°233, p.89.
[634] Cass., com., 28 septembre 2004, pourvoi n°00-21982.
[635] Tribunal de Commerce de Paris, Ordonnance de référé, 9 novembre 2000, *Tegam International c/ Sun 7, SARL Secusys* ; TGI Toulouse, Ordonnance de référé, 5 juin 2002, *Association Domexpo c/ SARL NFrance Conseil, Monsieur S* ; TGI Béziers, Ordonnance de référé, 05 août 2003, *Novartis Pharma c/ Francine F.*, disponibles sur le site <www.legalis.net>.
[636] TGI Mâcon, Ordonnance de référé, 24 avril 2001, *Louis S. c/ Serge-René Q., Bruno P.*, disponible sur le site <www.legalis.net>.
[637] Cette idée a été exprimée très tôt, notamment par P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTDcom* 1948, pp.541-591, spéc. p.571. Voir également C. GIVERDON, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », op. cit., spéc. p.862,

234. - Le règlement provisoire du litige revêt par conséquent une importance particulière pour les professionnels, qui pourraient subir des dommages économiques irréversibles, notamment avec le développement de l'Internet. De manière générale, la jurisprudence répond assez favorablement aux demandes de mesures provisoires et conservatoires formées par un professionnel prétendant qu'un acte de concurrence déloyale est susceptible de lui causer un dommage de manière imminente[639]. Le recours fréquent au juge des référés dans le domaine de la concurrence déloyale contraste cependant avec le faible nombre de décisions[640] rendues dans le cadre d'un litige de concurrence déloyale présentant des éléments d'extranéité[641].

B Le for du règlement du provisoire

235. - L'articulation des articles 31 et 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* - Le règlement du provisoire est en principe distingué du règlement définitif du litige au fond en ce qui concerne le choix du juge compétent[642]. L'article 31 du *Règlement Bruxelles I* dispose que « les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond ». Cette disposition n'a pas été conçue comme visant à exclure l'intervention de la ou les juridiction(s) compétente(s) en vertu des articles 2 ou 5, point 3. La compétence du juge du provisoire n'évince pas en principe la compétence du juge

---

qui considère que la demande de cessation du comportement déloyal est alors justifiée par « *le fondement purement économique de l'action* » ; également, J. AMIEL-DONAT, *Verbo Référé Commercial*, Répertoire Dalloz Droit commercial, 1994, spéc. §69 et suiv.

[638] D. FASQUELLE, « Concurrence déloyale : amendes civiles ou dommages-intérêts punitifs », *Gaz. Pal.* 9 et 10 décembre 2001, p.1681.

[639] Y. SERRA, *Verbo* Concurrence déloyale, op. cit., §202 et suiv. et les décisions citées.

[640] De manière générale, B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., spéc. p. 288 et suiv., qui constatent que l'article 31 du *Règlement Bruxelles I* est très rarement appliqué au sein du territoire communautaire.

[641] CA Paris, 14e ch.B, 15 juin 2001, n°2001/04387 ; CA Colmar, 9 juillet 2002, n°02/02114 ; CA Pau, 27 mai 2003, n°01-01343, disponible sur le site <www.legifrance.gouv.fr>;

[642] Sur cette distinction, P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, pp.397-437.

saisi du litige au fond[643]. Il existe cependant un risque que la compétence visée à l'article 31 du *Règlement Bruxelles I* ne soit utilisée pour contourner la compétence des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur. Cette situation pourrait être envisageable dans le domaine de la concurrence déloyale, dans la mesure où, parfois, aucun juge du fond n'est saisi en France après le prononcé de mesures provisoires par le juge des référés. Depuis l'adoption du *Règlement Rome II*, il pourrait également exister un risque de confusion entre les mesures pouvant être prononcées par le juge compétent au fond sur le fondement des règles de compétence judiciaires, et celles prononcées par le juge du provisoire compétent en vertu de l'article 31 du *Règlement Bruxelles I*. L'article 15, d) du *Règlement Rome II* précise en effet que la loi désignée par la règle de conflit de lois régit, « dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'Etat dont il relève, les mesures que ce tribunal peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation ». Or, en encadrant strictement la définition des mesures visées dans l'article 31 du *Règlement Bruxelles I*, le juge communautaire a pourtant souhaité éviter que le demandeur ne fasse pas échec à la compétence de la ou des juridictions saisies du litige au fond en vertu des articles 2 ou 5, point 3.

236. - L'étendue de la compétence du juge des référés saisi sur le fondement de l'article 31 du *Règlement Bruxelles I* - Contrairement au juge saisi d'une action en cessation, le juge des référés ne se prononce pas en France sur le caractère déloyal du comportement susceptible de causer un dommage au demandeur pour prononcer des mesures visant à en assurer la prévention. L'action en cessation ou une action préventive n'étant pas admise en tant que telle en droit français, le juge des référés devra être saisi si l'on souhaite obtenir rapidement des mesures provisoires afin de prévenir les dommages éventuels résultant de l'acte de concurrence déloyale. La saisine concomitante ou ultérieure d'un juge compétent au fond est donc en principe nécessaire pour déterminer la responsabilité de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale reproché; la compétence du juge saisi en France sur le fondement de l'article 31 du *Règlement Bruxelles I* ne devrait donc pas nécessairement être interprétée de manière restrictive.

---

[643] J.-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », op. cit., spéc.p.1049.

237. - Pourtant, en application des principes dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes, le juge des référés doit s'assurer que les mesures provisoires et conservatoires prévues par la *lex fori* entrent dans le champ d'application de la définition autonome de la notion. Dans les litiges internationaux de concurrence déloyale, seules les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la *lex fori* et « qui ont pour objet de maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée aux juges du fond[644] » peuvent être prononcées par le juge du provisoire. Il devrait également s'assurer que sa saisine n'est pas destinée à exclure les autres règles de compétence juridictionnelle régissant la compétence du juge du fond. La Cour de Justice des Communautés européennes a en effet jugé que le demandeur ne peut réclamer des mesures provisoires ou conservatoires devant une juridiction que s'il existe « un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi. [645]» Ce lien existe en principe à chaque fois que le juge saisi en vertu de l'article 31 du *Règlement Bruxelles I* est le juge du lieu d'exécution de la mesure. Le juge du provisoire est donc par exemple celui du pays dans lequel seront saisis des produits imitant servilement ceux d'un concurrent.

238. - En principe, le juge des référés du lieu d'exécution de la mesure ne peut également prononcer que des mesures prévues par la *lex fori* et qui devront être exécutées sur le territoire français. Les mesures peuvent être ordonnées en France pour prévenir un dommage imminent résultant d'un acte de concurrence déloyale dont les effets sont susceptibles de se produire sur le territoire français. Ainsi, par exemple d'une société de droit français ayant assigné devant un juge des référés français une société de droit anglais en vue d'obtenir la fermeture du site internet de cette dernière. Celui-ci reproduisait à l'identique une marque déposée, et utilisée par la société française pour commercialiser ses produits, comme dénomination de son site assurant la promotion d'un produit concurrent. Le juge des référés a ordonné la fermeture du site en considérant qu'il permettait à la société anglaise souhaitant s'implanter sur le marché

---

[644] CJCE, *Reichert II*, op. cit..
[645] CJCE, *Van Uden*, 17 novembre 1998, aff. 391/95, Rec. p.I-7091 ; *Rev.crit. DIP* 1999, p.340, note J. Normand ; *JDI* 1999, p.613, note A. Huet ; *Rev. arb*. 1999, p.143, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTDCom* 2000, p.340, note J.-Cl. Dubbary et E. Loquin ; *D*. 2000, p.378, note G. Cuniberti.

français de détourner la clientèle de la société française par un procédé illicite[646]. D'autres juridictions respectent cette approche territoriale dans le cadre d'une véritable action en cessation, comme par exemple la Cour d'appel de Luxembourg dans un arrêt rendu le 06 février 2002[647]. Une société de droit belge reprochait à une société de droit luxembourgeois d'utiliser la même dénomination sociale, et avait saisi le juge luxembourgeois d'une action en cessation prévue par la loi luxembourgeoise. La compétence de cette dernière avait été contestée au motif que la dénomination sociale était soumise et protégée par la loi belge sur les sociétés. La Cour d'appel a cependant affirmé que « c'est au lieu où l'acte a été commis qu'est née l'obligation de cesser cet acte et que c'est devant le juge de ce lieu que l'action en cessation peut être poursuivie », et que « le juge, saisi par la demande de la société luxembourgeoise sur base des articles 16 et 17 (f) de la loi sur la concurrence déloyale, peut seulement ordonner l'interdiction d'un acte de concurrence déloyale qui est ou qui risque d'être posé sur le territoire luxembourgeois, ce qui fait que sa décision reste sans incidence sur la dénomination sociale de l'intimée et sur l'usage qu'elle en fait en Belgique ».

239. - L'étendue de la compétence du juge du fond au regard de la prévention et de la cessation du dommage - Le juge compétent au fond en vertu des articles 2 ou 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* peut prononcer des mesures visant à la prévention et à la cessation du dommage prévues par la loi désignée par la règle de conflit de lois[648]. On pourrait alors craindre que le juge ne prononce à l'égard d'un acte de concurrence déloyale commis en France des mesures prévues par la loi étrangère mais qui ne connaîtraient pas d'équivalent en droit français. Cette situation semble cependant devoir être écartée, dans la mesure où l'article 15 du *Règlement Rome II* précise que les mesures doivent être prononcées par le juge compétent au fond « dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'Etat dont il relève ». Le juge saisi au fond ne peut donc prononcer que des mesures visant à prévenir le dommage qui sont prévues par la *lex fori* ou qui sont équivalentes à celles-ci. La condition de l'existence d'un lien de rattachement étroit avec l'objet de la mesure sollicitée n'est cependant pas exigée comme pour le juge des référés. Il peut donc en théorie être saisi

---

[646] CA Colmar, 9 juillet 2002, n°02/02114, disponible sur le site <www.legifrance.gouv.fr>.
[647] Cour d'appel Luxembourg, 06 février 2002, n° 25937.
[648] Article 15, point d) du *Règlement Rome II*.

d'une demande visant à prévenir la réalisation d'un dommage dans un autre Etat. Les juridictions françaises se sont par exemple estimées compétentes lorsque l'acte de concurrence déloyale commis sur l'Internet risquait de causer un dommage sur le territoire français. Elles ont retenu leur compétence dès lors qu'un tel comportement était susceptible d'avoir « un impact économique sur le public français » du fait de l'accessibilité en France du site étranger vecteur du comportement déloyal, et alors même que le public français n'était pas particulièrement visé[649]. Par exemple, la Cour d'Appel de Colmar, dans un arrêt rendu en 2002[650], a confirmé la compétence des juridictions françaises saisies par une société de droit français réclamant la condamnation d'une société anglaise à supprimer son site web sous astreinte et au paiement d'une provision à valoir sur la réparation de son préjudice[651]. La Cour de Cassation a confirmé cette approche dans une autre affaire le 20 mars 2007[652], dans lequel la Chambre commerciale a considéré que les juridictions françaises étaient compétentes lorsqu'il existait un risque de préjudice sur le territoire français, alors même que le site litigieux était rédigé en langue étrangère et non en langue française.

240. - Conclusion de la Section 1 – La cessation de l'acte ou du dommage - Dans les relations de consommation, l'action en cessation de la pratique commerciale déloyale commise par un professionnel est ouverte aux associations de consommateurs agrées dans un Etat membre de l'Union européenne. Le choix de la juridiction est donc opéré au nom des consommateurs dont les intérêts ont été affectés et représentés par cette entité. L'action en cessation impliquant une appréciation du caractère illicite de la

---

[649] Par exemple, TGI Paris, 16 mai 2008, disponible sur le site <www.legalis.net>.
[650] CA Colmar, 9 juillet 2002, n°02/02114, disponible sur le site <www.legifrance.gouv.fr>.
[651] *Ibid*: la société française reprochait à la société anglaise un acte de concurrence déloyale consistant en la reproduction à l'identique d'une marque déposée servant à commercialiser un produit comme dénomination d'un site internet assurant la promotion de produits concurrents et le renvoi des internautes vers le site de la société anglaise, avec une volonté de s'implanter sur le marché français par le biais d'internet.
[652] Cass., com., 20 mars 2007, n°04-19679; *JCP G* 2007.II.10088, note M.-E. ANCEL: « *Constatant la représentation sur le site internet incriminé d'un modèle de chaussures dont il était prétendu qu'il caractérisait une concurrence déloyale envers le plaignant, la cour d'appel a exactement retenu sa compétence dès lors que les faits allégués de commercialisation de ces produits sur le territoire national seraient susceptibles de causer un préjudice.* » ; Contra : voir CA Paris, 26 avril 2006, disponible sur le site <www.legalis.net> : incompétence des juridictions françaises dès lors que le site litigieux est rédigé exclusivement en anglais et n'offre aucune prestation ou service aux consommateurs français.

pratique commerciale en cause, il y a peu de chances qu'un autre juge soit saisi par la suite. Dans les relations entre professionnels, l'opérateur lésé par un acte de concurrence déloyale ne pourra agir devant le juge des référés français que pour réclamer le prononcé de mesures devant être exécutées en France pour prévenir le dommage imminent. Il devra alors saisir un autre juge, qui peut être dans le même Etat ou dans un Etat différent, pour obtenir la réparation du préjudice résultant du comportement déloyal qu'il a subi.

Section 2 – La réparation du dommage

241. - Le demandeur lésé par un acte de concurrence déloyale bénéficie d'une option de compétence dans le champ d'application des articles 2 et 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*[653]. En principe, le consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale dispose également d'une option dans le cadre des règles de compétence applicables en matière de contrats conclus par les consommateurs lorsque les conditions exigées dans l'article 15 du *Règlement Bruxelles I* sont remplies[654]. Alors que l'exercice de l'option de compétence devrait être encadré afin d'éviter la multiplication des fors compétents et le *forum actoris* dans les relations entre professionnels, le consommateur décide seul du choix de la juridiction. Si le nombre de décisions rendues par des juridictions françaises sur des questions de compétence juridictionnelle internationale permet de caractériser leur attitude lorsque leur compétence pour connaître de la réparation du préjudice subi du fait d'un acte de concurrence déloyale est contestée (*§1 L'acceptation large de la compétence dans les relations entre professionnels*), il ne le permet pas dans le cadre des relations entre professionnels et consommateurs. La pertinence de la transposition de l'interprétation des règles de compétence juridictionnelle par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des loteries publicitaires à l'ensemble des pratiques commerciales déloyales devrait alors être examinée (*§2 – La qualification de l'action intentée par un consommateur*).

[653] Sur cette question, *supra*, § 132 et suiv.
[654] Sur cette question, *supra*, § 140 et suiv.

§1 L'acceptation large de la compétence dans les relations entre professionnels

242. - La demande de réparation du préjudice subi par le professionnel lésé du fait d'un acte de concurrence déloyale peut être fondée soit sur les articles 2 ou 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* lorsque le litige est intégré à la Communauté, soit, dans le cas contraire, sur les articles 42 ou 46 du *Code de procédure civile*[655]. Il convient dans un premier temps de rappeler ce dont le professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale peut avoir connaissance, au-delà des considérations de bonne administration de la justice, pour opérer une comparaison[656] (*A – Les attentes du professionnel lésé*). Quelques décisions rendues par les juridictions françaises seront ensuite examinées pour caractériser leur réaction face au comportement du demandeur (*B – La réaction des juridictions françaises*).

A Les attentes du professionnel lésé

243. - Pour exercer son choix entre la compétence des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur, du tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou, le cas échéant, du tribunal du lieu de l'évènement causal ou le tribunal du lieu de réalisation du dommage, le professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale peut en théorie tenter d'anticiper ses chances de succès du point de vue de la réparation réclamée. Le cas échéant, il se livrera à une comparaison des méthodes de réparation des dommages résultant d'un acte de concurrence déloyale existantes dans les droits matériels en conflit. Lorsque la loi française est applicable, ses anticipations peuvent porter par exemple sur le type de réparation espérée. L'action en concurrence déloyale fondée sur l'article 1382 du Code civil lui permet en effet de réclamer à la fois la

[655] Les principes issus de l'interprétation de l'article 5, point 3 de la *Convention de Bruxelles du 17 septembre 1968* ou du *Règlement Bruxelles I* sont applicables à tous les délits, et exercent une influence sur l'application de l'article 46 du *Code de procédure civile*.

[656] Il ne s'agit pas ici de procéder à une étude de droit comparé exhaustive, mais plutôt de rappeler les principes gouvernant la réparation du dommage en droit matériel français afin de savoir ce que le demandeur peut anticiper.

réparation du préjudice subi par des dommages-intérêts, une injonction de cesser le comportement déloyal, ou la publication du jugement de condamnation[657].

244. - L'anticipation de la nature des dommages réparables - Le demandeur peut prendre connaissance des modalités de réparation des dommages subis du fait d'un acte de concurrence déloyale en France par la consultation de la jurisprudence. Le principe de la liberté de la concurrence postule qu'un dommage résultant du fonctionnement normal de la compétition économique n'ouvre pas droit à réparation[658]. Ce dommage est en effet inhérent à l'activité économique, et est essentiel pour préserver la libre concurrence[659]. L'action n'aura pour objet la réparation du dommage que s'il s'est déjà réalisé et qu'il dépasse le dommage normalement acceptable. Dans le cadre de l'action en concurrence déloyale, la jurisprudence française admet la réparation pécuniaire du dommage moral et celle du dommage matériel. Le préjudice matériel ou patrimonial consiste alors en un détournement abusif de la clientèle du lésé, une usurpation de la valeur économique, une dépréciation d'un signe distinctif, une diminution de son chiffre d'affaires, un perte d'un avantage concurrentiel, ou encore une perte d'un avantage de développement[660]. La doctrine française les résume en deux catégories : « les atteintes à des éléments attractifs de clientèle, et les atteintes à la capacité de concurrence de la victime des agissements déloyaux [661]». Mais le concurrent ou le professionnel victime d'un acte de concurrence déloyale ou parasitaire peut également subir un préjudice moral[662], caractérisé par une atteinte à son image de marque, à sa réputation, ou à son enseigne. La notion de trouble commercial est alors souvent utilisée à la place de celle de préjudice moral[663].

245. - La réparation intégrale du préjudice - Il semble en revanche plus difficile d'anticiper le montant des dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués en France.

---

[657] *Supra*, § 152 et suiv.
[658] Cass., com., 11 février 1980, n°78-12.626, *Bull. civ*., IV, n°66.
[659] J. FLOUR, J.-L . AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations : 2. Le fait juridique*, 11ème éd., Armand Colin, Paris, 2005, p.78, §81.
[660] Pour une illustration de la multiplicité du dommage concurrentiel, voir par exemple CA Paris, 13 mai 2005, n°03/12092, *D.* 2005, Pan., p.2464, obs. Y. Auguet.
[661] Y. SERRA, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », op. cit.
[662] Cass., com., 6 janvier 1987, n°85-14.434, D. 1988, Somm., p.211, obs. Y. Serra.
[663] CA Paris, 11 septembre 2000, *RJDA* 2001, n°5, p.645 ; CA Versailles, 12ème Ch., 15 février 2001, *PIBD* 2001, III, p.516.

Le principe de la réparation intégrale du préjudice est consacré en droit français[664]. L'équivalence entre la réparation et le montant du dommage subi par le professionnel lésé permet d'assurer la compensation du préjudice subi, et non la punition de l'auteur en fonction de la gravité de la faute. Le demandeur ne peut donc pas espérer voir l'auteur du comportement déloyal condamné en France à payer des dommages-intérêts punitifs[665]. La volonté du lésé d'obtenir le prononcé de ce type de dommages-intérêts ne peut par ailleurs être réalisée dans aucun pays sur le territoire communautaire. Le considérant 32 du *Règlement Rome II* précise en effet que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'Etat membre de la juridiction saisie ». Le juge français détermine ensuite le montant des dommages-intérêts à allouer au professionnel lésé de manière pragmatique, en fonction des circonstances de fait[666]. Or le dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale est difficile à quantifier précisément[667], car les juges du fond ne disposent souvent pas des éléments de fait nécessaires pour évaluer le détournement de clientèle, ou l'incidence du comportement déloyal sur le chiffre d'affaires[668]. Alors que le préjudice moral sera le plus souvent évalué de manière forfaitaire, les pertes financières seront davantage évaluées *in concreto*.

---

[664] Cass., 2ème civ., 23 janvier 2003, *JCP* 2003.II.10110, note J.-F. Barbieri.

[665] La question de l'octroi de dommages-intérêts punitifs en matière de concurrence déloyale a souvent été abordée à plusieurs reprises en doctrine ; par exemple, FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », op. cit. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., 1995, t. 250, n°43 et suiv ; FASQUELLE Daniel, « Concurrence déloyale : amendes civiles ou dommages-intérêts punitifs », op. cit., p. 1681.

[666] Dans certains Etats, les dispositions légales précisent les critères de calcul : par exemple dans les pays baltes, V. MIZARAS, "Unfair Competition Law in the Baltic States", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward de New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp. 249-257.

[667] Pour une analyse statistique du dommage et du détournement de clientèle en matière de concurrence déloyale, C. ALEXANDRE-CASELLI, « La concurrence déloyale et l'effacement de la clientèle », dans *Concurrence et clientèle. Approche juridique du marché*, sous la dir. de Y. Chaput, CREDA, Litec, Paris, 2000, pp.109-139.

[668] Voir, notamment, les interventions de M. Toporkoff et A. Ronzano, dans *Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs »*, table ronde animée par J. Azéma, disponible sur <www.creda.ccip.fr>: « il est très difficile de réunir des éléments sérieux d'appréciation du préjudice, mais ce n'est pas impossible. (…) Dans 9 décisions sur 10, il n'existe pas de lien perceptible entre l'indemnité accordée et le préjudice subi et, à plus forte raison, entre cette indemnité et la faute sanctionnée. Dans 3 décisions sur 4, le juge ne fournit même aucune indication chiffrée du préjudice. L'indemnité accordée prend alors un caractère « forfaitaire ». (…) Le juge ne fournit des indications chiffrées que dans 1 décision sur 4. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il y expose dans le détail le mode de calcul suivi pour établir le montant de l'indemnité ».

246. - Il est difficile d'affirmer au regard de ce qui précède que le choix d'une juridiction française par le demandeur affecté par un acte de concurrence déloyale soit entièrement guidé en pratique par des considérations matérielles. Sauf pour le lésé à avoir une connaissance très approfondie des pratiques de chaque juridiction quant à la nature et au montant des dommages-intérêts alloués pour compenser le préjudice causé par un acte de concurrence déloyale, le choix d'une juridiction française pour porter une action en concurrence déloyale ne peut être le résultat d'un *forum shopping* excessif.

B La réaction des juridictions françaises

247. - Lorsqu'il est incité à vérifier sa compétence dans le cadre d'une action en concurrence déloyale, le juge français met en œuvre les principes dégagés par le juge communautaire[669]. Pour interpréter l'article 5, point 3 de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ou du *Règlement Bruxelles I* dans les cas de délits complexes, le juge communautaire procède toujours à une détermination au cas par cas du lieu de survenance du dommage en fonction des circonstances de la cause portée devant lui[670]. Si cette approche est respectée par les juridictions françaises lorsque le dommage résulte d'un acte de concurrence déloyale étranger aux réseaux (*a) Le rattachement des cas classiques de concurrence déloyale*), elle se rapproche cependant davantage d'une règle générale lorsqu'il est consécutif à un acte de concurrence déloyale commis sur l'Internet (*b) Le rattachement des actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet*).

a) Le rattachement des cas classiques de concurrence déloyale

[669] *Supra*, § 133 et suiv.
[670] *Supra*, § 137 et suiv.

248. - La distinction traditionnellement opérée entre les actes de concurrence déloyale entièrement localisés en France (*1. Le délit simple de concurrence déloyale*) et ceux dont les éléments sont dissociés et se réalisent dans plusieurs Etats (*2. Le délit complexe de concurrence déloyale*) sera respectée ici[671].

1. Le délit simple de concurrence déloyale

249. - L'acte de concurrence déloyale réalisé en France - Lorsque l'acte de concurrence déloyale se réalise et produit ses effets dans un seul Etat, sa localisation aux fins de la compétence internationale est aisée. Les juridictions françaises seront compétentes si le défendeur réside en France[672] ou si l'acte de concurrence déloyale a été commis en France[673]. Dans ce cas, le dommage est également réputé subi en France dès lors que la compétence du juge du lieu dans lequel les conséquences indirectes de ce dommage sont subies est exclue en vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes[674]. Une société ayant perdu des clients dans un Etat membre A à la suite d'un acte de concurrence déloyale commis dans ce pays ne peut donc saisir le juge de l'Etat membre B dans lequel elle est établie. Elle devrait agir soit devant les juridictions de l'Etat dans lequel est domicilié l'auteur de l'acte de concurrence déloyale, soit devant le juge de l'Etat A pour obtenir réparation du dommage résultant de la perte de chiffre d'affaires ou de l'atteinte à sa réputation dans cet Etat A.

250. - Certaines décisions se sont prononcées sur l'identification précise du lieu où le dommage est subi dans le domaine des obligations non contractuelles résultant d'un comportement déloyal. La Cour de Cassation a par exemple rejeté en 1993 un pourvoi formé par une société italienne (A) condamnée devant les juridictions du fond à payer à une société française (B) des dommages-intérêts à la suite d'une action en concurrence

---

[671] Sur la distinction opérée en matière d'actes de concurrence déloyale dans le domaine du conflit de lois, *infra*, § 337 et suiv.
[672] En vertu des articles 2 du *Règlement Bruxelles I* ou 42 du *Code de procédure civile*.
[673] En vertu des articles 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ou 46 du *Code de procédure civile*.
[674] *Supra*, § 138

déloyale. La société B commercialisait en France des produits chirurgicaux et avait constaté dans un salon tenu à Paris que la société italienne exposait des copies serviles de son produit. Elle l'avait assignée devant le Tribunal de commerce de Paris, qui s'était estimé compétent. La société A avait soulevé une exception d'incompétence fondée sur l'article 5, point 3 de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*. Elle considérait que les produits argués de copie servile étaient simplement exposés et non vendus en France, qu'ils étaient conçus et fabriqués en Italie, et que le fait dommageable était donc entièrement localisé en Italie. La Cour de Cassation n'a pas accueilli l'argumentation, et a confirmé la position de la Cour d'appel ayant considéré que « l'exposition de la lame-agrafe litigieuse, à Paris (…) en vue de promouvoir sa vente en France constituait le lieu de réalisation du préjudice subi en France justifiant la compétence du Tribunal de commerce de Paris[675]». Ainsi, encore, du Tribunal de grande instance de Nanterre, chargé d'appliquer l'article 46 du *Nouveau Code de Procédure civile*, qui a considéré en 2001[676] que «même en l'absence d'exploitation du site litigieux, le dommage éprouvé par la société SFR résulte de l'atteinte à ses droits privatifs sur ses marques ; le préjudice existant de ce fait est subi dans le patrimoine de la société, et donc à son siège social ». La Cour d'appel de Grenoble a suivi la même approche en 2005[677] ; chargée de connaître d'allégations mensongères et de dénigrement entre deux sociétés concurrentes, elle a considéré que c'était « l'envoi de ces courriers aux clients qui (était) invoqué comme constitutif du fait dommageable à l'origine d'un préjudice pour la société MIP ALPES SOFTIMM, peu importe que lesdits clients n'aient quant à eux subi aucun préjudice du fait de ces courriers ; qu'en outre, le dommage que la société MIP ALPES SOFTIMM prétend(ait) avoir subi n'a(vait) pu l'être qu'au lieu de son siège social dans le ressort du Tribunal de commerce de Grenoble ».

251. - Ces décisions ont été rendues avant que la Cour de Justice des Communautés européennes n'impose une interprétation stricte de la notion de lieu où le dommage s'est produit[678]. Elles tendent cependant à respecter ce principe, en appréciant

---

[675] Cass., com., 9 février 1993, n°91-10885.
[676] TGI Nanterre, Ordonnance de référé du 8 janvier 2001, *SFR c/ ETE*, disponible sur le site <www.legalis.net>.
[677] CA Grenoble, 12 octobre 2005, disponible sur <www.legifrance.fr>.
[678] D'autres juridictions ont suivi la même approche ; par exemple, Corte di Cassazione, 20 avril 1995, *Alfred Dunhill Ltd*, dans lequel la compétence du juge italien a été reconnue du fait que le dommage

le lieu de réalisation du dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale au cas par cas, sans nécessairement l'assimiler au lieu où le professionnel lésé est établi[679]. Le dommage n'est localisé au lieu du siège social du lésé, centre de son patrimoine, que parce que l'acte de concurrence déloyale en dont il est question a causé une atteinte à la réputation du lésé ou une perte de clientèle dans ce pays.

2. Le délit complexe de concurrence déloyale

252. - Le respect de l'interprétation stricte de la règle de compétence spéciale - Les décisions fondant la compétence des juridictions françaises sur la survenance du fait générateur de concurrence déloyale en France alors que le dommage se réaliserait dans un autre Etat sont rares[680]. Leur compétence est généralement appréciée au regard de la réalisation en France du dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale. Le juge communautaire refuse l'assimilation systématique du lieu de survenance du préjudice patrimonial au lieu du domicile de la personne lésée[681] ou au lieu où serait localisé le centre de son patrimoine[682]. La position communautaire vise à éviter au maximum de permettre au demandeur de pouvoir agir dans son propre for.

---

résultant du discrédit de la renommée commerciale d'une société avait été subi dans son patrimoine, c'est-à-dire au lieu de son siège social.

[679] Cette approche semble également respectée dans certains autres Etats membres ; par exemple, Oberster Gerichtshof, 06 juillet 2004, 4 Ob 146/04f : il a été exclu que le dommage résultant d'affirmations diffamatoires contenues dans un fax transfrontalier et pouvant nuire au crédit d'une entreprise soit réalisé dans le cas d'espèce au lieu de son siège social.

[680] Par exemple, CA Versailles, 9 octobre 2003, *Microsoft France c/ Synx Relief et autres*, disponible sur le site <www.legalis.net>: Deux particuliers réclamaient réparation du préjudice subi du fait de contrefaçon et de parasitisme de la part d'une société canadienne du logiciel qu'ils avaient crée. Appelée à statuer sur la compétence, la Cour a jugé que *« le préjudice subi par Raymond P. et Isabelle C. résulte du parasitisme qui s'est précisément produit en France puisque les efforts d'analyse, de conception et de réalisation de Character y ont été déployés sur un produit crée dans ce pays, et, de surcroît, déposé à l'Agence de Protection des Programmes ; qu'il suit de là que le juge français est compétent pour indemniser la totalité du préjudice subi par Raymond P. et Isabelle C., y compris celui résultant de la vente à l'étranger des fruits de ce parasitisme* ». Egalement, CA Colmar, 5 avril 2005, *SA Aquarelle Com Group et al. c/ Siekmann et al.*, Juris-Data n°2005-279506, cité par M.-E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente », op. cit., spéc. p. 18.

[681] L'approche est suivie par les juridictions allemandes : par exemple, Oberster Gerichtshof, 6 juillet 2004, n°4 Ob 146/04f ; disponible sur le site <www.curia.eu.int>, excluant, pour des affirmations diffamatoires pouvant nuire au crédit d'une entreprise contenues dans un fax transfrontalier, le lieu du siège de l'entreprise susceptible de subir un préjudice patrimonial du fait desdites affirmations.

[682] *Supra*, § 138.

Contrairement aux décisions rendues avant que la Cour de Justice des Communautés européennes ne se prononce, les juridictions françaises semblent maintenant chercher à limiter les possibilités pour le demandeur à l'action en concurrence déloyale d'agir devant le for de son domicile. Par exemple, la Cour d'Appel de Rouen avait été saisie en 2003 d'une action en concurrence déloyale intentée par un agent commercial établi en France contre son mandant de droit allemand et la société mère de droit japonais. Pour justifier la compétence des juridictions françaises, elle a considéré que le fait dommageable devait être localisé au lieu de l'établissement du client détourné, en l'espèce la France, car le lieu du siège social du demandeur ou « le lieu où les conséquences financières ont été enregistrées par la personne lésée ne peut être assimilé au lieu où le dommage est survenu, ou bien à celui où le dommage a été subi[683] ».

253. - Pour vérifier si elles sont compétentes sur le fondement de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* pour connaître de demandes de réparation de dommages résultant d'actes de concurrence déloyale classiques, les juridictions françaises procèdent donc à une localisation *in concreto* du lieu de réalisation du dommage. Celui-ci est rattaché au lieu du siège social du lésé lorsque le dommage consiste en une atteinte à sa réputation. Lorsqu'il résulte d'une perte de clientèle, les juridictions françaises ne sont compétentes que si les clients détournés sont situés sur le territoire français. Le lieu où le dommage est survenu peut alors coïncider avec le lieu du siège social du lésé si celui-ci est également établi en France. Dans les deux cas, l'approche retenue par les juridictions françaises est conforme aux objectifs du *Règlement Bruxelles I* et aux fondements de la règle de compétence spéciale. Le for du siège du demandeur est prévisible pour le lésé et l'auteur de l'acte de concurrence déloyale. Il présente également des liens géographiques étroits avec le comportement déloyal en cause. Admettre le *forum actoris* dans ce cas ne serait donc pas choquant.

[683] CA Rouen, 11 septembre 2003.

b) Le rattachement des actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet

254. - L'essor du critère de l'accessibilité du site litigieux - L'Internet favorise non seulement la dissociation des éléments du fait dommageable, mais également l'expansion des hypothèses d'éparpillement du dommage consécutif à un acte de concurrence déloyale. La mise en œuvre de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* est alors compliquée par la localisation plus difficile des éléments du délit civil de concurrence déloyale. La Cour de Justice des Communautés européennes n'ayant jamais eu à se prononcer sur l'interprétation de la notion de lieu de survenance du dommage résultant d'un fait dommageable commis sur l'Internet, celle-ci reste appréciée uniquement par les juges nationaux. Or, si le juge communautaire cherche à imposer une interprétation stricte de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*, les juridictions françaises ont une approche relativement souple lorsque l'acte de concurrence déloyale est commis par le biais de l'Internet. Les solutions retenues sont fondées sur le critère de l'accessibilité du site internet litigieux. Consacré par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Société Castellblanch c/ Société Champagne Louis Roederer* en 2003[684], ce critère a depuis lors été appliqué largement par les juridictions françaises saisies de demandes de réparation de dommages subis du fait d'une contrefaçon. Le dispositif de l'arrêt précisait que « la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne (était) légalement justifiée dès lors qu'il a été constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel ». La localisation du préjudice en France était ainsi déduite de l'accessibilité du site litigieux par les internautes sur le territoire français[685]. Le juge français a tendance à transposer largement cette solution en matière d'actes de concurrence déloyale, et à se déclarer compétent dès lors que le site par l'intermédiaire duquel l'acte illicite a été commis est

[684] Cass., 1ère civ., 9 décembre 2003, Bull. civ. I, n°245, p.195 ; *RCDIP*2004, p.632, note O. Cachard ; *Petites Affiches* 2005, p. 5, note C. Brière.
[685] O. Cachard, op. cit., *RCDIP*2004, p.632.

accessible en France. Il convient de rappeler quelques décisions, en distinguant les cas dans lesquels le demandeur intente à la fois une action en concurrence déloyale et une action en contrefaçon et ceux dans lesquels il agit sur le seul fondement de la concurrence déloyale[686].

255. - Le cumul d'actions - En pratique, le demandeur intente très souvent à la fois une action en contrefaçon et une action en concurrence déloyale. Les deux actions ayant un fondement délictuel, cette situation ne pose pas de problème particulier en ce qui concerne la détermination de la compétence des juridictions françaises[687]. Il existe en effet un lien de connexité entre les deux instances, qui permet de les faire juger par la même juridiction[688]. La connexité est ici caractérisée par le fait que les demandes concernent les mêmes parties, tendent aux mêmes fins, et ont le même fondement juridique en vertu de l'article 6, point 1 du *Règlement Bruxelles I*[689]. Le cas de *Google* et de ses *adwords* a fait l'objet d'un contentieux important. Ces pratiques publicitaires permettent à des annonceurs de promouvoir sur les sites de moteurs de recherche, français ou étrangers, des sites marchands contrefaisant les marques et les produits de marques célèbres. Ce type de comportement conduit très souvent la société titulaire de la marque à intenter à la fois une action en contrefaçon de marques et une action en concurrence déloyale pour usurpation de dénomination commerciale. Pour apprécier leur propre compétence, les juges du fond français mettent alors en œuvre le critère de l'accessibilité en France du site internet incriminé[690]. Il a par exemple été jugé que les publicités en cause « sont visibles en France, si bien que la Société Louis Vuitton et

---

[686] Ces décisions ont été trouvées dans les bases de données suivantes : <www.legifrance.gouv.fr> et <www.legalis.net>.

[687] Sur la détermination en matière de contrefaçon du lieu de survenance du fait dommageable au sens de l'article 5, point 3, notamment, Cass., 1ère civ., 31 janvier 2006, pourvoi n°03-16980.

[688] Cass., 1ère civ., 6 mai 2003, pourvoi n°01-01774, *Bull.civ*. I, n°101, p.79 : « que l'arrêt énonce que les demandes formées contre les sociétés françaises et anglaises se rapportaient aux mêmes faits et tendaient à des fins identiques (…), que ces deux actions avaient le même fondement juridique (…) ; que la cour d'appel en a déduit l'existence d'un lien de connexité entre les deux instances, justifiant la compétence de la juridiction française par application de l'article 6.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ».

[689] Sur cette question, M.-E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente », op. cit., spéc. p. 15 et suiv.

[690] Le même critère est utilisé lors de l'application des règles de compétence territoriale interne, notamment l'article 46 du *NCPC*, à propos d'un service télématique : par exemple, Cass., com., 7 mars 2000, *M.P. c/ Société nationale de télévision France 2*, disponible sur le site <www.legalis.net>: « le service télématique, dont le code d'appel est litigieux, était accessible à Paris, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que le dommage ayant été subi dans cette ville, le tribunal de grande instance de Paris est compétent ».

fondée à en soumettre l'appréciation de la licéité au tribunal de ceans, peu important à cet égard qu'elles soient rédigées en langue française ou anglaise notamment, dès lors qu'elles sont diffusées en France[691] ». Les juridictions françaises suivent alors le même raisonnement que dans d'autres domaines relatifs à la responsabilité délictuelle lorsque l'acte de concurrence déloyale est réalisé par l'intermédiaire d'Internet: le dommage est réputé subi sur le territoire français dès lors que le site litigieux est accessible en France[692].

256. - L'application extensive du critère de l'accessibilité dans le domaine de l'action en concurrence déloyale - Transposant la solution dégagée en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur l'Internet, les juridictions françaises[693] font une application extensive du critère de l'accessibilité en matière

---

[691] TGI Paris, 3e Ch., 2e sect., 4 février 2005, *Louis Vuitton Malletier c/ Google* ; TGI Paris, 3ème Ch., 2ème sect., 14 décembre 2007, *Kenzo et autres c/ Ebay Inc., Ebay International AG* ; TGI Paris, 3ème Ch., 7 février 2006, *TWD Industries c/ Google France, Google Inc.* disponibles sur le site <www.legalis.net>.

[692] Dans le même sens, TGI Paris, 3ème Ch., 2ème sect., 16 mai 2008, *RueduCommerce c/ Carrefour Belgium*, disponible sur sur le site <www.legalis.net> : « *Attendu que la société défenderesse fait valoir que les sites incriminés n'utilisent l'expression « Boulevard du Commerce » non pas pour offrir des produits à la vente en France, mais pour désigner une opération commercial ; mais attendu qu'il importe peu à ce stade de savoir si un internaute peut procéder à l'achat, depuis la France, de produits proposés à la vente par l'intermédiaire des dénominations litigieuses ; qu'il n'est pas contesté que les sites exploités par la société Carrefour Belgium, qui sont rédigés en langue française, sont, en raison du mode de diffusion propre à Internet, accessible aux internautes français depuis le territoire français ; que dès lors il apparaît que le fait dommageable est en l'espèce susceptible de se produire en tous lieux où les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs du site, et notamment en France, et que les faits incriminés sont susceptibles d'avoir un impact économique sur le public français et de causer à la société demanderesse un préjudice sur le territoire national* » ; également, TGI Paris, 1ère Ch. B, 30 juin 2008, *Christian Dior Couture c/ Ebay Inc., Ebay International AG*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

[693] Le même critère est utilisé par les juridictions allemandes et autrichiennes : par exemple, Landgricht Frankfurt/Main, 9 novembre 2000, n°2-03 O 366/00; Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, p.2080-2088, R. Geimer, *Praxis des internationalen Privat- und Vefahrensrechts* 2001, p.191: « *Une offre de vente par Internet, à partir des Pays-Bas et destinée à des clients résidant en Allemagne, de médicaments exclusivement commercialisés en pharmacie, constitue un acte de concurrence déloyale relevant de la matière délictuelle et quasi-délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la Convention de Bruxelles. Le lieu où le fait dommageable s'est produit étant, outre le lieu où se trouve le serveur Internet, tout lieu à partir duquel les destinataires peuvent accéder à l'offre, la compétence d'un tribunal allemand peut être fondée sur cette disposition de la Convention* » ; Oberster Gerichtshof, 29 mai 2001, n°4 Ob 110/01g, disponible sur le site <www.curia.eu.int>; Ecolex 2001, p.849 : « *Est incluse dans la notion de matière délictuelle et quasi-délictuelle au sens de l'article 5, point 3 de la Convention (de Lugano), la violation du droit de marque au moyen de l'usage dans un site internet. Dès lors, en cas de publicité d'une marque sans l'autorisation du titulaire dans un site internet s'adressant, entre autres, aux utilisateurs autrichiens de l'internet, le lieu où le fait dommageable s'est produit se trouve dans tous les lieux où ces site est accessible, de sorte que tout tribunal autrichien qui est compétent ratione materiae est également compétent ratione loci* ».

d'actes de concurrence déloyale[694]. Ainsi, par exemple, de la copie servile d'un logiciel caractérisant un acte de concurrence déloyale, qui était diffusée sur le réseau Internet. La Cour d'Appel de Paris a déclaré que « le fait dommageable se produit en tous les lieux où les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs éventuels du site [695]», et notamment en France. Il en de même pour un dommage patrimonial résultant d'un dénigrement réalisé sur un site étranger qui est accessible ou diffusé en France, ou du dommage subi en France par une société de droit suisse du fait de typosquatting réalisé par une société de droit allemand[696]. Dans tous ces cas, les juridictions françaises déduisent leur compétence de l'accessibilité du site étranger litigieux en France. Certaines décisions plus récentes semblent davantage adopter une approche *in concreto*, en vérifiant que le dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale commis sur l'Internet s'est effectivement produit en France. A côté du critère de l'accessibilité du site litigieux depuis la France, d'autres critères ont en effet été pris en considération dans l'arrêt rendu le 31 janvier 2008 par la Cour d'appel de Lyon[697], comme par exemple le fait que « pendant plusieurs mois (…) les pages d'accueil de deux de ces sites ont été rédigées en français et étaient, par conséquent, indubitablement destinées à la clientèle francophone et notamment à la clientèle française »[698].

257. - L'appréciation de la position de la jurisprudence française - Cette interprétation large de la notion de lieu où le dommage s'est réalisé ou risque de se produire au sens de l'article 5, point 3 du *Règlement n°44/2001* conduit à une certaine automaticité de la compétence des juridictions françaises pour les actes de concurrence

---

[694] Le même critère est utilisé dans le cadre des règles de compétence territoriale interne ; par exemple, dans une affaire de contrefaçon de logiciel et d'agissements parasitaires, T. Com. Paris, 15e ch., 15 octobre 2004, *Conex c/ Tracing Server*, disponible sur le site <www.legalis.net> : « que les actes en cause ont été diffusés sur le réseau internet, le fait dommageable se produisant alors en tous lieux où les informations sont mises à disposition des utilisateurs éventuels du site » ; dans une affaire relative aux noms de domaine, TGI Point à Pitre, ch. Com., 23 avril 2004, *Casaboubou c/ Amen*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

[695] CA Paris, 14e ch. A, 1er mars 2000, n°1999/22738, disponible sur le site <www.legalis.net>.

[696] CA Lyon, 31 janvier 2008, n°06/05922 : « les sites litigieux étaient accessibles depuis la France ; (…) pendant plusieurs mois (…) les pages d'accueil de deux de ces sites ont été rédigées en français et étaient, par conséquent, indubitablement destinées à la clientèle francophone et notamment à la clientèle française ; (…) que ces éléments suffisent à établir que l'exploitation par la société Delticom AG des sites litigieux, qui constitue le fait dommageable dont se plaignent les appelantes, s'est produit en France (…) ».

[697] CA Lyon, 31 janvier 2008, op. cit.

[698] Egalement, CA Versailles, 2 novembre 2006, S.à r.l. Overture et société Overture Services Inc. c/ S.A. Accor, n°05/1753.

déloyale commis sur l'Internet[699]. La précision du critère du lieu de réalisation du dommage au sens de l'article 46 du *NCPC* ou de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* pour les délits commis sur l'Internet exprime la volonté des juridictions françaises de conserver, malgré la spécificité des réseaux, les règles de compétence traditionnelles lorsque le site par l'intermédiaire duquel est commis l'acte de concurrence déloyale est accessible en France. Cette position n'est cependant pas conforme au fondement de la règle de compétence spéciale en matière délictuelle, tel que rappelé par la Cour de Justice des Communautés européennes[700]. Malgré les opinions doctrinales souhaitant plus de précision dans la mise en œuvre des critères de compétence dans le domaine des délits réalisés par Internet, la Cour de Cassation reste dans la ligne de sa jurisprudence en matière de concurrence déloyale. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt rendu le 20 mars 2007[701], la Chambre commerciale a jugé que les juridictions françaises sont compétentes dès lors qu'il existe un risque de préjudice sur le territoire français, alors même que le site litigieux était rédigé en langue étrangère et non destiné à un public français[702]. Une société française avait en effet intenté une action en concurrence déloyale contre une société allemande qui avait mis en vente sur un site allemand des copies serviles du modèle de chaussures qu'elle commercialisait sur la seule justification du risque de dommage, et alors même que le site internet était rédigé en allemand, et que les produits litigieux étaient commercialisés sur le territoire allemand[703].

258. - L'interprétation large de la règle de compétence spéciale ne respecte pas les prescriptions énoncées par la Cour de Justice des Communautés européennes concernant le principe de l'interprétation stricte des dérogations à la règle de compétence générale, et ne permet pas nécessairement à l'auteur de l'acte de

---

[699] T. VERBIEST, « Proposition de règlement « loi applicable aux obligations non contractuelles » (Rome II) : adaptée aux nouvelles technologies de la communication ? « , *Comm. Com. Electro*. 2003, spéc. p.11.
[700] *Supra*, § 136.
[701] Cass., com., 20 mars 2007, op. cit.
[702] *Ibid* : « *Constatant la représentation sur le site internet incriminé d'un modèle de chaussures dont il était prétendu qu'il caractérisait une concurrence déloyale envers le plaignant, la cour d'appel a exactement retenu sa compétence dès lors que les faits allégués de commercialisation de ces produits sur le territoire national seraient susceptibles de causer un préjudice* ».
[703] Pour une appréciation plus stricte du critère en matière de contrefaçon, Cass., com., 11 janvier 2005, n°02-18381, Bull. IV, n°8, p.8 : « *il se déduit des précisions apportées sur le site lui-même que le produits en cause ne sont pas disponibles en France, la cour d'appel en a exactement conclu que ce site ne saurait être considéré comme visant le public de France (...)* ».

concurrence déloyale de prévoir le for devant lequel il peut être attrait. Les juridictions françaises tolèrent dans une large mesure le *forum actoris* lorsque le professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale est établi ou réside en France. Cette solution devrait cependant être acceptée en raison des effets complexes de l'acte de concurrence déloyale réalisé sur l'Internet[704] ; elle permet en effet au lésé d'agir devant une juridiction unique, qui a une compétence limitée à la portion de dommage subie sur le territoire français en vertu de la jurisprudence *Fiona Shevill*[705]. La compétence limitée du juge français à la réparation du préjudice subi en France du fait de l'acte de concurrence déloyale vient alors limiter le risque de *forum shopping* de la part du professionnel lésé. L'on pourrait prétendre que l'auteur d'un acte de concurrence déloyale ne peut pas prévoir dans quels pays son comportement pourrait produire des effets dommageables et ainsi pouvoir être attrait potentiellement devant l'ensemble des juridictions. Cette situation pourrait néanmoins inciter les professionnels à ne pas commettre d'actes de concurrence déloyale. Même si la position des juridictions françaises n'est pas conforme à la jurisprudence communautaire, elle devrait être acceptée en raison des incitations à ne pas se comporter de manière déloyale qu'elle fournit.

259. - De manière générale, les juridictions françaises acceptent assez largement leur compétence lorsqu'elles sont saisies en vue de la réparation du préjudice subi du fait d'un acte de concurrence déloyale commis en France par une société étrangère, ou qui, commis à l'étranger, produit des effets dommageables en France. L'exercice de l'option de compétence est encadré dans les cas classiques de concurrence déloyale, alors qu'il ne l'est pas lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis sur l'Internet. La jurisprudence française tend alors dans ce cas à accepter le *forum actoris*. Leur compétence semble alors davantage fondée sur des considérations d'opportunité que sur une acceptation tacite d'un *forum shopping* visant à s'assurer de l'application de la loi française en matière de réparation.

---

[704] Déjà, O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Préf. de P. Fouchard, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t.365, Paris, spéc. p. 389, §633 et suiv.

[705] *Supra*, § 135; cette jurisprudence est suivie par les juridictions françaises en matière délictuelle, notamment : Cass., com., 28 janvier 2004, pourvoi n°02-20493 ; Cass., 1ère civ., 25 mars 2009, pourvoi n°08-14119.

§2 La qualification de l'action intentée par un consommateur

260. - L'anticipation des sanctions - Même si les consommateurs peuvent subir indirectement les effets d'un acte de concurrence déloyale commis dans les relations entre professionnels, ils ne peuvent pas intenter une action en concurrence déloyale[706]. Le consommateur lésé par une pratique commerciale déloyale commise par un professionnel à son encontre ne peut par conséquent réclamer des dommages-intérêts sur le fondement de l'action en concurrence déloyale. Or contrairement aux actes de concurrence déloyale, les pratiques commerciales déloyales sont, depuis la transposition de la *Directive 2005/29/CE* dans les droits des Etats membres, interdites *per se* ou soumises à la clause générale de définition. Etant interdites *per se*, ces pratiques commerciales déloyales seront illégales si elles sont commises par un professionnel. La réparation du dommage subi par le consommateur s'effectue par conséquent selon les modes de sanctions prévus par la loi du juge saisi[707], et le consommateur peut par conséquent anticiper les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre du professionnel. Il en va ainsi par exemple des sanctions pénales attachées à la commission d'une publicité trompeuse, pour laquelle le consommateur lésé pourra également demander des dommages-intérêts.

261. - Le for de protection du consommateur - Il n'existe, à notre connaissance, que très peu de jurisprudence traitant de la question de la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une action intentée par un consommateur demandant la réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait d'une pratique commerciale déloyale. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes permet de dégager des solutions quant à la règle de compétence juridictionnelle pertinente lorsque le consommateur a été victime d'une pratique commerciale déloyale. La Cour de Justice

---

[706] Sur ce point, J. CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », op. cit., spéc. p. 60.

[707] Pour une typologie des modes de réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, J. FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », dans *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, pp.409-419.

des Communautés européennes a en effet été saisie à plusieurs reprises afin de se prononcer sur la qualification de l'action intentée par un consommateur en cas de publicité trompeuse, de promesse de gains et de loteries publicitaires[708]. L'application des articles 15, 16, 5, point 1 ainsi que 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* peut être envisagée dans le domaine des pratiques commerciales déloyales. Pour déterminer la règle applicable, le juge communautaire procède à une analyse au cas par cas des circonstances de la cause pour vérifier si leurs conditions d'application respectives sont réunies.

262. - L'existence d'un contrat de consommation – Dans l'affaire *Rudolf Gabriel*, la Cour avait été saisie d'une demande d'interprétation à titre préjudiciel des dispositions de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* au regard d'une demande visant à la remise du gain promis. Elle a jugé que les articles 13 et suivants de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* devaient s'appliquer dès lors qu'il existait un contrat de vente conclu entre le professionnel et le consommateur. La promesse de gain étant liée au contrat de vente, les deux conditions d'application de ces articles étaient, selon la Cour, réunies dès lors que le professionnel avait envoyé un courrier nominatif au consommateur, en conditionnant « l'attribution du prix à la commande de marchandises pour un montant déterminé », et que « le consommateur (avait) pass(é) effectivement une telle commande sans obtenir le versement du gain promis [709]». L'action intentée par le consommateur se rattachait alors à un contrat conclu par un consommateur pour un usage étranger à son activité professionnelle, et il existait un lien étroit entre le contrat et le pays du domicile du consommateur. La caractérisation de ce lien étroit entre le contrat conclu et une pratique commerciale déloyale permettrait d'admettre la mise en œuvre des règles de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs pour toutes les actions visant à mettre en jeu la responsabilité délictuelle du professionnel ayant commis une pratique commerciale déloyale à l'encontre d'un consommateur. Cette solution serait conditionnée à la démonstration du fait que la conclusion du contrat résulte directement de cette pratique ou n'aurait pas eu lieu si cette pratique commerciale déloyale n'avait pas été commise.

---

[708] CJCE, *Rudolf Gabriel*, 11 juillet 2002, Aff. C-96/00, Rec. p.I-6367 ; CJCE, *Engler*, 20 janvier 2005, aff. C-27/02, Rec. p.I-481; CJCE, *Kapferer*, 16 mars 2006, aff. C-234/04, Rec. p. I-2585; CJCE, *Ilsinger*, 14 mai 2009, aff. C-180/06.
[709] CJCE, *Rudolf Gabriel*, op. cit., pt. 59 et 60.

263. - L'existence d'un engagement librement consenti – Dans l'affaire *Engler*, le juge communautaire avait été saisi pour se prononcer sur la même question, mais dans des circonstances de fait différentes. La Cour a commencé par exclure la qualification de contrat conclu par un consommateur, en considérant que l'envoi était accompagné d'un formulaire sans engagement, que l'attribution du prix ne dépendait pas d'une éventuelle commande de marchandises, et que le consommateur n'avait passé effectivement aucune commande. Elle avait cependant conclu que l'action intentée par un consommateur contre un professionnel établi dans un autre Etat contractant tendant à la remise d'un gain apparemment gagné par lui était de nature contractuelle au sens de l'article 5, point 1 du *Règlement Bruxelles I*. Le juge communautaire a cependant posé des conditions, en considérant que l'action est, dans ce cas de figure, de nature contractuelle si (i) « *cette société, dans le but d'inciter le consommateur à contracter, (a) adressé à ce dernier nominativement désigné un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui sera attribué dès lors que le « bon de paiement » joint à cet envoi est retourné par l'intéressé* », et que (ii) « *le consommateur accepte les conditions stipulées par le vendeur et réclame effectivement le versement du gain promis* »[710]. La réunion de l'offre de contracter émanant du professionnel et de l'acceptation par le consommateur des conditions stipulées par le professionnel accompagnée de la réclamation du gain, même sans passer commande, caractérisent selon la Cour l'existence d'un engagement librement consenti d'une partie envers une autre. Il s'agit d'un engagement librement consenti dans le cadre des relations précontractuelles, et le consommateur n'ayant pas commandé de marchandises peut alors invoquer l'article 15 du *Règlement n°44/2001* pour agir dans l'Etat de son domicile.

264. - En application des principes dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes, l'action intentée par un consommateur s'estimant lésé par une publicité trompeuse relève soit de la matière des contrats conclus par les consommateurs, soit de la matière contractuelle. La consécration du *forum actoris* en matière de pratiques commerciales déloyales serait une bonne solution afin d'inciter les

[710] Dispositif de l'arrêt CJCE, 20 janvier 2005, *Engler*, aff.C-27/02, op.cit..

professionnels à aligner leurs pratiques sur les règles les plus protectrices des consommateurs, notamment dans le cadre des pratiques sur l'Internet au sein du marché intérieur. Le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative[711] permet également de renforcer cette hypothèse[712].

265. - Conclusion de la Section 2 – La réparation du dommage - Lorsque le demandeur lésé par un comportement déloyal réclame la réparation du dommage qui en résulte, son choix est naturellement plus étendu que lorsqu'il en demande la cessation ou la prévention. Cependant, même pour un opérateur disposant d'une information suffisante, le choix de la juridiction devant laquelle il va porter cette demande ne peut être uniquement fondé sur des considérations matérielles. Le risque de *forum shopping* est par conséquent restreint, malgré la tendance des juridictions françaises à s'estimer largement compétentes dès lors que le comportement déloyal s'est réalisé ou risque de produire des effets en France. Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, la protection accordée au consommateur par le biais du *forum actoris* n'est pas automatique et dépend de la question de savoir si la pratique commerciale déloyale a effectivement incité le consommateur à conclure le contrat de consommation.

[711] *Infra*, §355 et suiv.
[712] B. DUTOIT, « Le consommateur face aux promesses de gain non tenues : quel tribunal est compétent ? A propos des arrêts *Gabriel* et *Engler* de la Cour de Justice des Communautés Européennes », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006, pp.145-158, spéc. p.156 et suiv.

266. - Conclusion du Chapitre 1 – Le choix individuel - L'étendue du choix individuel est différente selon que l'on considère la matière des actes de concurrence déloyale ou celle des pratiques commerciales déloyales. Dans le premier cas, le professionnel lésé peut agir devant différentes juridictions pour obtenir le prononcé de mesures provisoires visant à la cessation des dommages réalisés ou la prévention des dommages futurs, et le prononcé de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. L'option de compétence dont il bénéficie en vertu de la règle de compétence applicable en matière délictuelle est encadrée lorsque l'acte de concurrence déloyale n'a pas été commis sur l'Internet, alors qu'elle l'est beaucoup moins dans le cas contraire. Dans le second cas, la qualification de l'action intentée par le consommateur ou par une association de consommateur présente une certaine importance. Elle devrait en principe être opérée au cas par cas, selon que le contrat de consommation a été conclu ou non entre le professionnel et le consommateur, et selon que les conditions de l'article 15 du *Règlement Bruxelles I* sont remplies ou non. Le *forum actoris* devrait alors être largement toléré en matière de pratiques commerciales déloyales.

Chapitre 2 – Le choix mutuel

267. - L'existence d'un lien factuel entre un contrat international et un acte de concurrence déloyale – La pratique révèle la fréquence élevée des contestations relatives à des actes de concurrence déloyale commis soit dans le cadre de relations contractuelles entre deux professionnels, soit postérieurement à la résiliation du contrat. Si les litiges résultant de ce type de comportements déloyaux ne sont pas nécessairement les plus fréquents en pratique, leur importance ne doit pas être négligée dans une optique de recherche de l'équilibre entre les intérêts en cause[713]. Ainsi, par exemple, d'actes de captation de clientèle et de refus de vente commis lors de l'exécution du contrat ou après la résiliation d'un contrat de distribution, du débauchage de salariés ou de détournement de commandes réalisés par une société de étranger au détriment d'une société de droit français avec qui elle était liée par un contrat de concession, du non-respect d'une clause de non-concurrence ou, enfin, de la violation de savoir-faire industriels. Dans tous ces cas, il existe, *de facto*, un lien entre le contrat international et l'acte de concurrence déloyale. Un tel lien peut également exister entre une pratique commerciale déloyale et un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Ainsi, par exemple, d'omissions trompeuses ou de pratiques agressives ayant conduit le consommateur à acheter le bien ou le service proposé par le professionnel. Souvent, le consommateur n'invoque alors l'existence d'un tel comportement déloyal qu'après la conclusion du contrat, lorsque le professionnel lui réclame un paiement en contrepartie de ses prestations. Le contrat ayant été conclu, l'option de compétence dont bénéficie le consommateur[714] pourrait alors être évincée par l'existence d'une clause relative à la compétence dans le contrat de consommation.

268. - L'accord mutuel des parties sur la compétence d'un juge ou d'un arbitre - Si l'on peut émettre un doute pour la matière des pratiques commerciales

[713] F. DESSEMONTET, « Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Perspective suisse », disponible sur <www.unil.ch>, spéc. p. 75.
[714] Sur cette option, *supra*, § 140 et § 260 et suiv.

déloyales[715], il est en revanche certain que l'action en concurrence déloyale est fondée sur la responsabilité civile délictuelle. En l'absence d'accord mutuel sur la compétence avec l'auteur de l'acte de concurrence déloyale, le professionnel lésé devrait donc intenter une action devant les juridictions étatiques compétentes en vertu des règles applicables aux délits. Or l'action en concurrence déloyale est très fréquemment cumulée avec une action de nature contractuelle fondée sur le non-respect de certaines obligations découlant du contrat qui lie l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et son cocontractant lésé[716]. Cette situation présente un intérêt pratique certain, dans la mesure où elle permet au lésé de regrouper les actions intentées devant un tiers unique. Les instruments du choix mutuel consistent en l'insertion d'une clause d'élection de for ou d'une clause compromissoire dans le contrat conclu entre les parties. La première attribue compétence à un juge étatique ou aux juridictions d'un Etat déterminé ; la seconde soustrait le différend à la compétence des juridictions étatiques pour le soumettre à un arbitre ou à un tribunal arbitral qui aura pour mission spéciale de le trancher. Dans les deux cas, chacune des parties a intérêt à porter le litige devant un tiers différent de son juge naturel, qui aurait été compétent par application des règles de compétence internationale. Le cocontractant lésé par un acte de concurrence déloyale ou par une pratique commerciale déloyale peut-il cependant se prévaloir d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause compromissoire contenue dans le contrat qu'il a conclu avec l'auteur du comportement déloyal pour l'attraire devant un tiers différent de celui qui serait compétent en vertu des règles de compétence judiciaire?

269. - Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord de rappeler les cas dans lesquels le choix mutuel de la compétence d'un tiers pour trancher le litige relatif à un comportement déloyal peut être admis avant sa survenance (*Section 1 – L'admission du choix*). Le cas, échéant, les fondements du choix dans le cadre des relations entre professionnels seront envisagées (*Section 2 – Les fondements du choix entre professionnels*).

---

[715] *Supra*, § 21 et suiv.
[716] Pour une étude générale dans le domaine des obligations non contractuelles, C REYMOND, « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *Trav. Com. fr. DIP* 1988-1989, pp.97-119, spéc. p. 98.

Section 1 – L’admission du choix

Section 2 – Les fondements du choix entre professionnels

Section 1 – L'admission du choix

270. - Traditionnellement, le choix de la compétence d'un tiers par les parties à un contrat permet de prévoir avec certitude le lieu où devront être intentées les actions futures concernant l'inexécution des obligations contractuelles qui les lient. Si le *Règlement Rome II* permet dorénavant aux parties à un contrat de choisir à l'avance la loi applicable aux obligations non contractuelles liées à l'exécution d'un contrat[717], cette possibilité est-elle également admise dans le domaine de la compétence au regard des actions intentées par l'une des parties au contrat à la suite d'un acte de concurrence déloyale ou d'une pratique commerciale déloyale? La réponse à cette question dépend de la qualité des parties, la marge de négociation et de conclusion de ce type de clause variant considérablement selon que le contrat lie un professionnel et un consommateur (*§1 – La voie restreinte*), ou qu'il est conclu entre deux ou plusieurs professionnels (*§2 – La voie ouverte*).

§ 1 La voie restreinte

271. - Les consommateurs étant considérés comme des parties faibles dans le rapport contractuel, la jurisprudence et le législateur ont encadré la possibilité pour le professionnel et le consommateur d'insérer des clauses relatives à la compétence dans les contrats de consommation. A notre connaissance, il n'est pas fait référence aux obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale commise par un professionnel envers un consommateur. La particularité de la matière des pratiques commerciales déloyales, qui vise à la fois les obligations non contractuelles et

[717] Sur ce point, *supra*, § 172 et suiv.

les obligations contractuelles[718], permet cependant d'envisager l'éventualité que le choix de la compétence opéré par le professionnel et le consommateur ait une influence sur le tiers compétent pour connaître d'une pratique commerciale déloyale commise postérieurement à la conclusion du contrat qui les lie. Mais alors que l'accord sur la compétence d'une juridiction étatique est strictement encadré (*A - Le for plus favorable*), le consensus sur la compétence d'un arbitre est limité sur le fondement des dispositions communautaires relatives à la protection des consommateurs (*B - La compétence de l'arbitre*).

A Le choix d'un for plus favorable

272. - La clause attributive de juridiction dans les relations de consommation intracommunautaires – L'article 17 du *Règlement Bruxelles I* limite strictement la possibilité pour les parties de s'entendre sur la désignation d'une juridiction différente de celle qui serait compétente en vertu de l'article 16. Ainsi, les clauses attributives de juridiction ne sont admises dans les contrats conclus par les consommateurs que si elles sont (i) « *postérieures à la naissance du différend* », (ii) si elles « *permettent au consommateur et son cocontractant de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués* » dans l'article 16, ou (iii) si le professionnel et le consommateur avaient leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même Etat membre au moment de la conclusion du contrat et qu'elles attribuent compétence aux tribunaux de cet Etat membre. Ces clauses d'élection de for doivent par ailleurs être admises selon les règles de l'Etat membre désigné. L'accord mutuel entre un professionnel et un consommateur sur la juridiction appelée à statuer sur la cessation ou la réparation des conséquences d'une pratique commerciale déloyale peut donc se produire après la naissance de l'obligation en résultant, c'est-à-dire au moment où le consommateur en prendra connaissance. Un choix de la compétence antérieur impliquerait que les deux parties se soient entendues lors de la conclusion du contrat sur la compétence d'un juge plus favorable au

[718] *Supra*, § 23et suiv.

consommateur que celui de son domicile ou de l'Etat dans lequel est établi le professionnel.

273. - L'accord exprimé avant que le consommateur n'ait connaissance de l'existence d'une pratique commerciale déloyale, c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat de consommation, peut poser problème en ce qui concerne la vérification de l'existence du consentement du consommateur. Le contentieux relatif aux clauses attributives de juridiction dans les contrats conclus par les consommateurs s'est développé dans le cadre des dispositions de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs (ci-après la *Directive sur les clauses abusives*)[719]. La Cour de Justice des Communautés européennes a jugé dans l'arrêt *Océano Grupo*[720] qu'« une clause attributive de juridiction, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, doit être considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive, dans la mesure où elle crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat [721]». Le juge national a ainsi l'obligation d'examiner au cas par cas, même d'office, le caractère abusif de cette clause d'élection de for[722]. La licéité des clauses attributives de juridiction en matière de contrats conclus par des consommateurs résidant sur le territoire communautaire n'est donc admise que dans des cas strictement encadré par le *Règlement Bruxelles I* et la *Directive sur les clauses abusives*. Elles ne sont tolérées qu'à deux conditions : la clause doit tout d'abord désigner un for plus favorable au consommateur que celui qui serait compétent en vertu des critères de rattachement de l'article 16 ; elle doit ensuite avoir été portée à la connaissance du consommateur, qui doit avoir eu la possibilité de la négocier.

---

[719] Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.* n° L 095 du 21/04/1993 p. 29.
[720] CJCE, *Océano Grupo*, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941.
[721] *Ibid*, pt.24.
[722] CJCE, *Océano Grupo*, op. cit., pt.29.

274. - La clause attributive de juridiction dans les relations de consommation extracommunautaires - La particularité des clauses attributives de compétence en matière de contrats conclus par des consommateurs a également été reconnue à un niveau international. La *Convention sur les clauses d'élection de for* a été conclue le 30 juin 2005 sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé, et a été signée au nom de la Communauté européenne en vertu d'une décision du Conseil du 26 février 2009[723]. A l'exclusion du Danemark, les Etats membres de l'Union européenne seront liés par la *Convention sur les clauses d'élection de for* à la date de son entrée en vigueur[724]. A partir de cette date, elle devra s'appliquer dès lors « qu'une clause désignera les tribunaux d'un Etat signataire de cette convention et que l'une des parties sera domiciliée sur le territoire d'un Etat tiers à la Communauté ». En vertu de l'article 2, point 1, les dispositions de la *Convention sur les clauses d'élection de for* sont cependant inapplicables aux « accords exclusifs d'élection de for (…) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ». Il semble que cette disposition n'ait pas pour but d'établir un principe général d'interdiction des clauses d'élection de for dans le domaine des contrats conclus par les consommateurs. Cette exclusion des contrats de consommation du champ d'application de la *Convention sur les clauses d'élection de for* est en effet justifiée par les finalités protectrices des règles de compétence applicables dans ce domaine[725]. Elle vise plutôt à garantir l'application des dispositions protectrices contenues dans le *Règlement Bruxelles I* lorsqu'il est applicable en vertu de l'article 26-6, a) de la *Convention sur les clauses d'élection de for*.

275. - La position du législateur ou des juridictions nationales sur l'admission des clauses attributives de compétence dans les relations de consommation n'est pas surprenante, dans la mesure où elle reflète la finalité de protection du consommateur considéré comme partie faible. Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, le choix mutuel d'une juridiction étatique différente de celle que pourrait saisir le

[723] Décision du Conseil du 26 février 2009 relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, de la convention sur les accords d'élection de for, 2009/397/CE, *J.O.C.E.* 29.5.2009, L 133/1.
[724] La date d'entrée en vigueur doit être déterminée conformément à l'article 31 de la Convention sur les clauses d'élection de for.
[725] M. DOGAUCHI et T. HARTLEY, Rapport explicatif sur l'avant-projet de convention sur les accords exclusifs d'élection de for, Doc. prél. n°26, décembre 2004, disponible sur le site <http://hcch.net>.

consommateur n'est pas interdit, mais est strictement encadré. Le respect des conditions imposées devrait donc être vérifié par le juge afin d'assurer au consommateur une protection contre le professionnel dans le choix de la compétence.

B La compétence de l'arbitre

276. - L'admission de la soumission des litiges relatifs à des contrats de consommation à la compétence d'un arbitre n'est pas automatique, et a été vivement discutée en raison de l'appartenance des règles de droit matériel dans ce domaine à l'ordre public de protection[726]. Dans le contexte de l'ordre juridique communautaire, la Cour de Justice des Communautés européennes s'est prononcée sur l'office du juge étatique saisi d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale.

277. - L'appréciation du caractère abusif de la clause compromissoire par le juge national – Faut-il encourager, en vertu de la jurisprudence *Océano Groupo*, le juge saisi d'une demande portant sur la contestation de la compétence d'un tiers chargé de trancher le litige à vérifier au cas par cas, même d'office, le point de savoir si l'ensemble des clauses obligeant les parties à recourir à des modes alternatifs de résolution des litiges ont été librement négociées ? Les autorités communautaires ayant engagé de nombreux programmes visant à favoriser le développement de procédures alternatives de résolution des litiges dans les relations de consommation, on peut douter de la pertinence d'une réponse positive globale à cette question. Une distinction entre les modes amiables de règlement des différends et la désignation d'un tiers chargé de trancher le litige peut cependant être effectuée dans le cadre de l'appréciation du caractère abusif de la clause. La question de savoir si le tiers désigné bénéficie d'une mission juridictionnelle est alors essentielle afin de savoir si le juge peut examiner, même d'office, le caractère abusif de la clause attribuant compétence à un médiateur, à un conciliateur, ou à un arbitre.

---

[726] Sur les enjeux de la question, E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. Com. Fr. DIP* 2005-2006, pp. 135-154.

278. - Dans le cadre de la médiation ou de la consultation, le tiers désigné n'a qu'un rôle limité à la recherche d'une médiation ou d'une conciliation entre les intérêts opposés du professionnel et du consommateur. Le médiateur ou le conciliateur n'a pas pour objectif d'opérer lui-même la balance des intérêts des parties pour assurer le respect des droits subjectifs de l'une d'elle. Son but est d'inciter les parties à parvenir à un accord par un rapprochement de leurs points de vue. Le rôle du médiateur ou du conciliateur est par conséquent limité à la recherche d'un équilibre ou d'un compromis entre les intérêts privés de chacune des parties, et s'étend pas à des considérations de protection d'une partie faible[727]. Le médiateur n'a pas pour mission de trancher le différend en application d'une règle de droit ; la procédure n'est pas obligatoire, et en cas d'échec, le litige est porté devant un tiers ayant un pouvoir de décision. Le tiers désigné dans ce cadre n'a donc pas à rechercher d'office si le consommateur a effectivement exprimé son consentement.

279. - Dans le cadre de l'arbitrage, l'arbitre désigné par une clause compromissoire bénéficie d'un véritable pouvoir juridictionnel, dans la mesure où il est chargé de trancher le litige né entre les parties. Or les tiers bénéficiant d'un pouvoir juridictionnel sont en principe chargés d'encadrer l'autonomie de la volonté des parties en garantissant le respect des dispositions impératives auxquelles il ne peut être dérogé. L'arbitre, comme le juge, tranche certes le litige par une évaluation des intérêts privés des parties, mais il est également tenu d'assurer le respect des dispositions protectrices du consommateur. Si l'on considère qu'une clause attributive de juridiction n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle de la part du consommateur est abusive, cette qualification doit alors être étendue à une clause compromissoire contenue dans un contrat de consommation. L'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *Mostaza Claro*[728] semble aller dans ce sens. Un contrat d'abonnement à une ligne de téléphonie mobile avait été conclu entre une société et un consommateur, et comportait une clause attribuant compétence à une institution d'arbitrage en cas de litige. Le litige avait été porté devant les instances arbitrales, et le

[727] B HESS, « Médiation et contentieux de la consommation », dans *Médiation et arbitrage. Alternative à ka justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, sous la dir. de L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland, Litec, Paris, 2005, pp.69-91, spéc. p. 71.
[728] CJCE, *Mostaza Claro*, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, Rec. p. I-10421.

consommateur n'avait pas contesté leur compétence. Celui-ci a ensuite porté le litige devant une juridiction étatique en invoquant la nullité de la clause compromissoire du fait de son caractère abusif. La Cour de Justice des Communautés européennes a jugé que

> « *le système de protection des consommateurs prévu par la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, implique que, dans un cas comme celui de l'espèce, un juge national appelé à se prononcer sur un recours dirigé contre une sentence arbitrale peut soulever le caractère abusif d'une clause compromissoire et déclarer nulle cette sentence parce qu'elle est contraire à l'ordre public, même lorsque ce vice n'a pas été contesté par le consommateur au cours de la procédure arbitrale et qu'il est invoqué pour la première fois dans l'acte introductif dudit recours.* [729] »

Le caractère de « disposition impérative[730] » de l'article 6, paragraphe 1 de la *Directive sur les clauses abusives*[731] implique donc que le consommateur qui n'a pas contesté la compétence de l'arbitre devant l'instance arbitrale peut saisir un juge afin de réclamer la reconnaissance du caractère abusif de la clause compromissoire. A condition que celui-ci soit reconnu, la clause sera déclarée nulle et le juge étatique pourra se prononcer sur la demande du consommateur. Si l'on a pu craindre que l'insertion fréquente de clauses attribuant compétence à un système extrajudiciaire de règlement des litiges n'empêche

---

[729] *Ibid*, pt.39. La Cour a été saisie d'une question similaire concernant non pas l'office du juge du fond mais celui de l'exécution forcée; dans ses conclusions rendues le 14 mai 2009 dans l'affaire C-40/08, *Asturcom Telecomunicationes SL c/ Cristina Rodrigues Nogueire*, l'Avocat général V. Trstenjak a considéré que « *la protection des consommateurs qu'assure la directive 93/13/CEE, du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, implique que la juridiction saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale définitive, rendue sans comparution du consommateur, soit tenue d'apprécier d'office la nullité de la convention d'arbitrage, et, par conséquent, d'annuler la sentence lorsque ladite convention d'arbitrage comporte une clause d'arbitrage abusive au détriment du consommateur* ».

[730] CJCE, *Mostaza Claro*, 26 octobre 2006, op. cit., pts. 36 et 38: « Il s'agit d'une disposition impérative qui, tenant compte de l'infériorité de l'une des parties au contrat, tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers. (…) La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel »..

[731] Article 6, paragraphe 1 de la Directive 93/13/CEE : « Les Etats membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. »

le consommateur d'agir devant un juge étatique[732], le fondement de l'article 6 de la *Directive sur les clauses abusives* permet de rétablir un équilibre entre les intérêts des parties en ne faisant pas obstacle à la saisine ultérieure d'une juridiction étatique, même lorsque le tiers initialement désigné était un arbitre investi d'une mission juridictionnelle.

280. - L'appréciation du caractère abusif de la clause compromissoire par l'arbitre désigné – Si la solution rendue dans l'affaire *Mostaza Claro* règle la question de l'office du juge national saisi d'une contestation de la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation, celle de l'office de l'arbitre au regard des dispositions impératives de droit communautaire visant à assurer la protection du consommateur reste ouverte. Le principe selon lequel l'arbitre est le seul habilité à statuer sur sa propre compétence constitue cependant un principe fondamental de la procédure d'arbitrage[733], qui pourrait faire obstacle à la recherche d'office par l'arbitre du caractère abusif de la clause compromissoire. De plus, il n'est appelé à statuer sur sa propre compétence que si la clause d'arbitrage n'est pas nulle ou manifestement inapplicable. Or il est aujourd'hui admis que l'arbitre est tenu d'assurer le respect des règles d'ordre public, qu'elles soient de source nationale ou de source communautaire[734]. L'article 6 de la *Directive sur les clauses abusives* a reçu, en vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, la qualification de « disposition impérative », et relève par conséquent de l'ordre public communautaire. L'arbitre pourrait par conséquent être incité à vérifier que la clause compromissoire en vertu de laquelle il a été saisi a été librement négociée par le consommateur et qu'elle ne présente pas de caractère abusif. Si cela n'est pas le cas, cette clause serait nulle. L'arbitre pourrait donc, comme le juge national, examiner, même d'office, le caractère abusif de la clause d'arbitrage dans le cadre de l'examen de sa propre compétence[735].

---

[732] Voir notamment un résumé des débats existant sur cette question, par E. SERVERIN, « La part des procédures amiables dans le traitement des litiges en droit européen de la consommation », *Droit et Patrimoine* 2003, pp.30-37.

[733] Sur ce point, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, spéc. §650 et suiv.

[734] Dans le cas contraire, la sentence arbitrale peut être annulée par une juridiction étatique.

[735] Pour renforcer ses arguments en faveur de la possibilité pour le juge national d'apprécier le caractère abusif de la clause compromissoire quel que soit le stade auquel il intervient, la Commission européenne a soulevé dans l'affaire *Asturcom Telecomunicationes SL c/ Cristina Rodrigues Nogueire* (Conclusions de l'Avocat général V. Trstenjak, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicationes SL c/ Cristina Rodrigues*

Cette solution présenterait l'avantage de diminuer les coûts de procédure pour le consommateur en lui évitant de supporter les charges d'une procédure arbitrale, puis d'une procédure étatique.

281. - Lorsque la pratique commerciale déloyale reprochée à un professionnel par un consommateur est liée à un contrat de consommation contenant une clause d'arbitrage, l'arbitre ne pourra en connaître qu'à la condition qu'il vérifie au préalable le caractère non abusif de cette clause. D'un point de vue procédural, la protection du consommateur semble assurée même si le litige est porté devant un arbitre, dès lors que le juge national saisi ensuite peut apprécier d'office le caractère abusif de la clause compromissoire et annuler, le cas échéant, la sentence arbitrale. Lorsque le contrat a été conclu entre le professionnel et le consommateur, admettre la compétence du tiers désigné (juge ou arbitre) pour connaître d'une action fondée sur la survenance d'une pratique commerciale déloyale ne semble cependant pas permettre d'être certain du respect des intérêts du consommateur face au professionnel. Si les clauses relatives à la compétence sont juridiquement concevables dans cette matière, elles devraient cependant être exclues afin de conserver l'option de compétence dont peut bénéficier le consommateur[736].

§2 La voie ouverte

282. - Les professionnels entretenant des relations contractuelles sont juridiquement considérés comme étant à égalité. Si l'admission des clauses attributives de juridiction ou d'arbitrage par les juridictions nationales est moins encadrée que dans les rapports entre professionnels et consommateurs, elle n'est cependant pas automatique. Que les professionnels aient opté pour le choix d'un juge étatique différent

---

Nogueire) l'éventualité du manque d'impartialité de l'arbitre. Elle soutenait que si la clause compromissoire contenue dans le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur émanait de l'institution d'arbitrage à qui on confiait le règlement des litiges susceptibles de survenir, cette institution ne serait pas encline à se prononcer sur le caractère abusif de la clause en question.

[736] Sur cette option de compétence, *supra*, §140 et suiv.

de celui désigné par les règles de compétence juridictionnelle applicables en matière d'actes de concurrence déloyale ou pour un arbitre, le problème qui se pose est similaire. Dans les deux cas, les contestations portent sur l'étendue de la compétence du tiers saisi désigné dans une clause du contrat au regard des obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale et liées à ce contrat. Quelques sentences arbitrales publiées ainsi que quelques décisions rendues par les juridictions françaises dans le domaine des actes de concurrence déloyale seront rappelées afin de souligner l'incertitude que génère une rédaction vague des clauses relatives à la compétence quant au for ou au tiers compétent pour connaître de l'action en concurrence déloyale (*A- Le choix de l'arbitrage* ; *B- Le choix du for*).

A Le choix de l'arbitrage

283. - Les litiges relatifs à un acte de concurrence déloyale sont arbitrables, qu'ils se rattachent à un litige en matière de propriété intellectuelle[737] ou à un litige en matière de contrat de distribution[738]. S'il est difficile de connaître l'importance du contentieux relatif à des actes de concurrence déloyale porté devant un arbitre ou un tribunal arbitral, la consultation des sentences publiées ainsi que des décisions de justice rendues dans ce domaine montre que la question de l'étendue de la compétence de l'arbitre au regard des obligations non contractuelles résultant de ce type de comportements déloyaux est fondamentale en pratique.

284. - La vérification par l'arbitre de sa compétence au regard des obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale – En vertu du principe selon lequel l'arbitre est le seul juge de sa propre compétence[739], il lui revient d'interpréter la clause compromissoire afin de déterminer l'étendue de sa compétence

[737] M. BLESSING, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International* 1996, vol. 12, n°2, pp.191-222, spéc. p. 194 et suiv.
[738] B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Recueil des Cours* 2002, t. 296, pp. 119-221, spéc. p. 199 et suiv., et les références bibliographiques citées.
[739] P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., spéc. p. 409.

au regard de la demande de nature délictuelle fondée sur un acte de concurrence déloyale. Lorsqu'il est saisi en vertu d'une clause compromissoire de demandes qui ont à la fois un fondement contractuel et délictuel et que la clause compromissoire est rédigée de manière vague, l'arbitre doit en principe caractériser dans les faits l'existence d'un lien étroit entre le contrat et l'acte de concurrence déloyale en cause afin de s'estimer compétent pour la demande fondée sur la concurrence déloyale[740]. Un tribunal arbitral avait par exemple été saisi en 2003 d'une demande visant à la réparation du préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale liés à un contrat de licence exclusive d'usage de savoir-faire et de brevets[741]. L'une des parties soulevait comme moyen de défense l'incompétence de l'arbitre quant à la demande fondée sur la concurrence déloyale, dans la mesure où la clause compromissoire ne visait que les « différends relatifs à l'interprétation et/ ou l'exécution du contrat ». Le tribunal arbitral a décidé qu'il était « compétent pour connaître d'actes de concurrence déloyale, soit d'actes illicites dans la mesure où de tels actes sont intimement liés à l'inexécution ou à la mauvaise exécution d'un accord contractuel comportant une clause compromissoire.[742] »

285. - La jurisprudence arbitrale est constante depuis de nombreuses années. Déjà, dans la sentence rendue dans l'affaire 5477 en 1988[743], un tribunal arbitral avait été saisi par une société d'une demande de nature contractuelle. La société défenderesse avait introduit une demande reconventionnelle basée sur une action de nature contractuelle, et sur une action de nature délictuelle fondée sur l'existence de faits de concurrence déloyale et de contrefaçon. Les arbitres se sont estimés compétents en déclarant que "*these claims are so closely interlinked that they are both within the jurisdiction of the tribunal conferred by (the arbitration agreement) of the contract. Indeed, in order to assess damages properly, and to avoid overlapping, it is unavoidable to consider both claims together (...)*". Cette solution a également été retenue dans la sentence CCI

[740] Sur la compétence de l'arbitre au regard des obligations non contractuelles, C. RAYMOND, « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *TCFDIP* 1988-1989, pp. 97-119 ; M. de BOISSESON, « L'arbitre international et le problème de la qualification », dans *Mélanges Claude Raymond*, 2004, pp. 29-42.
[741] Sentence CCI n°10988 rendue en 2003, *JD*I 2006, p.1408, note B.D.
[742] *Ibid.*
[743] Se reporter également à la sentence CCI n°5477rendue en 1988, *JDI* 1988, p.1204, note G.A.A.

n°8817 rendue en 1997[744] ; un arbitre avait été saisi d'une demande de dommages-intérêts fondée, notamment, sur la rupture anticipée d'un contrat de distribution exclusive et sur un comportement déloyal. L'arbitre a caractérisé l'existence d'un lien entre les deux demandes, en précisant que "*there is a connection between the termination of the contract, in particular in so far as it was based on the dismissal of Mr. A, and X's alleged unfair competition*". Ainsi, enfin, de la sentence CCI n°7319 rendue en 1992[745], dans laquelle l'arbitre s'est estimé compétent pour trancher le litige relatif à l'acte de concurrence déloyale allégué en considérant que

> "*Claimant's claim for damages for unfair competition is based on the violation of a contractual right allegedly conferred by claimant to defendant pursuant to Agreement II, while said Agreement was still in force. This is sufficient to conclude that such claim falls within the competence of the sole arbitrator. This conclusion does not taint the question whether such claim is justified on the merits*".

De manière générale, il semble ainsi admis que l'arbitre se reconnaît compétent pour les questions de concurrence déloyale lorsque la clause compromissoire ou le compromis sont rédigés de manière suffisamment large pour les englober, et qu'il existe un lien étroit entre le comportement déloyal et le contrat contenant la clause compromissoire. Le critère de la connexité des demandes contractuelles et délictuelles permet à l'arbitre de fonder sa compétence pour statuer sur des questions de concurrence déloyale.

286. - Le respect du principe compétence-compétence par les juridictions françaises - Les exemples de décisions rendues par une juridiction étatique saisie d'une demande de réparation du dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale alors que le contrat contenait une clause compromissoire montrent que le juge étatique respecte de manière générale le principe compétence-compétence. La compétence de l'arbitre ne peut être valablement contestée devant le juge national que si la clause compromissoire est nulle ou manifestement inapplicable. La Cour de Cassation rappelle très ce principe ; ainsi, par exemple, dans un arrêt rendu le 16 novembre 2004, la

---

[744] Sentence CCI n°8817 rendue en 1997, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000*, J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher, p. 415, spéc. p. 419.
[745] Sentence CCI n°7319 rendue en 1992, *Yearbook Commercial Arbitration* 1999, A.J. van den Berg (ed.), vol. XXIVa, pp. 141-148.

Première Chambre civile s'est prononcée sur le principe compétence-compétence dans un litige opposant une association française à une association allemande et à une société de droit allemand auxquelles la première reprochait des actes de concurrence déloyale[746]. Les juridictions du fond s'étaient estimées compétentes nonobstant l'existence d'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat, en considérant que l'action en concurrence déloyale ne rentrait pas dans le champ de la procédure d'arbitrage. La Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en jugeant, au visa du « principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence », que, « sans relever, alors que la partie allemande la contestait, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle au principe susvisé, qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision [747]».

287. - La Première Chambre civile a de nouveau rappelé le principe dans un arrêt rendu le 8 novembre 2005[748], dans lequel elle a jugé que « attendu qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ; que, pour dire le tribunal de commerce compétent pour statuer sur la demande en concurrence déloyale, l'arrêt retient que le litige étant étranger à la sphère contractuelle, il ne relève pas de la convention d'arbitrage limitée aux difficultés survenant dans l'exécution ou l'interprétation des conventions ou par suite de leur résiliation ; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles (1458 et 1466) du nouveau Code de Procédure civile ». Dans un autre affaire, enfin, à la suite de la rupture de leurs relations de travail, A s'était engagé par un protocole contenant une clause compromissoire à ne pas concurrencer une société (B) pendant une certaine période. N'ayant pas respecté son engagement de non-concurrence, B l'a assigné devant une juridiction française en réparation du préjudice résultant de la

[746] Cass., 1ère civ., 16 novembre 2004, pourvoi n°02-11866.
[747] *Ibid.*
[748] Cass., 1ère civ., 8 novembre 2005, pourvoi n°02-18512, *Bull. civ.* I, n°402, p.336 ; *RTDciv* 2006, n°1, chron. 2, p.43, obs. P. Jhery.

violation de la clause de non-concurrence et d'un comportement déloyal. Pour faire entrer la demande fondée sur la concurrence déloyale dans le champ d'application de la clause compromissoire, la Cour de Cassation a énoncé que « la cour d'appel a exactement retenu que le litige était en relation avec l'accord contenant la clause d'arbitrage ; qu'il en résulte que cette convention d'arbitrage n'était pas manifestement inapplicable, et que le juge a exactement renvoyé les parties à l'arbitrage en vertu de la règle selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa propre compétence [749]». Les juridictions françaises saisies d'une demande d'annulation de la sentence arbitrale respectent donc de manière générale l'approche de l'arbitre lorsqu'il détermine sa compétence au regard d'obligations non contractuelles découlant, notamment, d'actes de concurrence déloyale[750].

288. - Lorsqu'un acte de concurrence déloyale survient entre deux parties liées par un contrat, le professionnel lésé saisit fréquemment l'arbitre désigné par la clause compromissoire contenue dans ce contrat pour obtenir la réparation du dommage qu'il a subi. L'un des moyens de défense de l'auteur de l'acte consiste fréquemment à contester la compétence de l'arbitre pour connaître des obligations non contractuelles en prétendant que le champ d'application de la clause est limité aux obligations découlant du contrat. L'arbitre examine lui-même sa propre compétence, et se reconnaît en général compétent lorsqu'il existe un lien entre l'acte de concurrence déloyale et le contrat. Les juridictions françaises suivent cette approche et respectent la compétence de l'arbitre.

B Le choix du for

289. - Dans la majeure partie des cas, il semble que les contrats internationaux de distribution ne visent dans la clause attributive de juridiction que les litiges survenant à

[749] Cass., 1ère civ., 30 octobre 2006, n°04-11629; *Bull. civ.* I, n°443, p.379.
[750] Pour l'approche retenue par les juridictions américaines, se reporter, notamment, à G. B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreement: Drafting and Enforcing*, 2nd Ed., Kluwer, spéc. p.321.

l'occasion de l'exécution du contrat en cause où postérieurement à sa résiliation. Le professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale devrait alors en principe agir contre son cocontractant par application des règles de compétence internationale pour obtenir la réparation du dommage qu'il a subi du fait de ce comportement[751]. La pratique montre cependant qu'un demandeur intente très fréquemment une action en concurrence déloyale complémentaire à une action de nature contractuelle afin de regrouper les deux actions devant le même juge. La transposition des solutions dégagées par le juge communautaire dans ce cas de figure ne permettent pourtant pas, lorsque le contrat ne contient pas de clause attributive de juridiction, d'assurer le respect de la prévisibilité du for compétent, et tend à multiplier les fors compétents (*a) L'incertitude en l'absence de clause d'élection de for*). La contestation fréquente de la compétence du juge désigné pour connaître des contestations nées de l'exécution du contrat ou liées à ce contrat montre que la prévisibilité du for n'est pas davantage assurée lorsque cette clause est rédigée de manière vague (*b) L'incertitude en présence d'une clause d'élection de for vague*).

a) L'incertitude en l'absence de clause d'élection de for

290. - Les risques de multiplication des fors compétents – La Cour de Justice des Communautés européennes a jugé qu'une juridiction compétente pour statuer sur une action de nature délictuelle sur le fondement de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ne l'est pas pour connaître des demandes formées sur un fondement non délictuel[752]. Le juge communautaire a lui-même admis que cette solution pouvait entraîner une multiplication des fors compétents [753]; il l'a cependant justifiée par le principe de l'interprétation stricte des exceptions à la règle de compétence générale de l'article 2[754]. Les juridictions françaises suivent cette approche assez stricte de la

[751] Sur ces règles, *supra*, § 247 et suiv.
[752] CJCE, *Kalfélis*, 27 septembre 1988, aff. 189/87, Rec., p. 5565, pt. 16 ; *RCDIP*1989, p.215, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1989, p.457, note A. Huet ; *D.* 1989, somm. comm. p.254, obs. B. Audit.
[753] CJCE, *Kalfélis*, op. cit, pt. 17.
[754] Sur le principe de l'interprétation stricte des règles de compétence spéciales, *supra*, § 137 et suiv.

dissociation de l'action de nature contractuelle et de l'action en concurrence déloyale. Ainsi par exemple de la Première Chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt rendu le 30 mars 2004[755]. Un partenariat commercial liait une société autrichienne X, une société belge Y et une société française Z. La société X a mis fin au contrat lorsque l'une des deux autres sociétés est passée sous le contrôle d'une société tierce. La société Z a alors agi devant une juridiction française en réclamant une condamnation au paiement d'une indemnité pour rupture abusive du contrat, ainsi que des dommages-intérêts pour concurrence déloyale. La juridiction française s'est estimée compétente pour les deux actions, de nature contractuelle et de nature délictuelle. La Cour de Cassation a cependant cassé l'arrêt de la Cour d'appel en rappelant que « les demandes avaient l'une un fondement contractuel et l'autre un fondement délictuel et que la juridiction compétente pour statuer sur le fondement de l'article 5, 3 de la Convention de Lugano ne l'est pas pour connaître des demandes faites sur un fondement contractuel ».

291. - En application de la jurisprudence *Kalfélis*, le professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale lié à l'exécution d'un contrat devrait par conséquent, en l'absence de clause d'élection de for, intenter l'action de nature contractuelle devant le tribunal compétent en vertu de l'article 5, point 1 du *Règlement Bruxelles I* et intenter l'action en concurrence déloyale devant le tribunal du lieu où l'acte de concurrence déloyale s'est produit en vertu de l'article 5, point 3 du même texte. Il ne peut pas porter les deux actions devant la seule juridiction compétente en vertu de la règle applicable en matière contractuelle ou devant la seule juridiction compétente en vertu de la règle applicable en matière délictuelle, mais doit, en l'absence de preuve d'une connexité, les dissocier[756]. Cette solution semble de prime abord multiplier à l'excès le nombre de juridictions compétentes pour trancher les litiges nés entre les mêmes parties. Ainsi, par exemple, si un contrat contenant une clause de non concurrence lie un professionnel X établi dans un Etat A et un professionnel Y établi dans un Etat B, et doit être exécuté dans l'Etat B. Si le professionnel Y rompt de manière brutale les relations commerciales, résilie unilatéralement le contrat et ne respecte pas la clause de non concurrence, X dispose d'un choix pour demander la réparation du préjudice qu'il a subi

[755] Cass., 1ère civ., 30 mars 2004, n°01-12939, *Bull. civ*. I, n°99, p.80.
[756] Sur la connexité, *infra*, § 292.

du fait de ces comportements. L'action de nature contractuelle pourrait être intentée dans l'Etat B du domicile du professionnel en vertu de l'article 2 du *Règlement Bruxelles I* ou devant la juridiction du lieu dans lequel l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée en vertu de l'article 5, point 1. Si le non respect de la clause de concurrence entraîne pour le professionnel X une perte de clientèle dans l'Etat B, il pourrait également agir en concurrence déloyale dans l'Etat B en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*. Si le préjudice matériel était subi dans l'Etat A, il devrait intenter l'action en concurrence déloyale dans l'Etat A. Dans tous les cas, il pourrait agir devant les juridictions de l'Etat B en vertu de la règle *actor sequitur forum rei*, et le juge saisi serait compétent à la fois pour l'action de nature contractuelle et pour l'action en concurrence déloyale. Consciente du risque de multiplication des fors compétents que génère la solution rendue dans l'arrêt *Kalfélis*, le juge communautaire avait en effet, le cas échéant, incité le demandeur à porter l'ensemble de ses demandes, de nature contractuelle et de nature délictuelle, devant les juridictions de l'Etat du domicile du défendeur en vertu de la règle de compétence juridictionnelle générale[757]. Mais si le professionnel lésé ne souhaite pas agir dans l'Etat du domicile de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale, il peut également invoquer la connexité.

292. - Le regroupement du litige et la connexité entre l'action en concurrence déloyale et l'action de nature contractuelle – Comme dans le domaine de l'article 2 du *Règlement Bruxelles I*, l'existence d'une connexité entre la demande de nature contractuelle et la demande fondée sur la concurrence déloyale permet d'éviter la multiplication des fors compétents. Par exemple, une action avait été intentée devant les juridictions françaises contre une société de droit danois et sa filiale française pour violation de la garantie d'éviction prévue dans le contrat de distribution, rupture de relations commerciales et concurrence déloyale. La Cour d'Appel de Versailles a jugé qu'il existait un lien de connexité certain entre les demandes fondées sur la rupture abusive d'un contrat de distribution et sur la concurrence déloyale justifiant la compétence d'un juge français[758]. L'action en concurrence déloyale est parfois également englobée dans l'action de nature contractuelle en jouant sur la qualification.

---

[757] CJCE, *Kalfélis*, 27 septembre 1988, op. cit., pt. 22.
[758] CA Versailles, 12e ch.sect. 2, 16 septembre 2004, *SARL Ecco France c/ SARL Ecco France Diffusion*, Juris-Data n°2004-276813; M.-E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente », op. cit..

La Cour de Cassation a ainsi jugé que l'action est de nature contractuelle dès lors que « les actes de concurrence déloyale (…) n'apparaissent que comme des conséquences postérieures à la rupture des relations contractuelles, dans la mesure où la demanderesse n'avait formé qu'une seule demande en dommages-intérêts, qui tendait à la reconnaissance du caractère abusif de la rupture contractuelle [759]».

293. - L'articulation des règles de compétence telle qu'elle est imposée par le juge communautaire et respectée par les juridictions françaises ne semble donc pas propice à une prévisibilité suffisante du for compétent, et contribue à complexifier inutilement la matière. Si le demandeur lésé par un acte de concurrence déloyale ne souhaite pas agir dans l'Etat du domicile de l'auteur du comportement déloyal, il doit, le cas échéant, intenter l'action de nature contractuelle et l'action en concurrence déloyale dans des Etats différents en fonction de la réalisation dans l'espace des critères de rattachement prévus dans les articles 5, point 1 et 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*. Cette multiplication des actions est coûteuse pour le professionnel victime d'un acte de concurrence déloyale, et pourrait être évitée si une clause attributive de juridiction incluait la demande fondée sur la concurrence déloyale dans le champ de la compétence du tiers désigné.

b) L'incertitude en présence d'une clause d'élection de for vague

294. - L'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un contrat international garantit en principe la prévisibilité du for et des solutions pour les parties au contrat. Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir si l'existence d'une telle clause dans le contrat peut contribuer à rétablir une certaine prévisibilité du for compétent pour connaître de l'action en concurrence déloyale intentée par l'une des parties au contrat contre l'autre partie après sa conclusion. La position des juridictions

[759] Cass., 1ère civ., 15 mai 2001, n°99-17132, *Bull. civ.* I, n°134, p.88 ; *JDI* 2001, p.1121, note A. Huet ; *JCP G* 2001.10634, p.220, note J. Raynayd ; *D.* 2002, n°17, Jurisp., p.1397, note B. Audit.

françaises semble aller vers un refus d'extension du champ d'application de la clause attributive de juridiction à l'action en concurrence déloyale lorsque la clause désigne une juridiction étrangère et que les actes de concurrence déloyale ont été réalisés sur le territoire français.

295. - La mise à l'écart de l'action en concurrence déloyale du champ d'application de la clause d'élection de for – La première tendance constatée consiste, pour le juge français, à se déclarer compétent pour connaître d'une action en concurrence déloyale dès lors que le demandeur a intenté cumulativement une action de nature contractuelle et une action en concurrence déloyale, et que seule la première est retenue. Par exemple, une juridiction française avait été saisie par une société française (A), qui reprochait à une société italienne (B) « des manquements à ses obligations contractuelles » découlant du contrat de concession de vente et de distribution, ainsi que des actes de concurrence déloyale[760]. La société A fondait sa demande de réparation sur la rupture des relations contractuelles, ainsi que sur le démarchage par la société B de ses clients, en dépit de l'exclusivité commerciale consentie par la société B à la société A sur le territoire français. Le contrat de concession de vente et de distribution contenait une clause désignant un tribunal italien[761]. La Cour d'Appel de Dijon a considéré que la demande était fondée sur la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle et non délictuelle. Elle a ainsi fait droit à l'exception d'incompétence soulevée par la société B au profit du tribunal italien désigné dans la clause attributive de juridiction. La motivation de la décision n'est pas très détaillée, mais il semble que cette question ait été écartée du champ d'application de la clause d'élection de for.

296. - La seconde tendance consiste, pour les juridictions françaises, à s'estimer compétentes en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*, lorsque l'acte de concurrence déloyale s'est produit en France nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridiction désignant une juridiction étrangère pour connaître des demandes fondées sur les obligations contractuelles. Ainsi d'un litige qui opposait une société de droit allemand X à une société de droit français Y au sujet d'un contrat de

[760] CA Dijon, 09 septembre 2008, n°07/01612, disponible sur <www.lamylinereflex.fr>.
[761] La clause est citée dans la décision : « Le présent contrat est discipliné par la loi italienne. Pour toutes les controverses relatives à l'interprétation, à l'exécution, à l'existence et à la validité du présent contrat, seul le tribunal de Pordenone sera compétent».

concession prévoyant la distribution des produits de la société X en France par la société Y. Cette dernière avait assigné la société Y en concurrence déloyale devant les juridictions françaises pour débauchage de salariés et de sous-traitants. La défenderesse avait alors invoqué l'incompétence de ces dernières en se fondant sur une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat de concession désignant une juridiction allemande. Pour confirmer la compétence des juridictions françaises, la Cour de Cassation a considéré que la compétence du juge désigné dans la clause attributive de juridiction ne pouvait être étendue à l'action en concurrence déloyale, dès lors que les demandes des sociétés D et E reposaient sur un fondement délictuel, consistant en « des faits de concurrence déloyale résidant dans le débauchage de salariés et de sous-traitants, ainsi que dans le détournement de commandes en vue de capter leur clientèle, et (…) la demande de reprise des stocks n'était formulée qu'au titre de la réparation du préjudice subi du fait des détournements de clientèle allégués[762] ». Elle a ainsi clairement distingué les demandes ayant une nature contractuelle fondées sur des clauses du contrat de concession (relevant de la compétence exclusive du tribunal désigné dans la clause attributive de juridiction), et les demandes fondées sur la concurrence déloyale pouvant être portées devant les juridictions françaises par application de l'article 5, point 3 de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ou du *Règlement Bruxelles I*.

297. - Le fondement de la mise à l'écart - De manière générale, la tendance des juridictions françaises consiste à interpréter strictement la clause attributive de juridiction. Si un tribunal étranger est désigné dans la clause d'élection de for contenue dans un contrat conclu entre l'auteur et la personne lésée par un acte de concurrence déloyale avant la survenance de celui-ci, le juge français s'estime compétent pour l'action en concurrence déloyale, mais renvoie le demandeur à mieux se pourvoir pour l'action fondée sur l'inexécution d'obligations contractuelles[763]. Comme pour les actes de concurrence déloyale commis sur l'internet[764], les juridictions françaises assurent la régulation des comportements déloyaux commis sur leur territoire, alors même qu'ils

[762] Cass., com., 21 mars 2000, *Soc. Maquet c/ Soc. Becker Holding et autres*, *RCDIP*2000, p.792, note A. Sinay-Cytermann.
[763] Voir cependant un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles le 28 septembre 2006, n°322, disponible sur <www.legifrance.gouv.fr>, ayant accepté que l'action de nature contractuelle soit portée devant la juridiction française déjà saisie d'une action en concurrence déloyale entre les mêmes parties.
[764] *Supra*, § 254 et suiv.

sont liés à un contrat pour lequel une autre juridiction est compétente. Cette situation n'est pas choquante au regard du caractère national du standard de comportement utilisé en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé[765]. Elle se justifie également principalement par le fait que le juge français ne peut se prononcer que sur sa propre compétence, et non sur la compétence de la juridiction désignée dans la clause attributive de juridiction. Lorsque la clause est rédigée de manière trop vague, il semble ainsi difficile de transposer l'approche retenue par les arbitres, consistant à s'estimer compétent dès lors qu'il existe un lien étroit entre le contrat et l'acte de concurrence déloyale. Accepter le contraire reviendrait à se prononcer sur la compétence du juge désigné dans la clause attributive de juridiction. En revanche, les juridictions françaises devraient décliner leur compétence lorsque la clause est rédigée de manière suffisamment précise pour inclure les actions de nature délictuelle fondées sur un acte de concurrence déloyale.

298. - La concurrence déloyale au sein de la Convention de la Haye sur les clauses d'élection de for - En vertu de l'article 2, point 2, h), la *Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for* exclut de son champ d'application la matière des « entraves à la concurrence ». La matière de la concurrence déloyale ne fait cependant pas partie des matières exclues du champ d'application de cette convention. Le rapport explicatif précise[766] en effet que « *l'alinéa h) ne recouvre pas ce qui est désigné en français sous l'expression « concurrence déloyale » - par exemple la publicité mensongère ou la concurrence parasitaire* ». Cette précision pourrait en théorie être de nature à susciter le développement de l'extension du champ d'application des clauses d'élection de for aux obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale lorsque l'une des parties au contrat est établie sur le territoire d'un Etat tiers à l'Union européenne. Il semble cependant que la tendance constatée en France le soit également dans d'autres pays. Certaines juridictions américaines retiennent en effet leur compétence pour connaître d'une action en concurrence déloyale intentée cumulativement à une action de nature contractuelle alors que le contrat contient une clause d'élection de for attribuant compétence à une autre juridiction. Ainsi,par

[765] *Supra*, § 41.
[766] M. DOGAUCHI et T. HARTLEY, *Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, spéc. p. 32-33.

exemple, dans une affaire *Philips v. Audio Active Ltd*[767], la juridiction de New York a été confrontée au problème du champ d'application d'une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat conclu entre un artiste et sa maison de disque. Cet artiste avait agi devant cette juridiction en fondant sa demande sur une violation du droit d'auteur, enrichissement sans cause, concurrence déloyale et inexécution d'obligations contractuelles par la maison de disque. La clause était rédigée de la manière suivante: « *the validity, construction and effect of this agreement (...) shall be governed by English law and any legal proceedings that may arise out of it are to be brought in England* ». La juridiction new-yorkaise avait conclu que l'utilisation de l'expression « *that may arise out of it* » couvrait seulement les obligations contractuelles, et non toutes les demandes ayant un lien éventuel avec le contrat, même si elles découlaient de l'exécution du contrat. Par conséquent, les demandes ayant un fondement délictuel, c'est-à-dire basées sur la violation du droit d'auteur et la concurrence déloyale, ne rentraient pas dans le champ d'application de la clause d'élection de for. La compétence exclusive des juridictions anglaises ne jouant plus, la juridiction new-yorkaise avait ainsi compétence pour connaître de ces demandes dès lors que les critères de compétence étaient réalisés dans son ressort.

299. - L'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un contrat garantit de manière certaine la prévisibilité du for compétent pour connaître des futures actions de nature contractuelle intentées par l'une des parties. Tel n'est en revanche pas le cas pour l'action en concurrence déloyale lorsqu'elle ne précise pas que son champ d'application s'étend également aux obligations non contractuelles liées à l'exécution ou à la résiliation du contrat. Dans ce cas, les juridictions françaises ont tendance à refuser la compétence de la juridiction étrangère désignée dans la clause et à retenir leur compétence lorsque les actes de concurrence déloyale ont été commis sur le territoire français.

[767] *Philips v. Audio Active Ltd*, 494 F.3d378 2d Cir. 2007.

300. - Conclusion de la Section 1 – L'admission du choix – De manière générale, l'admission du choix mutuel de la compétence dépend, en matière de concurrence déloyale, de la qualité de la personne lésée par le comportement déloyal. Il est strictement encadré entre le professionnel et le consommateur afin d'éviter que le professionnel n'impose sa volonté, et n'est admis qu'à certaines conditions devant permettre de vérifier que le consommateur a exprimé un consentement éclairé. Il ne devrait alors être admis de manière très réduite dans le domaine des pratiques commerciales déloyales afin de préserver les intérêts des consommateurs. Dans les relations entre professionnels, l'extension du choix de la compétence prévue dans le contrat aux obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale dépend de deux facteurs : la rédaction vague ou précise de la clause relative à la compétence, et la désignation d'un arbitre ou d'un juge étatique. L'arbitre acceptera sa compétence s'il existe un lien étroit entre l'acte de concurrence déloyale et le contrat contenant la clause compromissoire. Les juridictions françaises ont quant à elles tendance à refuser de se déclarer incompétentes, nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridiction désignant une juridiction étrangère contenue dans un contrat présentant un lien avec l'acte de concurrence déloyale en cause, lorsque ce dernier s'est réalisé sur le territoire français.

Section 2 Les fondements du choix entre professionnels

301. - Admettre la possibilité pour les professionnels entretenant des relations contractuelles de s'entendre mutuellement sur la compétence d'un tiers chargé de trancher le litige relatif à un acte de concurrence déloyale n'est pas suffisant. La pratique donne de nombreux exemples de contestation de la compétence du tiers désigné dans la clause attributive de juridiction ou dans la clause compromissoire pour trancher les litiges relatifs aux actes de concurrence déloyale présentant des liens avec un contrat[768]. Si l'on considère cependant que la négociation de la compétence opère en théorie à armes égales entre les professionnels, certaines études relatives aux modes de résolution des conflits montrent les avantages du choix mutuel de la compétence, et la pertinence de leurs est examinée dans le domaine des actes de concurrence déloyale (*§1 – L'équilibre entre les intérêts mutuels et individuels* ; *§2 – Les enjeux de l'accès à l'information*).

§1 L'équilibre entre les intérêts mutuels et individuels

302. - Les modes de résolution des litiges ont été analysés sous l'angle des méthodes de l'analyse économique du droit, la plupart d'entre elles étant ciblées sur l'arbitrage[769]. L'étude des clauses attributives de juridiction et des clauses d'élection de

[768] *Supra*, § 283 et suiv..
[769] Notamment, R. D. COOTER and D. RUBINFELD, "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution", *Journal of Economic Litterature* 1989, pp. 1067-1097; S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, Vol.24, n°1 (1995), pp.1-28; N. CHAPPE, « L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage », *Revue française d'économie* 2000, pp.187-208.

droit sous un angle économique se développent également[770]. De manière générale, ces analyses cherchent à identifier ou à expliquer le comportement des parties dans le cadre de la procédure d'arbitrage, ou en cours d'exécution du contrat contenant une clause relative à la compétence. Elles seront utilisées comme point de départ à la justification de l'extension du champ d'application des clauses relatives à la compétence aux actes de concurrence déloyale, en les élargissant à tous les cas dans lesquels un tiers est désigné pour trancher le litige (juge étatique ou arbitre).

303. - L'anticipation de la décision finale, motif du choix – De manière générale, le choix mutuel de la compétence d'un tiers chargé de trancher les litiges pouvant survenir au regard des obligations contractuelles existant entre les parties à un contrat est fondé sur la prévisibilité du for ou de l'arbitre désigné. Les études fondées sur l'analyse économique des modes de résolution des litiges considèrent que le tiers désigné va chercher à étendre sa réputation de « bon arbitre » en rendant une décision de compromis[771], qui satisfasse l'ensemble des parties, et qui se conforme aux décisions rendues par ses pairs[772]. Il va également chercher à conserver une bonne réputation en faisant en sorte que sa décision ne soit pas réformée par une juridiction étatique[773]. Selon ces théories, l'arbitrage serait une procédure moins coûteuse que la justice étatique, dans la mesure où le comportement de l'arbitre serait davantage prévisible par les parties. Les parties pourraient donc élaborer leurs stratégies en fonction de leurs anticipations quant à la décision finale de l'arbitre. Ces anticipations permettraient de diminuer les coûts de la procédure en réduisant les risques liés à la sentence finale. Le comportement des parties à un contrat dans le choix de la compétence d'un juge étatique ou d'un arbitre puis lors de la procédure serait ajusté par les anticipations de la décision finale que le tiers désigné est susceptible de rendre. Il convient alors d'en apprécier l'opportunité au regard des litiges de concurrence déloyale.

---

[770] Notamment, C. KIRCHNER, "An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses", in *An Economic Analysis of Private International Law*, J. Basedow and T. Kono (Ed. by), Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 33-53.; E. O'HARA, "The Jurisprudence and Politics of Forum-Selection Clauses", *Chicago Journal of International Law* 2002, p. 301.

[771] N. CHAPPE, « L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage », op. cit., spéc. p. 55 et suiv.

[772] S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", op. cit.

[773] S. LAZAREFF, « L'arbitre est-il un juge ? », dans *Liber amicorum Claude Reymond*, Litec, Paris, 2004, pp.173-183.

304. - L'influence du moment du choix sur la contestation de la compétence du tiers désigné – Un accord sur la compétence postérieur à la survenance du litige favoriserait sa résolution à l'amiable, dans la mesure où, par exemple, pour effectuer un choix entre un juge étatique et un arbitre, les parties peuvent en théorie anticiper et comparer les solutions que chacun d'eux aurait rendu dans le litige en cause[774]. Lorsque l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et le professionnel lésé sont liés par un contrat, le choix de la compétence d'un arbitre par le biais d'un compromis présente en théorie un intérêt, car il pourrait réduire les risques de contestation de sa compétence pour trancher le litige de concurrence déloyale. L'appréciation par l'arbitre de sa propre compétence semble également plus aisée, dans la mesure où il n'a pas à caractériser un lien entre l'acte de concurrence déloyale et le contrat contenant une clause compromissoire lui attribuant compétence[775]. La Cour de Cassation a d'ailleurs une position assez stricte à ce sujet, dans la mesure où elle considère que « lorsque son investiture procède d'un compromis, l'arbitre ne peut, sans nouvel accord des parties, être saisi par une partie d'une demande incidente n'entrant pas, par son objet, dans les prévisions du compromis [776]». Le non-respect par l'arbitre de l'étendue de sa compétence précisée dans le compromis est alors un motif d'annulation de la sentence arbitrale. Il semble cependant rare dans la pratique des relations entre professionnels que les parties soumettent leur litige à un arbitre ou à un tribunal arbitral par la voie d'un compromis, c'est-à-dire après la naissance de l'obligation non contractuelle. La lecture des sentences arbitrales publiées montre que l'accord des deux parties sur la soumission de leur litige à la procédure d'arbitrage s'exprime le plus souvent par avance, par l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat international.

305. - Lorsque le demandeur intente une action en concurrence déloyale devant un juge étatique différent de celui qui est désigné dans le contrat qui le lie à l'auteur de l'acte de concurrence déloyale, le choix mutuel de la compétence peut résulter du mécanisme de prorogation de la compétence prévu à l'article 24 du Règlement *Bruxelles I*, qui dispose, *inter alia*, que « *le juge d'un Etat membre devant le défendeur comparaît est compétent* » sauf si « *la comparution a pour objet de contester la*

---

[774] S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", op. cit.
[775] Sur cette question, *supra*, §284.
[776] Cass., 1ère civ., 16 mars 2007, pourvoi n°06-16.423.

compétence ». L'auteur de l'acte de concurrence déloyale attrait devant la juridiction d'un Etat membre compétente pour connaître des litiges liés au contrat qui le lie avec le professionnel lésé, et qui ne conteste pas cette compétence confirme le choix opéré par le demandeur alors même que la juridiction désignée ne serait pas compétente en vertu des articles 2 ou 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* pour la demande fondée sur une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale. D'un point de vue procédural, l'extension du champ d'application de la clause attributive de juridiction au regard de cette dernière permet d'éviter la multiplication des fors compétents[777] ainsi que les problèmes de localisation de l'acte de concurrence déloyale en cas de dissociation de ses éléments dans l'espace.

306. - L'influence du choix opéré avant la survenance de l'acte de concurrence déloyale sur le comportement des parties au contrat - De manière générale, les auteurs considèrent que l'accord mutuel des parties sur le principe de la compétence d'un tiers chargé de trancher le litige avant sa survenance génère des bénéfices mutuels importants, dans la mesure où il inciterait les parties à avoir des comportements préventifs[778]. L'insertion d'une clause relative à la compétence au moment de la conclusion du contrat aurait ainsi un impact sur le comportement des parties au cours de l'exécution du contrat. Si les parties peuvent prévoir le tiers compétent ainsi que les normes qui sont applicables, elles peuvent adapter leur comportement. Cette solution est une application du principe général de prévisibilité des solutions, qui est recherché à la fois dans le domaine de la compétence et dans le domaine du droit applicable. Elle présente cependant un intérêt dans le domaine de la concurrence déloyale, dans la mesure où le choix de la compétence pourrait inciter l'auteur à ne pas commettre d'acte de concurrence déloyale. Ainsi, par exemple, si le choix du tiers ne lui est pas favorable, ou si le choix de la loi applicable lui permet de savoir exactement ce qui est loyal ou déloyal dans le pays dans lequel il exerce ses activités liées au contrat.

---

[777] Sur cette question en cas d'absence de clause attributive de juridiction ou d'une clause dont le champ d'application est restreint aux obligations contractuelles, *supra*, §290 et suiv.

[778] S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, Vol.24, n°1 (1995), pp.1-28; N. CHAPPE, « L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage », op. cit., spéc. p. 24.

307. - Les conclusions de ces études pourraient justifier le choix par les parties à un contrat de la compétence d'un tiers chargé de trancher les litiges relatifs à des obligations non contractuelles avant la survenance de l'acte de concurrence déloyale. Leur impact doit cependant être nuancé dans la mesure où elles sont conditionnées à un accès suffisant à l'information pour les parties au contrat sur la compétence et les solutions envisageables en matière d'actes de concurrence déloyale.

§2 - Les enjeux de l'accès à l'information

308. - Le choix de la compétence ne peut avoir une influence sur le comportement des parties que si celles-ci disposent d'une information suffisante à la fois sur les éléments permettant d'opérer un choix, et sur les conséquences de ce choix en termes d'anticipation des résultats. Or l'accès à l'information diffère considérablement selon que les parties à un contrat envisagent de choisir un juge étatique ou un arbitre (*A – L'information disponible au regard de la jurisprudence des juridictions étatiques* ; *B – L'information disponible au regard des sentences arbitrales*).

A – L'information disponible au regard de la jurisprudence des juridictions étatiques

309. - L'accès à la jurisprudence des juridictions étatiques – De manière générale, l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un contrat permet aux parties de prévoir avec certitude le for qui sera appelé à trancher leurs litiges futurs. Du point de vue des stratégies procédurales, il permet de limiter les risques de *forum shopping*[779] de la part du demandeur lésé par un acte de concurrence déloyale présentant

[779] C. KIRCHNER, "An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses", op. cit., spéc. p. 43.

un lien avec le contrat une fois que celui-ci est réalisé. Le choix de la juridiction peut également être fondé sur le fait qu'il s'agit soit d'un for neutre au regard des parties au contrat[780], soit du juge le plus adapté pour les litiges pouvant survenir dans le cadre du contrat conclu[781]. Dans le domaine de la justice étatique, les parties peuvent avoir accès aux décisions rendues soit par les juridictions d'un Etat déterminé, soit par une juridiction précise au sein de cet Etat. Cette hypothèse implique des coûts de recherche importants résultant de la consultation de conseils juridiques dans tous les Etats concernés. Elle permet cependant aux parties au contrat d'anticiper les solutions rendues dans telle ou telle juridiction en matière de concurrence déloyale, et par conséquent d'adapter leur comportement.

310. - La prévisibilité de la loi applicable à l'action en concurrence déloyale et les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* - La question du champ d'application de la loi applicable au contrat se pose lorsque le litige porté devant le juge étatique ou l'arbitre porte à la fois sur des éléments contractuels et sur des éléments extracontractuels. En vertu de l'article 14, point 1 du *Règlement Rome II*, les professionnels entretenant des relations contractuelles peuvent choisir par avance la loi appelée à régir les obligations non contractuelles dans une clause d'élection de droit contenue dans le contrat qui les lie. Ce principe devrait également être admis en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, dans laquelle les parties ont la libre disposition de leurs droits malgré l'article 6, point 4 du *Règlement Rome II*[782]. Le type de normes pouvant être désignées pour régir les obligations non contractuelles futures résultant d'actes de concurrence déloyale devrait alors être précisé. En matière d'obligations contractuelles, l'une des innovations du *Règlement Rome I* consiste à permettre aux parties « d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale [783]», ou de choisir, en tant que loi applicable au contrat, les règles du droit européen des contrats[784]. Le texte final

---

[780] O'HARA, "The Jurisprudence and Politics of Forum-Selection Clauses", op. cit., spéc. p. 307.
[781] C. KIRCHNER, "An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses", op. cit., spéc. p. 36.
[782] *Supra*, §173 et suiv.
[783] Considérant 13 du *Règlement Rome I.*
[784] Considérant 14 du *Règlement Rome I* : « *Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles* ».

ne permet cependant pas de choisir la *lex mercatoria* en tant que loi applicable au contrat, au prétexte que le contenu de ce « droit mou » ne serait pas suffisamment identifié. Si l'on transpose la solution dans le domaine des obligations non contractuelles, les parties ne pourraient donc pas soumettre leurs litiges futurs résultant d'un acte de concurrence déloyale à un code de conduite privé lorsque le contrat qui les lie contient une clause attributive de juridiction. Le juge étatique est en effet tenu par les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome I* et dans le *Règlement Rome II*. Si le contrat ne contient pas de clause d'élection de droit dont le champ d'application peut être étendu aux obligations non contractuelles résultant d'actes de concurrence déloyale, les parties peuvent toujours anticiper la loi appelée à régir leurs futurs litiges si elles optent pour une juridiction d'un Etat membre. Le juge étatique désigné déterminera en effet la loi compétente pour connaître de l'action en concurrence déloyale par application des règles de conflit de lois du for, c'est-à-dire, au sein du territoire communautaire, l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II*[785].

311. - La déduction de la loi applicable à la concurrence déloyale de l'existence d'une clause attributive de juridiction ? – Comme l'article 3, point 1 de la *Convention de Rome du 19 juin 1980* ou l'article 3, point 1 du *Règlement Rome I*, l'article 14, point 1 *in fine* du *Règlement Rome II* dispose que le choix de loi applicable aux obligations non contractuelles est « exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers ». Les articles 3 de ces deux textes contiennent une précision supplémentaire, en indiquant que « le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Ces dispositions ont permis aux juridictions étatiques d'établir un lien entre l'existence d'une clause attributive de juridiction et le choix tacite de la loi applicable[786]. En l'absence de choix exprès, les juges recherchent l'intention commune des parties sur la loi applicable au contrat. Le choix d'une juridiction d'un Etat dans une clause d'élection de for est ainsi considéré comme un élément déterminant de la localisation du contrat. La Première Chambre civile de la Cour de Cassation a par exemple rendu un arrêt sur ce point dans le cadre d'une action intentée pour rupture

[785] Sur cette question, *infra*, § 324 et suiv.
[786] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, op. cit., et les références citées.

brusque et unilatérale d'un contrat de concession exclusive de produits en Belgique et concurrence déloyale[787]. Elle ne s'est pas prononcée directement sur la loi applicable à la concurrence déloyale, mais a déduit la loi applicable au contrat de l'existence d'une clause attributive de juridiction, en jugeant que « dans le silence de la convention des parties sur la loi applicable au contrat qui présentait un caractère international, la cour d'appel a, sans dénaturation, souverainement recherché quelle avait été l'intention commune des parties sur ce point en se fondant sur les éléments qui pouvaient être déterminants de la localisation de ce contrat ; qu'elle a retenu, d'une part, que le document constatant l'accord des parties avait été établi et signé à Paris, d'autre part, qu'il contenait une clause attributive de juridiction aux tribunaux de cette ville, qu'enfin, une exécution partielle de la convention était réalisée sur le territoire français ; que (…) la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision soumettant la convention litigieuse à la loi française ». La rédaction de l'article 14, point 1 du *Règlement Rome II* ne diffère pas de celle de l'article 3, point 1 de la *Convention de Rome* sur lequel est fondée cette jurisprudence. La transposition de cette solution jurisprudentielle semble cependant devoir être encadrée en ce qui concerne les litiges relatifs à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale. Il importe en effet de limiter la déduction de la loi applicable aux cas dans lesquels la clause d'élection de for précise expressément que son champ d'application couvre les obligations non contractuelles consécutives à un comportement déloyal. Cette solution ne devrait par conséquent avoir qu'un faible impact en pratique, dans la mesure où il semble que le obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale soient très rarement expressément incluses dans le champ d'application des clauses d'élection de for.

312. - L'extension du champ d'application des clauses attributives de juridiction au domaine de la concurrence déloyale peut être justifiée par la recherche de la prévisibilité du for et des solutions qui découleront de la saisine du juge désigné. Elle reste dépendante de l'appréciation qu'en font les juridictions désignées ou saisies par le demandeur pour faire échec à cette clause. Ainsi par exemple en France, où les

[787] Cass., 1ère civ., 4 novembre 1981, n°79-15656, *Bull. civ.* I, n°326.

juridictions ont tendance à s'estimer compétentes pour connaître d'une action en concurrence déloyale intentée par l'une des parties au contrat contre l'autre, malgré l'existence d'une clause d'élection de for.

B – L'information disponible au regard des sentences arbitrales

313. - Dans le domaine de l'arbitrage, seule la volonté des parties détermine l'étendue de l'investiture de l'arbitre au regard des actes de concurrence déloyale qui pourraient être commis entre les parties à un contrat après sa conclusion. La rédaction de la clause compromissoire revêt par conséquent une importance particulière en la matière, dans la mesure où sa précision permet de réduire les risques de contestation de la compétence de l'arbitre ou de l'institution d'arbitrage désignés. Contrairement au choix mutuel d'une juridiction étatique, l'extension du champ d'application de la clause compromissoire afin d'englober les actions fondées sur les obligations non contractuelles résultant d'actes de concurrence déloyale commis entre les parties au contrat ne peut être expliqué seulement par une anticipation de la décision finale.

314. - L'accès restreint à l'information – L'accès à l'information sur le contenu des sentences arbitrales rendues soit au sein de l'institution d'arbitrage choisie, soit par un arbitre déterminé est déterminant afin que les parties puissent anticiper sa décision. Or, sauf en cas d'accord des parties, la confidentialité des débats et de la sentence est l'un des principes fondateurs de l'arbitrage international. Si certaines sentences sont publiées, la plupart ne sont pas accessibles aux parties, sauf en cas de recours formé contre la sentence arbitrale, dont le contenu serait alors accessible par le biais de la décision étatique[788]. Dans la majeure partie des cas, les parties n'ont cependant pas la possibilité de connaître les principes dégagés ou les solutions retenues soit dans des cas similaires, soit par l'arbitre qu'elles envisagent de choisir. L'accès à l'information sur le

[788] La doctrine a cherché à alerter les institutions d'arbitrage et les arbitres sur la tendance récente à l'amoindrissement de la confidentialité de l'arbitrage : P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 205, §384 et suiv. ; F. DESSEMONTET, "Arbitration and Confidentiality", *American Review of International Arbitration*, 1996, p. 299.

contenu des autres sentences arbitrales est pourtant déterminant pour que les parties puissent anticiper la décision de l'arbitre, et adapter leur comportement en fonction des gains espérés. Il semble donc extrêmement difficile de soutenir que les parties à un contrat peuvent anticiper la solution qui pourrait être rendue par un arbitre saisi d'une action en concurrence déloyale consécutive à un acte de concurrence déloyale lié à l'exécution d'un contrat contenant la clause compromissoire. L'absence d'information des parties au contrat implique donc qu'elles ne sont pas capables d'ajuster leurs comportements en matière de concurrence déloyale par rapport à d'éventuels précédents. La transposition des analyses économiques du choix de la compétence semble donc plus difficile dans le cadre de l'arbitrage en raison du principe de confidentialité de la procédure et de la sentence. Ce dernier principe justifie cependant dans certains cas le choix opéré en faveur de l'arbitrage au détriment de la justice étatique, dans la mesure où il garantit l'absence de mise en cause de la réputation du professionnel auteur de l'acte de concurrence déloyale. L'une des sanctions très fréquemment prononcée par les juridictions étatiques consiste en effet en la publication de la décision prononcée en défaveur de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale. En soumettant leurs litiges à l'arbitrage, les parties évitent donc que les différends qui les opposent ne nuisent à leur réputation sur les marchés sur lesquels elles exercent leurs activités. De la même manière, cette procédure permet de respecter la spécificité du contentieux, comme par exemple dans le domaine des secrets de fabrique, dans lequel une procédure confidentielle présente un intérêt certain.

315. - L'anticipation difficile de la loi applicable – Les parties peuvent décider si l'arbitre statue en droit ou en tant qu'amiable compositeur[789]. Dans ce dernier cas, le fait qu'il statue en équité ne semble pas permettre aux parties d'anticiper le contenu de la décision finale. Ce choix permet cependant de respecter leurs intérêts mutuels, dans la mesure où les parties sont assurées d'une juste et appropriée à leur situation, tout en respectant les dispositions d'ordre public[790]. La méthode selon laquelle l'arbitre détermine le droit applicable à l'action en concurrence déloyale ne permet pas davantage aux parties à un contrat de prévoir avec certitude quelle sera la loi appelée à

[789] Article 1497 du *Code de procédure civile* ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., spéc. §1500 et suiv.
[790] E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international, sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige », Juris-Cl. Droit international, Fasc. 586-9-1, 1996, §83 et les décisions citées.

régir les futurs actes de concurrence déloyale commis entre elles. Il ne s'agit pas ici de systématiser la manière dont l'arbitre détermine la loi applicable à l'action en concurrence déloyale, mais plutôt d'illustrer quelques cas au moyen de sentences publiées. En droit français de l'arbitrage, l'article 1496 du *Code de Procédure civile* dispose qu'en l'absence de choix de loi par les parties, l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit qu'il estime appropriées, en tenant compte des usages du commerce.

316. - Pour déterminer la loi appropriée, l'arbitre peut en premier lieu recourir à l'application cumulative des règles de conflit de lois de tous les systèmes présentant un rattachement avec le litige si elles conduisent à un résultat identique[791]. Cette méthode présente l'avantage de favoriser la prévisibilité des solutions pour les parties, mais ne peut s'appliquer lorsque les règles de rattachement désignent des lois différentes. Elle a par exemple été mise en œuvre par exemple dans la sentence CCI rendue en 1972 dans l'affaire n°1990[792]. Le litige opposait une partie italienne et une partie espagnole sur des questions de validité, d'exécution, de résiliation et d'adaptation d'un contrat de concession, ainsi que sur une question de concurrence déloyale. L'arbitre a fait une application cumulative des systèmes de conflit de lois espagnols et italiens pour déclarer applicable la loi du pays où s'étaient produits les actes de concurrence déloyale, en l'espèce la loi espagnole. Il peut en second lieu utiliser la méthode de la « libre sélection d'une règle de conflit », c'est-à-dire choisir, en cas de divergences, la « règle de conflit qui paraît la meilleure[793] ». Il peut également appliquer directement le droit de tel ou tel Etat sans avoir recours à une règle de conflit de lois. Le choix de la norme applicable est alors effectué en fonction « des rattachements existants entre la cause et le droit choisi, (…) ou du contenu du droit choisi[794] ». Ainsi, par exemple, de la sentence CCI n°8817 rendue en 1997, dans laquelle l'arbitre devait trancher un litige opposant des sociétés danoises à une société espagnole pour rupture abusive d'un contrat de distribution

---

[791] P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., spéc. §1547 et suiv.
[792] Sentence CCI n°1990 rendue en 1972 ; *J.D.I.* 1974, p.897, note Y.D ; Y. DERAINS, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige (A à la lumière de l'expérience de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale) », *Rev. Arb.* 1972-1973, pp. 99-121.
[793] P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., spéc. §1550.
[794] E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international, sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige », Juris-Cl. Droit international, Fasc. 586-9-1, 1996, §133.

exclusive et pour concurrence déloyale. L'arbitre a relevé le lien existant entre les prétentions fondées sur le contrat de distribution et les prétentions fondées sur l'existence d'une concurrence déloyale. En revanche, s'il a déterminé le droit applicable à la demande fondée sur la rupture du contrat dans un « *procedural order on the law applicable on the merits* », il ne s'est pas prononcé explicitement sur la loi applicable à la concurrence déloyale. L'appréciation du comportement déloyal de l'auteur a été opérée en fonction des éléments de fait du litige, non par application de la loi du marché affecté (la loi espagnole) ou de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, déclarée applicable aux obligations contractuelles. La possibilité pour les parties d'anticiper le standard de comportement applicable est donc réduite si l'arbitre détermine lui-même les normes appliquées pour la demande de réparation du dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale.

317. - La confiance dans la reconnaissance des codes de conduite privés ? – Dans une certaine mesure, les analyses économiques des modes de résolutions des litiges ne sont pourtant pas dépourvues d'intérêt dès lors que l'on considère le cas particulier des codes de conduite privés. Voici par exemple un contrat contenant une clause compromissoire rédigée de manière à inclure l'action en concurrence déloyale dans le champ de la compétence de l'arbitre désigné. Si les parties au contrat s'entendent sur un arbitrage opéré dans le cadre de la Chambre de Commerce international, l'on pourrait envisager qu'elles soumettent leurs futurs litiges relatifs à des actes de concurrence déloyale aux codes de conduite privés élaborés en son sein et dans la branche professionnelle dans laquelle ils évoluent. L'arbitre peut en effet recourir plus facilement à ce type de normes afin de trancher le litige qu'un juge étatique[795]. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que l'article 14 du *Règlement Rome II* offre aux parties « la possibilité de convenir de l'application de règles non étatiques dans la mesure où le droit qui est applicable selon les critères objectifs de rattachement est dispositif [796]». La divergence de réception des codes de conduite privés rédigés dans le domaine de la concurrence déloyale pourrait donc constituer un critère de choix entre

[795] Par exemple, les "Rules of Professional Conduct of the Swiss Association o Engineers and Architects (Switzerland) ont été appliquées avec le droit suisse de la concurrence déloyale dans la sentence ICC n°6248, Final award in 1990, *Consultant v. Contractor*, disponible sur www.westlaw.com.

[796] T. KADNER GRADZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », op. cit., spéc. p.455.

le juge et l'arbitre pour les parties. Les professionnels adhérant au même code de conduite pourraient ainsi préférer insérer une clause compromissoire dans leur contrat dès lors qu'ils peuvent anticiper la reconnaissance par l'arbitre de ce code comme source du droit régissant leurs obligations non contractuelles.

318. - Conclusion de la Section 2 – Les fondements du choix entre professionnels - Le choix mutuel de la compétence au regard des obligations non contractuelles résultant d'actes de concurrence déloyale commis par l'un des cocontractants est approprié dans le cadre de relations entre professionnels entretenant des relations contractuelles suivies, dans la mesure où il présente les mêmes avantages que dans le domaine des obligations contractuelles. Dans les relations entre professionnels, l'extension de ces clauses aux obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale pourrait favoriser la prévisibilité des solutions ainsi qu'un équilibre procédural satisfaisant entre les intérêts de chacune des deux parties. Le champ d'application d'une clause relative à la compétence devrait donc être étendu aux obligations non contractuelles nées à la suite d'un acte de concurrence déloyale commis entre les parties au contrat qui la contient.

319. - Conclusion du chapitre 2 – Le choix mutuel – Dans le domaine des relations entre professionnels et consommateurs, le champ d'application des clauses relatives à la compétence ne devrait pas être étendu aux obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale afin d'assurer le respect des intérêts du consommateur. Lorsque des professionnels entretiennent des relations contractuelles, le choix mutuel de la compétence devrait en revanche être admis au regard d'éventuels futurs actes de concurrence déloyale commis en relation avec l'exécution du contrat qui les lie. Qu'il vise la désignation d'une juridiction étatique ou celle d'un arbitre, il permet en effet de préserver les intérêts mutuels de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et du lésé lorsque la clause est rédigée de manière suffisamment précise pour éviter les risques de contestation de la compétence du tiers désigné pour connaître des obligations contractuelles et des obligations non contractuelles nées entre l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et le lésé. La question de la rédaction des clauses compromissoires ou des clauses d'élection de droit présente donc un intérêt particulier, dans la mesure où la compétence du tiers choisi ou de la loi désignée pour les obligations contractuelles sera très souvent contestée au regard des obligations non contractuelles résultant d'actes de concurrence déloyale commis entre les parties au contrat. L'accord mutuel des parties sur la compétence ne supprime pas les risques de contestation de la compétence du tiers au regard de ces derniers lorsque la clause est rédigée de manière vague.

320. - Conclusion du Titre 1 – Le choix de la compétence – De manière générale, le choix du tiers devant lequel le demandeur lésé par un comportement déloyal porte sa demande de réparation ou de cessation du dommage qui en résulte est guidé par l'appréciation que le lésé fait des bénéfices qu'il peut en retirer. Les règles de compétence applicables en matière de concurrence déloyale permettent à la personne qui subit les effets néfastes d'un comportement déloyal de saisir la juridiction étatique qui respecte au mieux ses intérêts en termes de proximité géographique et de commodité procédurale. L'exercice de l'option de compétence est encadré, et il ne semble pas, en raison de l'anticipation difficile du résultat, guidé exclusivement par la volonté d'agir devant la juridiction dont les règles de droit matériel sont les plus favorables au demandeur. Les risques de *forum shopping* seraient donc réduits en matière de concurrence déloyale. Lorsqu'il est exprimé de manière claire, le choix mutuel exprimé dans une clause relative à la compétence par deux professionnels entretenant des relations contractuelles leur garantit ensuite la prévisibilité du for compétent ou l'absence de contestation de la compétence de l'arbitre, et devrait dès lors être encouragé.

Titre 2 – La loi appropriée

321. - Contrairement au domaine de la compétence judiciaire, la mise en œuvre des dispositions du *Règlement Rome II* n'impose pas une distinction selon que la demande tend à obtenir la réparation du dommage subi ou la cessation du comportement déloyal ou du dommage qui en résulte. L'article 15 du *Règlement Rome II* dispose en effet que le champ d'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois s'étend, notamment, aux conditions et à l'étendue de la responsabilité, à « l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée » et, « dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'État dont il relève, les mesures que ce tribunal peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation». La loi compétente en vertu des règles de conflit de lois du *Règlement Rome II* régit donc à la fois la réparation et la cessation du dommage.

322. - Dans le champ d'application du *Règlement Rome II*, l'élaboration des règles de conflit de lois associant une catégorie et un ou plusieurs critères de rattachement a ensuite été guidée par la recherche d'un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence[797]. La vérification de cet équilibre devrait être effectuée en matière de concurrence déloyale à la fois au stade de la désignation de la loi applicable (*Chapitre 1 – L'équilibre établi*) et au stade de l'application de la loi compétente en vertu de la règle de conflit de lois (*Chapitre 2 – L'équilibre rétabli*).

Chapitre 1 – L'équilibre établi

Chapitre 2 – L'équilibre rétabli

[797] *Supra*, § 143 et suiv.

Chapitre 1 – L'équilibre établi

323. - Le rôle du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois diffère selon que l'action est intentée par un professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale ou par un consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale. Dans le premier cas, la règle de conflit de lois est fondée sur le principe de proximité et vise à désigner la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation[798]. La localisation dans l'espace des critères de rattachement devrait en revanche prendre en considération la nécessité de protection de la partie faible dans le second cas[799]. Il ne s'agit pas ici de vérifier si la localisation de l'obligation non contractuelle résultant d'un comportement déloyal conduit à un résultat approprié en fonction de chaque cas particulier d'acte de concurrence déloyale ou de pratique commerciale déloyale. L'approche retenue consiste plutôt à mettre en parallèle l'exercice de l'option de compétence par le demandeur avec la mise en œuvre des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale. L'égalité entre la loi étrangère et la *lex fori* lors de la détermination de la loi applicable est alors examinée dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* (*Section 1 – Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé*) et des articles 6, point 1 ou 12 (*Section 2 – Les pratiques commerciales déloyales*).

Section 1 – Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé

Section 2 – Les pratiques commerciales déloyales

[798] *Supra*, § 157 et suiv.
[799] *Supra*, § 161 et suiv.

Section 1 – Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé

324. - La matière des actes de concurrence déloyale fournit de nombreux exemples de délits produisant fréquemment des effets complexes dans l'espace, c'est-à-dire dont les éléments du fait dommageable se réalisent dans des Etats différents. Ainsi par exemple du dénigrement par la voie d'un média dans un Etat et produisant ses effets dommageables dans un autre Etat. Ainsi encore de la fabrication d'une copie servile du produit d'un concurrent dans un pays et de sa revente dans un autre, entraînant ainsi une perte de clientèle pour ce concurrent. Ainsi, enfin de l'utilisation d'un nom de domaine empruntant le nom commercial d'un concurrent pour se placer dans son sillage et capter sa clientèle dans un autre pays grâce à ce comportement parasitaire. Comme dans le domaine de la compétence internationale, la localisation de l'obligation non contractuelle en résultant peut alors être plus délicate lorsque le fait générateur de concurrence déloyale et le dommage se réalisent dans des pays différents, ou que le dommage en résultant est éparpillé dans plusieurs Etats. L'hypothèse d'un acte de concurrence déloyale commis et produisant ses effets sur le territoire d'un seul Etat entre un auteur et une personne lésée de nationalités différentes sera examinée en premier lieu (*§1 – L'acte de concurrence déloyale localisé dans un Etat*). Celle d'un comportement déloyal réalisé dans un Etat A et produisant ses effets soit dans un seul Etat B, soit dans plusieurs Etats, sera envisagée ensuite (*§2 – L'acte de concurrence déloyale localisé dans plusieurs Etats*).

§1 L'acte de concurrence déloyale localisé dans un seul Etat

325. - La localisation des obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé est fondée sur le principe de proximité[800]. Elle est appropriée lorsque le ou les critères de rattachement désignent la loi qui présente les liens géographiques les plus étroits avec la situation. Cette loi et les solutions auxquelles elle conduit devraient être prévisibles à la fois pour l'auteur et pour la personne lésée, et correspondre à leurs attentes légitimes. Il convient d'examiner chacun des critères de rattachement proposés dans l'article 4 du *Règlement Rome II* afin de déterminer s'ils permettent de réaliser ces deux objectifs en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé (*A - La lex loci damni ; B - La loi de la résidence habituelle commune ; C - La clause d'exception*).

A - La *lex loci damni*[801]

326. - L'opportunité de la *lex loci damni* au regard de l'appréciation du comportement fautif – En vertu de son large champ d'application[802], la *lex loci damni* est censée fournir les conditions dans lesquelles le standard de comportement des usages honnêtes en matière industrielle et commerciale devrait être appliqué afin de déterminer le caractère fautif –déloyal- de l'acte en cause. Or en dehors des comportements identifiés comme déloyaux dans la plupart des Etats, ce standard de comportement a en général une portée limitée à un territoire national[803]. L'on pourrait alors craindre que la compétence de la loi du lieu de réalisation du dommage ne garantisse pas le respect des intérêts de l'auteur, censé pouvoir anticiper le caractère déloyal (illicite) de son comportement lorsqu'il dirige ses activités dans un Etat

[800] *Supra*, § 157 et suiv.
[801] Sur le fondement du critère de rattachement du lieu de réalisation du dommage, *supra*, §145.
[802] Article 15 du *Règlement Rome II*.
[803] *Supra*, § 41.

différent de celui dans lequel il est établi. Contrairement à l'évolution du droit commun de la responsabilité délictuelle, le droit des actes de concurrence déloyale est resté fondé sur un système de responsabilité exigeant la preuve d'une faute pour réparer le dommage subi ou sanctionner l'auteur de l'acte de concurrence déloyale[804]. L'opportunité de la compétence de la *lex loci damni* ne semble cependant pas critiquable lorsque l'acte de concurrence déloyale et ses conséquences dommageables se produisent sur le territoire d'un même Etat. Dans ce cas, l'auteur commettant un acte de concurrence déloyale dans cet Etat peut prévoir que son comportement sera régi par cette loi. Le caractère fautif du comportement sera alors apprécié au regard de la *lex fori* si le professionnel lésé a intenté son action en concurrence déloyale au lieu où le fait dommageable s'est produit en vertu de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I*, ou au regard d'une loi étrangère (du lieu de réalisation du dommage) si l'action a été portée dans l'Etat du domicile de l'auteur. Dans les deux hypothèses, affirmer la compétence de la *lex loci damni* ne produit aucune conséquence différente de celle qui existait sous l'empire de l'ancienne règle de conflit de lois applicable en France et désignant la *lex loci delicti*. Le professionnel exerçant ou dirigeant ses activités dans un Etat A différent de celui dans lequel il est établi (Etat B) peut prévoir et anticiper le caractère licite ou illicite de ses activités ainsi que leurs conséquences dommageables à la fois dans l'Etat A et dans l'Etat B. Et le professionnel ayant subi une perte de clientèle ou une atteinte à sa réputation dans l'Etat A s'attend à l'application de la loi de ce pays pour la réparation du dommage qu'il a subi ou la prévention des conséquences futures de l'acte. La désignation de la *lex loci damni* permet donc d'assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'auteur et du professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale dont les éléments ne sont pas dissociés dans l'espace.

327. - Le critère de rattachement adopté dans l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II* ne semble pas de nature à modifier la tendance actuelle des juridictions françaises à appliquer la *lex fori* lorsque le fait générateur de concurrence déloyale et le dommage qui en résulte se sont tous les deux réalisés en France, et que le professionnel lésé agit en France en vertu des règles de compétence judiciaire.

---

[804] *Supra*, §152.

B - La loi de la résidence habituelle commune[805]

328. - Il a été proposé en doctrine de localiser les litiges de concurrence déloyale au lieu où l'entreprise auteur de l'acte a son siège social[806]. D'autres auteurs ont critiqué cette proposition, dans la mesure où elle pouvait défavoriser l'auteur s'il agissait sur un marché plus libéral[807]. L'article 4, point 2 du *Règlement Rome II* adopte une approche légèrement différente, dans la mesure où il ne permet de déroger à la *lex loci damni* que lorsque le demandeur et le défendeur ont leur résidence commune dans le même Etat.

329. - La définition de la résidence habituelle commune - En pratique, les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé sont le plus souvent commis dans les relations entre des sociétés ou des commerçants. Cela n'empêche toutefois pas qu'un tel comportement porte atteinte aux intérêts d'une personne physique, ayant ou non la qualité de commerçant. Dans le domaine des règles de compétence juridictionnelle, la question a été soulevée de savoir si la détermination de la résidence habituelle devait être effectuée au cas par cas, en fonction des objectifs poursuivis par la règle de compétence judiciaire en cause[808]. La Cour de Cassation française s'est prononcée contre cette idée, en recourant à la définition autonome de la notion de résidence habituelle consacrée par la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de politique sociale[809]. Pour éviter les problèmes d'identification, la notion de résidence habituelle est alors définie dans l'article 23 du *Règlement Rome II*. Elle se situe ainsi au lieu de l'administration centrale des sociétés, associations ou personnes morales, ou au lieu de l'établissement principal des personnes physiques.

---

[805] Sur le fondement du critère de rattachement de la résidence habituelle, *supra*, §146.
[806] B. DUTOIT, « Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale : mythe ou nécessité ? », op. cit., spéc. p. 63; F. DESSEMONTET, « Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé », dans *Internet, which court decides, which law applies*, K. Boele-Woelki et C. Kessedjian (sous la dir. de) Kluwer Law International, 1998, pp.47-64.
[807] J.-M. BISCHOFF, op. cit., spéc. p.62.
[808] En ce sens, par exemple, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, op. cit., p.207, §165-1.
[809] Cass., 1ère civ., 14 décembre 2005.

330. - La loi de l'environnement économique et le respect de la prévisibilité – De manière générale, la compétence de la loi de la résidence habituelle est analysée comme permettant de garantir la prévisibilité des solutions à la fois pour l'auteur de l'acte et pour la personne lésée[810]. Ce lieu correspond en premier lieu à l'environnement légal ou règlementaire des deux parties, qui s'attendent légitimement à l'application de la loi de ce pays. Cette soumission à la loi du milieu social permettrait ainsi de dépasser les difficultés de localisation du dommage résultant de l'acte de concurrence déloyale, par une sorte de localisation fictive du fait dommageable dans le pays de résidence habituelle commune de l'auteur et de la personne lésée. En présence d'une résidence commune, il semble que le professionnel lésé n'ait pas, du point de vue des coûts et de considérations de bonne administration de la justice, intérêt à agir dans l'Etat dans lequel le fait dommageable de concurrence déloyale s'est produit, sauf s'il espère tirer profit de l'application de la loi de ce dernier. Cette solution ne semble alors pas critiquable du point de vue des objectifs généraux du droit international privé, dans la mesure où elle garantit la sécurité juridique à la fois pour l'auteur et pour la personne lésée.

331. - L'absence de prise en considération du contenu des droits matériels pour la détermination de la loi applicable - Certains auteurs ont critiqué la compétence de la loi de la résidence habituelle commune lorsqu'elle apparaît moins favorable au lésé que ne le serait la loi du lieu de réalisation du dommage, par exemple sur la question de l'indemnisation du préjudice[811]. Cet argument serait opportun si le juge était tenu de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflit de lois applicable en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, et en particulier l'article 4, point 2 du *Règlement Rome II*. Or, s'agissant d'une matière dans laquelle les parties ont la libre disposition de leurs droits, le juge n'a pas l'obligation de mettre en œuvre l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* lorsque l'extranéité du litige n'a pas été relevée[812]. Si le demandeur saisit le juge de l'Etat dans lequel les parties ont leur résidence habituelle commune, il est possible que le juge

[810] B. AUDIT, *Droit international privé*, op.cit., spéc. § 140, p.122.
[811] P. STONE, « The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », op. cit., qui prend appui sur la matière des accidents de la circulation.
[812] Sur cette question, *supra*, §189 et suiv.

applique sa propre loi, sauf si l'une des parties revendique l'application de la *lex loci damni* ou d'une autre loi présentant des liens plus étroits avec la situation. Selon le fondement de cette règle de conflit de lois, la mise en œuvre des critères de rattachement ne devrait dépendre que de considérations liées à la recherche de liens étroits entre la situation et le litige. L'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale devrait par conséquent être localisée en vertu du principe de proximité, et non du contenu des droits matériels en présence. L'argument semble par conséquent devoir être écarté en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé.

332. - Comme pour la *lex loci damni*, le rattachement de la situation à la loi de la résidence habituelle commune est pertinent lorsque l'on cherche à assurer une prévisibilité suffisante des solutions. De la même manière encore, si le professionnel lésé n'exerce pas son option de compétence en faveur de la juridiction de l'Etat dans lequel l'acte de concurrence déloyale s'est produit, le juge saisi peut appliquer sa propre loi en vertu de l'article 4, point 2 du *Règlement Rome II*.

C - La clause d'exception[813]

333. - En vertu de l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II*, l'obligation non contractuelle est présumée présenter des liens plus étroits avec la loi régissant le contrat conclu préalablement entre l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et la personne lésée qu'avec la *lex loci damni*. Si cette présomption est d'application aisée lorsque le contrat présentant un lien de connexité avec l'acte de concurrence déloyale contient une clause d'élection de droit, sa mise en œuvre est plus délicate dans le cas contraire.

334. - La loi applicable au contrat et la présomption de liens plus étroits – Lorsque les parties à un contrat n'ont pas exprimé de choix, la loi appelée à régir leurs

[813] Sur le fondement de la clause d'exception figurant à l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II*, *supra*, §211 et suiv.

relations contractuelles est déterminée en vertu de l'article 4 de la *Convention de Rome* ou du *Règlement Rome I*. Admettre que l'obligation non contractuelle présente plus de liens avec le pays dans lequel le contrat conclu antérieurement entre les mêmes parties complique considérablement la tâche du juge dans ce cas précis. Il devrait en principe déterminer la loi applicable au contrat, examiner ensuite les liens existants entre l'acte de concurrence déloyale et le contrat, et enfin se prononcer sur la loi applicable à l'obligation non contractuelle en résultant. Par exemple, la pratique montre que l'action en concurrence déloyale est intentée dans des cas spécifiques de relations contractuelles, et en particulier dans le cadre de l'exécution ou de la résiliation de contrats de distribution. La loi applicable au contrat de distribution est déterminée en vertu de l'article 4 du *Règlement Rome I*, qui désigne dans le point 1, f) la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle. Or si l'une des parties invoque devant le juge français saisi de l'action en concurrence déloyale la compétence de la loi étrangère régissant le contrat de distribution, le juge est tenu de mettre en œuvre ce raisonnement afin de vérifier si elle est effectivement applicable à l'acte de concurrence déloyale en cause. Dans le cas contraire, il est possible que le juge français applique sa propre loi afin d'évaluer la responsabilité de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et les sanctions encourues.

335. - L'intérêt de la flexibilité lorsque l'auteur et le professionnel lésé entretiennent des relations contractuelles - La compétence de la loi du contrat de distribution pour régir l'action en concurrence déloyale n'est cependant pas automatique. Elle est subordonnée à la vérification par le juge de l'existence, dans le cas concret, de liens plus étroits entre l'obligation non contractuelle résultant de l'acte de concurrence déloyale et le pays dans lequel le distributeur est établi qu'avec la *lex loci damni* ou la loi de la résidence habituelle commune. Le juge saisi devra alors se livrer à une analyse *in concreto* de la situation et du lien pouvant exister entre le contrat et le comportement déloyal en cause. Le recours au mécanisme de la clause d'exception est en effet souvent critiqué en raison de la liberté d'appréciation qu'elle confère au juge, ainsi que les risques d'arbitraire que cela comporte[814]. Pour cette raison, l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II* exige que le juge caractérise un lien « manifestement plus

[814] *Supra*, § 207 et suiv.

étroit » avec la loi du contrat[815]. Or la clause d'exception permet d'assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'auteur de l'acte et du professionnel lésé lorsqu'ils entretiennent des relations commerciales et contractuelles. Le choix de la loi applicable au contrat assorti d'une information suffisante sur l'incidence de ce choix quant aux obligations non contractuelles liées à ce contrat permet en effet de garantir la prévisibilité des solutions et la sécurité juridique pour chacune des parties. Souvent critiquée, la clause d'exception présente par conséquent un intérêt certain dans le domaine des actes de concurrence déloyale en ce qu'elle permet de garantir une prévisibilité suffisante des solutions pour l'auteur et la personne lésée par l'acte de concurrence déloyale.

336. - De manière générale, le renvoi opéré par l'article 6, point 2 à la règle de conflit de lois générale en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ne semble pas de nature à entraîner fréquemment l'application d'une loi étrangère. La coïncidence des critères de rattachement persiste en effet du fait de la combinaison des règles de compétence juridictionnelle et de la règle de conflit de lois, et permet au juge saisi d'appliquer sa propre loi. Lorsque l'acte de concurrence déloyale et le dommage qui en résulte sont localisés dans un seul Etat, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduit cependant à un résultat satisfaisant, en permettant de désigner, dans la plupart des cas, la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation et dont l'auteur et le professionnel lésé peuvent anticiper l'application.

§2 L'acte de concurrence déloyale localisé dans plusieurs Etats

337. - Comme pour les délits simples, l'articulation des règles de compétence internationale et de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* permet de délimiter les cas de désignation d'une loi étrangère lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis

[815] *Supra*, § 212.

dans un ou plusieurs Etat(s) et que ses conséquences dommageables se produisent dans un ou plusieurs autre(s) Etat(s). Les principes gouvernant l'étendue de la compétence du juge saisi en matière de faits dommageables[816] permettent alors d'apprécier l'opportunité des critères de rattachement proposés pour les actes de concurrence déloyale dans l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* au regard de la recherche d'un équilibre satisfaisant entre les intérêts en présence lorsque leurs éléments sont dissociés dans l'espace. L'hypothèse classique de commission de l'acte de concurrence déloyale dans un Etat A et de production du dommage dans un Etat B sera examinée en premier lieu (*A – La dissociation de l'acte de concurrence déloyale et du dommage*), pour envisager en second lieu celle dans laquelle l'acte est commis dans un Etat et le dommage est éparpillé dans plusieurs autres Etats (*B – L'éparpillement du dommage résultant de l'acte de concurrence déloyale*).

A La dissociation de l'acte de concurrence déloyale et du dommage

338. - La combinaison des règles de compétence judiciaire et de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* - Le demandeur peut porter son action en concurrence déloyale dans l'Etat dans lequel est domicilié l'auteur de l'acte[817] ou devant la juridiction de l'Etat dans lequel l'acte de concurrence déloyale s'est produit (Etat A) [818]. Dans cette hypothèse, le juge saisi est compétent pour statuer sur l'intégralité du dommage, même si celui-ci s'est réalisé dans un Etat différent (Etat B). La réparation de ce dommage dépendra de la loi désignée en vertu de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* renvoyant à la règle de conflit de lois générale. Sa mise en œuvre conduit alors à l'application d'une loi étrangère en vertu de l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II*, soit la loi de l'Etat B. La *lex fori* ne peut être désignée qu'en vertu du point 2 de l'article 4 si l'auteur et le lésé résident habituellement dans l'Etat A. Elle pourrait également être

[816] Sur ces principes, *supra*, § 135 et suiv.
[817] Les juridictions de cet Etat seront alors compétentes en vertu des articles 2 du *Règlement Bruxelles I* ou 42 du *Code de procédure civile*.
[818] Sa compétence est alors fondée sur les articles 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ou 46 du *Code de procédure civile*.

déclarée compétente en vertu de l'article 4, point 3 si elle présente des liens plus étroits avec la situation que la *lex loci damni*.

339. - Si le demandeur intente une action en concurrence déloyale auprès de la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage s'est produit[819] (Etat B), la *lex fori* sera compétente en vertu de l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II* ; une loi étrangère ne peut être désignée que sur le fondement des points 2 et 3 de l'article 4 du *Règlement Rome II*. La combinaison de la localisation des critères de rattachement prévus en matière de compétence judiciaire et en matière de compétence législative permet donc au professionnel subissant dans un Etat les conséquences dommageables d'un acte de concurrence déloyale commis dans un autre Etat d'anticiper la loi qui sera désignée par le juge.

340. - L'appréciation de l'équilibre entre les intérêts en présence - De manière générale, la loi désignée par la règle de conflit (la loi de l'Etat A ou la loi de l'Etat B) est prévisible pour le professionnel lésé et correspond à ses attentes légitimes s'il est établi dans l'Etat dans lequel il a ressenti les conséquences dommageables de l'acte de concurrence déloyale. Du point de vue de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale, l'articulation des règles de compétence juridictionnelle et de la règle de conflit de lois conduit le plus souvent à l'application de la *lex loci damni*, qui lui est moins prévisible. La loi désignée est alors moins prévisible pour celui-ci, sauf s'il entretenait avec le lésé des relations commerciales et qu'il pouvait alors anticiper l'application de la loi de l'Etat C. L'articulation des critères de rattachement contenus dans les règles de compétence internationale et dans l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* ne semble donc pas de nature à renverser la tendance des juridictions françaises à appliquer la loi française en cas de dissociation dans l'espace de l'acte de concurrence déloyale et du dommage qui en résulte lorsque leur compétence est fondée sur la réalisation du dommage en France. La mise en œuvre de la règle de conflit conduit par ailleurs dans la plupart des cas à l'application d'une loi dont l'auteur de l'acte de concurrence déloyale ne pouvait pas nécessairement prévoir la compétence. Une attention particulière devrait donc être portée au mécanisme prévu par l'article 17 du *Règlement Rome II* qui permet

[819] Sa compétence est également fondée sur les articles 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ou 46 du *Code de procédure civile*.

au juge de tenir compte de la loi de cet Etat A pour apprécier le caractère fautif du comportement de l'auteur[820].

B L'éparpillement du dommage résultant de l'acte de concurrence déloyale

341. - La mise en œuvre de la théorie de la mosaïque - La pertinence du rattachement de principe des obligations non contractuelles à la *lex loci damni* peut être discutée dans les hypothèses dans lesquelles le fait générateur est unique, mais que le dommage qui en résulte est éparpillé dans plusieurs Etats. Le phénomène de pluralité des lieux de réalisation du dommage n'a pourtant pas été négligé par la Commission européenne lors de la rédaction du texte. Elle fournissait en effet dans l'exposé des motifs de la *Proposition Initiale* une indication pour l'application du critère général dans ce type d'hypothèses, en précisant qu'« en cas de survenance de dommages dans plusieurs pays, il y a lieu d'appliquer de manière distributive les lois de tous les pays concernés, conformément à la thèse de la « Mosaikbetrachtung » connue en droit allemand [821]». En vertu de cette théorie de la mosaïque, le juge saisi aux fins de la réparation de l'intégralité du dommage devrait appliquer de manière distributive la loi de chacun des Etats dans lesquels un préjudice a été subi[822]. Par exemple, le fait générateur a été commis dans un Etat A, mais les conséquences dommageables de cet acte se produisent dans les Etats B, C et D. S'il est saisi, le juge de l'Etat A devrait, en vertu de cette théorie, appliquer la loi de l'Etat B pour la réparation du préjudice subi dans l'Etat B, la loi de l'Etat C pour la réparation du préjudice subi dans l'Etat C et la loi de l'Etat D pour la réparation du préjudice subi dans l'Etat D.

342. - Il convient d'évaluer l'opportunité de cette théorie lorsque le juge est saisi d'une action en concurrence déloyale (*a) L'opportunité de l'application distributive*), puis d'envisager, dans le cadre du *Règlement Rome II*, des solutions alternatives

---

[820] *Infra*, §397 et suiv.
[821] *Proposition Initiale*, op. cit., exposé des motifs p. 9.
[822] Sur cette question, P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le « village planétaire » au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, chron. p. 131.

garantissant un meilleur équilibre entre les intérêts en présence (*b) Les alternatives possibles*).

a) L'opportunité de l'application distributive

343. - L'action en concurrence déloyale intentée dans chaque Etat dans lequel une portion de dommage s'est réalisé - Lorsque le demandeur lésé par un acte de concurrence déloyale intente une action en concurrence déloyale dans chacun des Etats sur le territoire desquels il a subi un dommage, la mise en œuvre de la théorie de la mosaïque conduit à la désignation de la *lex fori*. Chaque juge saisi n'étant compétent que pour la portion de dommage réalisé sur son territoire, il n'appliquera, en l'absence de résidence habituelle commune, que sa propre loi en vertu de l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II*. Dans chaque pays, le comportement fautif de l'auteur et les sanctions à prononcer pour la réparation du dommage subi dans l'Etat du juge saisi seront donc appréciés sous l'empire d'une loi unique, la *lex fori*. Cette solution respecte les intérêts du professionnel lésé par l'acte de concurrence déloyale en cause, qui s'attend à une réparation du préjudice subi dans chacun des Etats concernés. Elle conduit en revanche à une situation défavorable pour l'auteur, qui pourrait être déclaré responsable du dommage causé dans certains pays, alors qu'il ne le serait pas dans d'autres Etats dont les juridictions ont également été saisies.

344. - L'action en concurrence déloyale intentée dans l'Etat du domicile du défendeur ou dans l'Etat du lieu de survenance de l'acte de concurrence déloyale – En cas de pluralité des lieux de réalisation du dommage, le demandeur lésé peut être amené à porter son action en concurrence déloyale dans un seul Etat pour des raisons de commodité procédurale. Il peut pour cela agir dans l'Etat du domicile du défendeur ou dans l'Etat du lieu de survenance du fait générateur[823] ; le juge saisi est alors compétent

[823] Les juridictions de ces Etats seront compétentes en vertu des articles 2 du *Règlement Bruxelles I* ou 42 du *Code de procédure civile*, ou en vertu des articles 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ou 46 du *Code de procédure civile.*

pour statuer sur l'intégralité du dommage[824]. Si on souhaite mettre en œuvre le critère de rattachement prévu à l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II*, la difficulté réside dans l'obligation pour le juge de désigner toutes les lois des pays dans lesquels le dommage est survenu et dont l'application est revendiquée. Chacune de ces lois devrait alors en principe être appliquée pour évaluer les conditions et les modalités de la réparation de la seule portion de préjudice subi sur le territoire de l'Etat en question[825]. S'il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions de justice rendues en France dans de telles hypothèses factuelles, la question devrait pourtant être envisagée.

345. - La mise en œuvre de la théorie de la mosaïque semble difficile en pratique dans le cadre d'une action en concurrence déloyale visant à obtenir la réparation de dommages subis dans plusieurs Etats. Elle complique considérablement la tâche du juge, qui devra identifier précisément les territoires sur lesquels un dommage a été subi, évaluer le comportement de l'auteur en fonction de la loi de chacun des Etats concernés, puis évaluer la portion de dommage subi dans chacun des Etats et enfin réparer chacune d'entre elles en vertu de la loi qui lui est applicable. Si la situation est critiquable de manière générale dans le domaine des obligations non contractuelles, elle l'est d'autant plus en matière d'actes de concurrence déloyale et plusieurs arguments militent en faveur de son abandon. Une analyse des normes de droit matériel a en effet montré que les Etats bénéficient de marges de manœuvre importantes concernant la qualification d'un comportement en tant qu'acte de concurrence déloyale[826]. Or lorsque le lieu de commission de l'acte de concurrence déloyale est unique, soumettre l'appréciation du comportement fautif de l'auteur –c'est-à-dire du caractère déloyal de l'acte- à une pluralité de lois différentes est en pratique impossible dès lors que le standard de comportement n'est pas nécessairement apprécié de la même manière dans tous les Etats concernés.

346. - L'application distributive de chacune des lois des Etats dans lesquels un dommage a été subi serait envisageable lorsque le comportement en cause est

---

[824] *Supra*, § 135.
[825] Institut of International Law, 1983, op. cit.; H. KRONKE, "Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace", in *Internet: which law applies? Which court decides?*, Boele Woelki, Hardback, 1998, spéc. P. 71.
[826] *Supra*, §27 et suiv.

clairement identifié comme déloyal dans tous les Etats, comme par exemple le dénigrement ou l'usurpation de dénomination sociale[827]. Cependant l'auteur peut dans ce cas s'exposer à des sanctions différentes selon les lieux de réalisation du dommage. Le juge a alors la délicate mission de rechercher le contenu de chacune des lois des Etats dans lesquels le dommage s'est réalisé, puis de l'évaluer et de prononcer les sanctions qu'elle prévoit. L'application distributive de chacune des *lex loci damni* semble en revanche devoir être écartée lorsque le juge saisi se trouve soit face à un comportement nouveau, soit face à un acte qui n'est pas qualifié de déloyal dans tous les Etats. Sa responsabilité résultant d'un acte unique pourrait alors être appréciée de manière très différente entre toutes les lois[828], et le résultat concret de la mise en œuvre de chacune des lois compétentes pourrait varier considérablement en fonction du contenu du droit matériel désigné. Il semble par ailleurs difficile de concevoir que l'auteur ait la possibilité de se renseigner sur le caractère loyal ou déloyal de son acte dans tous les pays dans lesquels il a dirigé son activité et capté la clientèle du demandeur.

347. - La localisation de l'obligation non contractuelle née d'un acte de concurrence déloyale au lieu de réalisation du dommage ne conduit donc pas à des solutions satisfaisantes au regard de l'équilibre raisonnable entre les intérêts en présence en cas d'éparpillement du dommage. Le juge saisi devrait par conséquent user d'autres mécanismes mis à sa disposition dans le *Règlement Rome II* pour assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence. De nouveau[829], il serait opportun que le juge tienne compte de l'appréciation du standard de comportement dans le pays dans lequel l'acte de concurrence déloyale a été commis en vertu de l'article 17 du *Règlement Rome II*[830].

---

[827] Sur les comportements identifiés comme déloyaux dans la plupart des Etats, *supra*, § 15 et suiv.
[828] En ce sens en matière d'obligations non contractuelles, E. LOQUIN, « La règle de conflit de lois générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », op. cit., spéc. p.40.
[829] *Supra*, § 340.
[830] Sur cette question, *infra*, § 397.

b) Les alternatives possibles

348. - La règle de conflit de lois générale fournit d'autres solutions que l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II* afin de parvenir à la désignation d'une loi appropriée dans le cas concret lorsque le dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale s'est produit dans plusieurs Etats. Les points 2 et 3 de l'article 4 du *Règlement Rome II* permettent en effet de désigner une loi unique afin de préserver un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'auteur du comportement déloyal et la personne lésée lorsque le dommage est éparpillé sur le territoire de plusieurs pays.

349. - L'application de la loi unique du lieu de la résidence habituelle commune - La première option consiste pour le juge à déclarer applicable, le cas échéant, la loi de la résidence habituelle commune de l'auteur et de la personne lésée en vertu du point 2 de l'article 4 du *Règlement Rome II*. Lorsque l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et le professionnel lésé sont établis dans le même pays, il est probable que le lésé intente une action devant les juridictions de cet Etat, même si l'acte de concurrence déloyale a été commis dans un autre Etat et que ses conséquences dommageables sont ressenties dans plusieurs autres Etats. Dans cette hypothèse, la mise en œuvre de l'article 4, point 2 du *Règlement Rome II* conduit non seulement à la désignation d'une loi unique, mais entraîne également l'application de la *lex fori*. Cette solution garantit alors le respect de la prévisibilité des solutions pour chacune des parties et permet de contourner le problème de l'application distributive de toutes les *lex loci damni*. La doctrine est depuis longtemps favorable à cette solution afin d'éviter les problèmes de localisation des actes de concurrence déloyale produisant des effets complexes[831].

350. - La recherche de la loi unique qui présente les liens les plus étroits avec la situation - La seconde option réside dans le recours à la clause d'exception contenue dans l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II*. Il revient alors au juge de rechercher la loi du pays avec lequel l'obligation non contractuelle résultant de l'acte de concurrence

[831] J.-M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international privé », op. cit., pp. 53-79 ; J. DERUPPE, V° «Concurrence déloyale ou illicite », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998.

déloyale présente les liens les plus étroits. De manière générale, la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits en cas d'éparpillement du dommage dans plusieurs Etats bénéficie des faveurs de la doctrine. Comme dans la solution retenue en France pour les délits complexes avant le *Règlement Rome II*[832], le principe de proximité devrait jouer un rôle départiteur entre toutes les lois des Etats dans lesquels un dommage a été subi, et non plus entre la loi du lieu de survenance du fait générateur et la loi du lieu où le dommage s'est produit. Plusieurs critères ont été proposés afin de déterminer en cas d'éparpillement du dommage la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation.

351. - Le critère de rattachement du lieu du domicile du défendeur devrait être écarté, dans la mesure où il suffit pour l'auteur de se placer dans un Etat adoptant une législation plus souple sur la protection contre la concurrence déloyale pour tenter d'échapper à sa responsabilité lorsqu'il peut prévoir que l'acte de concurrence déloyale qu'il commet entraînera une perte de clientèle pour son concurrent dans plusieurs Etats. De la même manière, le critère du lieu de survenance du fait générateur ne peut être pris en compte au stade de la désignation de la loi applicable, dans la mesure où l'article 17 du *Règlement Rome II* offre déjà un correctif permettant de prendre en considération les règles de sécurité et de comportement en vigueur dans cet Etat afin d'évaluer la responsabilité de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale[833]. Il a également été préconisé de tenir compte de tous les éléments pertinents dans le litige, comme par exemple « la nationalité, le domicile des parties ou les liens existants entre les Etats concernés et les parties [834]», ou de déterminer le lieu dans lequel « le comportement du défendeur a l'incidence immédiate la plus forte sur les affaires du demandeur [835]». Cette dernière solution semble toutefois délicate à mettre en œuvre en pratique pour le juge, notamment au regard de la difficulté pouvant exister, même dans les litiges internes, à quantifier le dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale[836]. Comment en effet évaluer précisément la perte de clientèle subie dans chaque Etat pour ensuite pouvoir opérer une comparaison aux fins de la détermination de la loi applicable ?

---

[832] Cass., 1ère civ., 14 janvier 1997, *Soc. Gordon and Breach Science Publishers et autres c. Association The American Institute of Physics et autres*, op. cit.
[833] Sur ce point, *infra*, §397 et suiv.
[834] Institute of International Law, Session of Cambridge 1983, op. cit.
[835] Ibid.
[836] *Supra*, §245.

352. - Le critère du lieu de l'établissement principal ou du siège social du lésé semble également recueillir les faveurs de la doctrine. Critère de localisation subsidiaire pour les uns[837] ou principal pour les autres[838], il est considéré comme permettant de localiser de manière appropriée les délits commis sur l'Internet. Et les arguments justifiant la compétence de la loi du lieu du siège social du lésé sont également valables dans le domaine des actes de concurrence déloyale. Lorsque l'acte de concurrence de concurrence déloyale cause un dommage moral, comme par exemple une atteinte à la réputation du professionnel qui le subi, ce préjudice est subi au lieu du siège social de l'acte de concurrence déloyal. De la même manière, la diminution du chiffre d'affaires résultant d'une perte de clientèle sera localisée au lieu du siège social. En cas de pluralité de lois applicables, la mise en œuvre de l'article 4, point 3 du *Règlement Rome II* devrait donc conduire, en dehors des cas dans lesquels les parties sont liées par un contrat, à la désignation de la loi de l'Etat dans lequel le lésé a son domicile ou son siège social. Seule cette solution semble de nature à garantir le respect des fondements de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire la désignation de la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation, et qui permette de respecter la prévisibilité des solutions pour le professionnel lésé. Elle devrait donc être adoptée en matière d'actes de concurrence déloyale produisant des effets complexes dans plusieurs Etats; l'équilibre en faveur de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale sera alors rétabli par l'article 17 du *Règlement Rome II*.

353. - L'enjeu des hypothèses d'éparpillement du dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale réside davantage dans l'application d'une loi unique que dans celui de l'arbitrage entre la *lex fori* et une loi étrangère. Dans ce cas précis, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois ne conduit en effet pas à un équilibre raisonnable

---

[837] Institute of International Law, Session of Cambridge 1983, op. cit.; F. DESSEMONTET, « Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé », op. cit., spéc. pp. 56 et 62 ; U. DRAETTA, « Internet et commerce électronique en droit international des affaires », *Recueil des Cours* 2005, t. 314, pp. 9-232, spéc. p.205 ; L. PERREAU-SAUSSINE, « Les mal-aimés du règlement Rome II : les délits commis par la voie de média », *D*. 2009, p. 1647.

[838] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., spéc. p. 223, §212 ; P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », op. cit., dans le domaine des atteintes aux droits de la personnalité.

entre les intérêts en présence. Le critère de rattachement subsidiaire du lieu du siège social du professionnel lésé par l'acte de concurrence déloyale devrait alors être utilisé lorsque cela est possible pour s'assurer de l'application d'une loi unique, tout en veillant à ce que l'objectif de prévisibilité des solutions soit respecté à la fois pour le lésé et pour l'auteur de l'acte de concurrence déloyale.

354. - Conclusion de la section 1 – Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé – En matière d'actes de concurrence déloyale, la mise en œuvre des critères de rattachement retenus dans la règle de conflit de lois générale conduira fréquemment à la désignation de la *lex fori* malgré le caractère bilatéral des articles 6, point 2 et 4 du *Règlement Rome II*. Le respect de la prévisibilité des solutions et la désignation de la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation devrait être examiné au cas par cas. Ces deux objectifs sont particulièrement mis en balance dans les hypothèses dans lesquelles l'acte de concurrence déloyale produit des effets complexes dans l'espace.

Section 2 – Les pratiques commerciales déloyales

355. - Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, l'action visant à sanctionner le professionnel peut être intentée soit par le consommateur individuellement, soit par une association de consommateurs représentant les intérêts collectifs des consommateurs. Dans la grande majorité des cas, le consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale devrait pouvoir agir devant les juridictions de l'Etat dans lequel il réside afin de réclamer la réparation du dommage qu'il a subi[839]. L'association de consommateurs agréée dans l'Etat dans lequel les consommateurs qui en sont membres résident peut quant à elle agir soit devant les juridictions de cet Etat, soit devant les juridictions d'autres Etats membres afin d'obtenir la cessation de la pratique commerciale déloyale[840]. La règle de conflit de lois est alors différente selon que la pratique commerciale déloyale a affecté les intérêts particuliers d'un consommateur ou les intérêts collectifs des consommateurs. L'obligation non contractuelle qui en résulte sera classée dans la catégorie visée à l'article 12 du *Règlement Rome II* dans le premier cas (*§1 – Le consommateur partie faible*), et, comme les actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général, dans l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* dans le second cas (*§2 – Les consommateurs et les professionnels acteurs du marché*).

§1 – Le consommateur partie faible

356. - La mise en œuvre particulière de l'article 12 du *Règlement Rome II* en matière de pratiques commerciales déloyales - Lorsque la pratique commerciale déloyale affecte les intérêts d'un consommateur déterminé et qu'elle a été commise en

[839] *Supra*, § 260 et suiv.
[840] *Supra*, § 229 et suiv.

vue de l'inciter à conclure un contrat, l'obligation non contractuelle qui en résulte devrait être classée dans la catégorie de rattachement *culpa in contrahendo*[841]. L'article 12 du *Règlement Rome II* offre alors deux modes de désignation de la loi applicable. En premier lieu, la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant de cette pratique est celle du pays dans lequel le contrat qui a été conclu est localisé, ou celle de l'Etat dans lequel le contrat qui aurait été conclu sans pratique commerciale déloyale est localisé[842] (*A – La localisation de l'obligation non contractuelle et la localisation du contrat*). En second lieu, l'article 12, point 2 du *Règlement Rome II*[843] offre des critères de rattachement subsidiaires lorsque la loi applicable au contrat conclu ou qui aurait été conclu ne peut être déterminée, notamment en l'absence de choix de loi applicable (*B – La localisation de l'obligation non contractuelle en l'absence de loi du contrat*).

A – La localisation de l'obligation non contractuelle et la localisation du contrat

357. - Le renvoi à la règle de conflit de lois applicable en matière de contrats conclus par les consommateurs – Pour déterminer la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale commise avant la conclusion du contrat avec le consommateur, la mise en œuvre de l'article 12, point 1 du *Règlement Rome II* implique d'identifier « la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ». Dans ce domaine, la détermination de la loi applicable nécessite de raisonner dans le cadre du contrat conclu ou envisagé entre le professionnel et le consommateur. L'article 12, point 1 du *Règlement Rome II*

---

[841] *Supra*, § 119 et suiv.

[842] Article 12, point 1 du *Règlement Rome II* : « *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ».*

[843] *Le point 2 dispose que « si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est a) celle du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent ; ou b) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait générateur du dommage se produit, la loi de ce pays ; ou c) s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays.* »

nécessite donc de mettre en œuvre les règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations contractuelles contenues dans la *Convention de Rome* ou dans le *Règlement Rome I* afin de déterminer la loi applicable à l'obligation non contractuelle classée dans la catégorie *culpa in contrahendo*. Dans le domaine des pratiques commerciales déloyales commises en vue d'inciter le consommateur à conclure un contrat, la détermination de loi applicable à l'obligation non contractuelle qui en résulte devrait être effectuée par renvoi aux règles de conflit de lois applicables en matière de contrats conclus par les consommateurs[844] si leurs conditions d'application sont réunies. Lorsque ces conditions sont remplies, le juge devrait alors rechercher, pour déterminer la loi applicable au contrat conclu ou envisagé, si les parties ont exprimé leur volonté de voir la loi d'un Etat s'appliquer.

358. - Le choix de loi dans le contrat conclu – La première hypothèse vise les cas dans lesquels le professionnel a commis une pratique commerciale déloyale, qui a incité le consommateur à conclure effectivement le contrat envisagé et à acheter le produit ou à souscrire au service proposé. Le juge devrait alors rechercher si ce contrat contient une clause d'élection de droit, que le consommateur a approuvée. Le cas échéant, la loi choisie sera compétente pour régir le contrat conclu par le consommateur en vertu de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome I*, qui dispose que « nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3 (…) ». La mise en œuvre de l'article 12, point 1 du *Règlement Rome II* conduit alors dans ce cas de figure à déduire la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une

---

[844] Article 5, point 3 de la *Convention de Rome* : «*Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article* » ; article 6 du *Règlement Rome I* (applicable à compter du 17 décembre 2009) : « *1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. 2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1*».

pratique commerciale déloyale de la loi appelée à régir les obligations contractuelles liant le professionnel et le consommateur qui a été choisie dans le contrat.

359. - Cette solution ne facilite pas la tâche du juge car elle complique la phase de détermination de la loi applicable ; elle ne semble cependant pas nécessairement choquante si l'on considère que les dispositions régissant les pratiques commerciales déloyales ont vocation à imposer au professionnel le respect de la loyauté « avant, pendant et après la transaction » conclue avec le consommateur. La désignation de la loi applicable à l'obligation non contractuelle serait intimement liée à celle de la loi applicable aux obligations contractuelles liant le professionnel et le consommateur en raison de l'influence multiple du droit des pratiques commerciales déloyales. Elle risque cependant de porter atteinte aux intérêts du consommateur si le professionnel lui impose le choix de sa propre loi pour régir les obligations contractuelles. Si l'on considère que le consommateur n'est pas réellement dans une position adéquate pour négocier le choix de la loi applicable lorsqu'il conclut un contrat avec un professionnel, il peut paraître regrettable de déduire la loi applicable à l'obligation non contractuelle née à la suite d'une pratique commerciale déloyale de la volonté des parties exprimée dans le contrat qui les lie. Le juge chargé de la désignation de la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale devrait donc veiller à préserver les intérêts du consommateur qui en est victime afin de ne pas le priver de la protection que lui accordent les dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*[845].

360. - Le choix de loi lorsque le contrat n'a pas été conclu - Dans une seconde hypothèse, le professionnel a commis une pratique commerciale déloyale afin d'inciter le consommateur à conclure un contrat, mais celui-ci n'a pas été conclu. La mise en œuvre de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome I* devrait alors être exclue alors même que le contrat contiendrait une clause d'élection de droit. Il serait en effet préjudiciable aux intérêts du consommateur de déduire la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant de la pratique commerciale déloyale en cause d'une clause de choix de loi non approuvée par le consommateur car il n'a pas conclu le contrat avec le

[845] Sur cette question, *infra*, §409 et suiv.

professionnel. Le choix de loi par les deux parties est pourtant envisageable dès lors que l'on admet que le professionnel et le consommateur peuvent s'entendre sur la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale « par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage » en vertu de l'article 14, point 1, a) du *Règlement Rome II*[846]. Ils exprimeront donc leur accord sur l'application d'une loi déterminée après la naissance de l'obligation non contractuelle résultant de la pratique commerciale déloyale commise par le professionnel. Cette solution présente l'avantage de s'assurer du consentement du consommateur, qui aura exprimé son accord sur la loi applicable même en l'absence de contrat conclu avec le professionnel, après la naissance de l'obligation non contractuelle en cause.

361. - Que le choix soit exprimé avant ou après la naissance de l'obligation non contractuelle résultant de la pratique commerciale déloyale, la loi de l'Etat dans lequel le professionnel est établi sera en pratique le plus souvent désignée. Selon que le professionnel est établi ou non sur le territoire communautaire, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois[847] conduira alors soit à la désignation de la loi d'un Etat membre, soit à la désignation de la loi d'un Etat tiers. Si l'on considère que le consommateur agira en pratique devant le tribunal de l'Etat membre dans lequel il réside habituellement, la mise en œuvre de l'article 12, point 1 du Règlement Rome II lorsque les parties ont choisi la loi applicable n'entraînera que rarement la désignation de la *lex fori*. Et si les hypothèses précitées ne se réalisent pas fréquemment en pratique, les mécanismes garantissant que le choix de la loi de l'Etat dans lequel le professionnel est établi ne privent pas le consommateur de la protection que lui accordent les dispositions impératives du pays dans lequel il réside pourraient néanmoins être appelés à jouer un rôle important dans ce domaine[848].

---

[846] *Supra*, § 178 et suiv.
[847] Sont ici visés les articles 14, point 1, a) du *Règlement Rome II* et 6, point 2 du *Règlement Rome I*.
[848] Sur ce point, *infra*, §409 et suiv.

B – La localisation de l'obligation non contractuelle en l'absence de choix de loi

362. - La compétence de la loi de l'Etat dans lequel réside le consommateur – Lorsque le professionnel ayant commis une pratique commerciale déloyale n'est pas parvenu à inciter le consommateur à conclure le contrat et que les parties n'ont pas exprimé d'accord sur la loi compétente en vertu de l'article 14, point 1 du *Règlement Rome II*, la loi applicable devrait être désignée en vertu de l'article 12, point 2 du *Règlement Rome II*. L'article 12 du *Règlement Rome II* ne règle pas expressément l'hypothèse dans laquelle les parties au contrat qui aurait été conclu en l'absence de fait dommageable n'ont pas choisi le droit applicable. Le point 2 n'envisage que la situation dans laquelle la loi applicable ne peut être déterminée en vertu du point 1[849]. Si l'on reste dans le cadre des règles de conflit de lois applicables en matière d'obligations non contractuelles, l'application de la loi du pays dans lequel le dommage survient ou de la loi du pays dans lequel les parties ont leur résidence habituelle en vertu de l'article 12, point 2, a) ou b) conduit en principe à la désignation de la loi de l'Etat dans lequel le consommateur réside. Cette disposition localise en effet l'obligation non contractuelle née pendant les relations précontractuelles au lieu où le dommage est subi (article 12, point 2, a)) ou dans le pays dans lequel le demandeur et le défendeur ont leur résidence habituelle commune (article 12, point 2, b))[850]. Si l'on considère que l'article 12, point 2 du *Règlement Rome II* opère, comme l'article 12, point 1, un renvoi aux règles de conflit de lois applicables en matière de contrats conclus par les consommateurs, la désignation de la loi compétente devrait être effectuée en vertu de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome I*. La loi de l'Etat dans lequel le consommateur réside habituellement est donc également applicable pour déterminer la responsabilité du professionnel auteur de la pratique commerciale déloyale ainsi que les modalités de réparation du préjudice subi

---

[849] Article 12, point 2 du *Règlement Rome II* : «*Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est a)celle du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent ; ou b) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait générateur du dommage se produit, la loi de ce pays ; ou c) s'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays.* »

[850] Sur l'exclusion de l'article 12, point 2, 3) en matière de pratiques commerciales déloyales, *supra*, §215.

par le consommateur. Que la loi compétente soit désignée en vertu de l'article 12, point 2 du *Règlement Rome II* ou de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome I*, la solution permet donc de préserver les intérêts du consommateur, qui s'attend à l'application de la loi du pays dans lequel il réside habituellement. S'il est saisi par le consommateur, le juge de ce pays appliquera par ailleurs sa propre loi pour connaître de l'obligation non contractuelle résultant de la pratique commerciale déloyale en cause.

363. - Selon que le professionnel et le consommateur ont ou non exprimé un accord sur le choix d'une loi particulière, l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale peut être localisée soit dans l'Etat dans lequel est établi le professionnel, soit dans le pays dans lequel le consommateur réside habituellement. Dans le premier cas, le juge saisi devrait appliquer la loi d'un Etat membre ou la loi d'un Etat tiers en fonction du pays depuis lequel le professionnel exerce ses activités. Il semble par ailleurs rare en pratique qu'un consommateur résidant sur le territoire d'un Etat tiers à l'Union européenne vienne agir devant une juridiction d'un Etat membre. Dans le second cas, en l'absence de choix de loi, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduira donc en pratique le plus souvent à la désignation de la loi d'un Etat membre. Dans les deux hypothèses, la désignation de la loi applicable en matière de pratiques commerciales déloyales présente la particularité de recourir à la fois à l'article 12 du *Règlement Rome II* applicable en matière d'obligations non contractuelles et aux règles de conflit de lois prévues en matière de contrats conclus par les consommateurs contenues soit dans la *Convention de Rome*, soit dans le *Règlement Rome I*.

§2 – Les consommateurs et les professionnels acteurs du marché

364. - Les obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale ou d'une pratique commerciale déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs devraient être classées dans la catégorie de

rattachement visée à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*[851]. La détermination de la loi applicable à ces obligations devrait donc être effectuée par la localisation géographique du « lieu où les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être» (*A – La localisation des actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général*). L'exemple de la publicité déloyale devrait ensuite être explicité, dans la mesure où elle peut affecter tout à la fois les intérêts d'un concurrent déterminé, les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs (*B – La localisation de la publicité déloyale*).

A – La localisation des actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général

365. - L'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* dispose que « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ». Cette disposition constitue une véritable règle de conflit de lois spéciale, et non une simple concrétisation du lieu de réalisation du dommage[852]. Le critère de rattachement de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* a par conséquent un fondement et des objectifs qui lui sont propres, et qui résident dans la protection des relations de concurrence et des intérêts collectifs des consommateurs sur le territoire de l'Union européenne, soit la protection de l'intérêt général. Le juge chargé de la désignation de la loi applicable ne dispose par ailleurs d'aucune liberté d'appréciation en raison du caractère rigide du critère de rattachement[853]. Les critères permettant de localiser précisément dans l'espace le lieu où « les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être » devrait être identifiés plus précisément.

---

[851] *Supra*, § 124 et suiv.
[852] *Supra*, §158 et suiv.
[853] *Supra*, § 158 et suiv.

366. - Le « lieu où les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés » et le marché affecté - L'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* ne recourt pas expressément au critère de rattachement du marché affecté par l'acte de concurrence déloyale affectant l'intérêt général. L'expression « pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être » lui est en effet substituée. La doctrine semble unanime pour considérer que le critère de rattachement s'entend pourtant de la désignation de la loi du pays dont le marché est affecté par l'acte de concurrence déloyale en cause. Dans l'exposé des motifs de la *Proposition Initiale*[854], la Commission européenne expliquait en effet que ce critère de rattachement correspondait à la loi du « marché sur lequel les concurrents agissent pour gagner la faveur des clients ». Dans la *Proposition Modifiée*, ce critère de rattachement était pourtant entendu comme une concrétisation du critère général du lieu de réalisation du dommage[855]. La distinction théorique entre « l'effet anticoncurrentiel qui détermine l'applicabilité du droit de la concurrence » et le « dommage dont il est demandé réparation » a été soulignée par la doctrine[856]. Du fait de l'évolution de la fonction sociale des règles régissant les actes de concurrence déloyale ou parasitaire, il est en effet nécessaire de distinguer le dommage concurrentiel subi par le marché ou le processus concurrentiel (perturbation du bon fonctionnement du marché), et le préjudice concurrentiel subi par le ou les concurrents[857]. En France, les actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général sont en principe interdits *per se*, sans que la victime n'ait à prouver qu'elle a subi un dommage. Le lieu dans lequel les relations de concurrence ou les intérêts des

---

[854] *Proposition Initiale, op. cit., exposé des motifs p. 17.*

[855] *L'article 7, paragraphe* premier était rédigé ainsi : « La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale est désignée par l'article 5, paragraphe premier. Le pays où le dommage survient ou menace de survenir est celui sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont ou risquent d'être affectés de façon directe et substantielle ».

[856] L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *J.D.I.*, 1995, pp.321-341, spéc. p.331 ; une autre partie de la doctrine assimile le lieu du marché affecté, le lieu de collusion des intérêts des concurrents et des consommateurs et le lieu de réalisation du préjudice en matière de concurrence déloyale : A. TROLLER, "Unfair Competition", op. cit. ; A. DYER, "Unfair Competition in Private international Law", op. cit. ; avec davantage de nuances, C. HONORATI, « The Law Applicable to Unfair Competition », in *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-Contractual Obligations in Europe: the "Rome II" Proposal*, CEDAM, Malatesta, Alberto, 2006, pp.127-158, spéc. p. 148 et suiv.

[857] N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Préf. de Y. Serra, Presses universitaires de Perpignan, 2000, p.51, §77.

consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ne devrait donc pas systématiquement être assimilé au lieu où le dommage est survenu.

367. - L'affectation du marché et le critère d'applicabilité du droit de la concurrence - Si l'on suit la logique de la *Proposition Initiale*, le cadre d'identification du marché utilisé en droit de la concurrence devrait en théorie être transposé afin de localiser dans l'espace le marché affecté par l'acte de concurrence déloyale affectant l'intérêt général. La fonction du critère du marché affecté diffère cependant selon que l'on considère le point de vue du droit de la concurrence ou celui de la localisation du comportement déloyal dans l'espace en vue de la détermination de la loi applicable. En droit de la concurrence, la démarche repose davantage sur l'identification du marché pertinent, pour évaluer ensuite l'effet de l'acte sur la concurrence au sein de celui-ci[858]. La mise en œuvre de ce critère permet de déterminer l'applicabilité respective du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence au sein du territoire communautaire[859]. L'objectif n'est donc pas de localiser l'acte dans un Etat déterminé, mais de savoir quelles autorités administratives sont compétentes pour assurer la régulation de la pratique anti-concurrentielle en cause. Par exemple, le droit communautaire de la concurrence s'applique dès lors que « les critères d'affectation du commerce intracommunautaire et de localisation d'une distorsion de concurrence sur le territoire communautaire sont remplis[860] ». Si le comportement produit un effet anticoncurrentiel sur le seul territoire d'un Etat, seule l'autorité de régulation de la

---

[858] L'identification du marché pertinent est effectuée par l'autorité administrative ou par le juge de manière pragmatique, au cas par cas (Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.* n°C372, 9/12/1997), en fonction de critères tels que la substituabilité des produits ou des services ou l'offre et la demande. La clientèle joue un rôle majeur, dans la mesure où ces critères se mesurent en fonction du comportement des consommateurs GAVALDA C. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5ème édition, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p.283, §428, selon lesquels « il faut raisonner à la fois en fonction du produit ou des services, et en fonction des comportements prévisibles des consommateurs ou de leurs habitudes constantes, qui peuvent varier selon le pays. »

[859] Sur l'applicabilité spatiale des droits communautaire et nationaux de la concurrence, L. IDOT, « Le droit de la concurrence », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* », sous la direction de A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2004, pp.255-281.

[860] S. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, op. cit., p. 90. Ainsi l'article 81 du *Traité CE* s'applique lorsque le commerce entre Etats membres est affecté par la pratique anticoncurrentielle et qu'il existe une restriction de concurrence à l'intérieur du Marché commun ; l'article 82 s'applique lorsque l'abus de position dominante opère sur le marché commun et qu'il risque d'affecter le commerce entre Etats membres.

concurrence de ce pays sera compétente pour apprécier l'atteinte à la concurrence[861]. En l'absence de réglementation commune adoptée en matière d'actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général, le critère des effets sur le marché ne peut avoir la même fonction que dans le domaine du droit des actes restreignant la concurrence. La notion de marché visée à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* devrait alors être détachée des considérations tirées du droit de la concurrence liée au marché pertinent afin de permettre de localiser géographiquement l'obligation non contractuelle résultant de ce type de comportement dans un Etat.

368. - Le critère de l'effet sur le marché en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé – La plupart des auteurs qui ont étudié le champ d'application territorial du droit de la concurrence n'ont pas intégrés les actes de concurrence déloyale dans leurs développements[862]. Ils ont pour cela précisé que le droit de la concurrence déloyale n'obéissait pas aux mêmes mécanismes de droit international privé, dans la mesure où il n'est question que de la réparation civile d'un dommage subi. Or la commission de certains actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général devant être classés dans la catégorie de rattachement de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* peut faire l'objet en France de sanctions pénales. Il en est ainsi par exemple de la revente à perte ou la revente à prix imposé. Deux sortes d'actions peuvent par conséquent être intentées: l'action pénale visant au prononcé d'une sanction pénale et l'action civile visant à obtenir des dommages-intérêts. Le professionnel lésé peut agir devant les juridictions de l'Etat dans lequel l'auteur réside[863], devant la juridiction du lieu dans lequel l'acte de concurrence déloyale affectant l'intérêt général a été commis[864], ou « devant le tribunal saisi de l'action publique » en vertu de l'article 5, point 4 du *Règlement Bruxelles I* lorsqu'il intente une action en réparation du dommage fondée sur une infraction (à condition que

---

[861] Sur la théorie des effets en droit de la concurrence, M.-A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, op. cit. ; G. VAN HECKE, « L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence », op. cit..

[862] B. GOLDMAN, « Le champ d'application territoriale des lois sur la concurrence », op. cit. ; J. BASEDOW, « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence », *Recueil des Cours* 1997, t.264, pp. 9-178 ; L. IDOT, « Le droit de la concurrence », op. cit.; M.-A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, op. cit..

[863] En vertu des articles 2 du *Règlement Bruxelles I* ou 42 du *Code de procédure civile*.

[864] En vertu des articles 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* ou 46 du *Code de procédure civile*.

la loi du for autorise le tribunal à connaître de l'action civile). Dans les deux cas, la *lex fori* sera généralement appliquée[865], l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* conduisant à la désignation de l'Etat sur le territoire duquel l'acte de concurrence déloyale a créé une rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence ou affectés les intérêts collectif des consommateurs. Concrètement, le marché peut alors être localisé au « lieu où un agent économique offre ses produits et entre en lutte avec ses concurrents, étant admis que, dans le doute, on retiendra le domicile ou le siège des clients concernés [866]». Les actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général sont donc localisés dans chacun des Etats dans lesquels se trouvent les consommateurs, c'est-à-dire sur le marché affecté. Du point de vue de l'équilibre entre les intérêts en présence, la mise en œuvre de ce critère de rattachement garantit en principe la prévisibilité des solutions pour l'auteur et pour le professionnel lésé par le comportement déloyal. Chacun des participants sur le marché concerné connaît en principe les pays dans lesquels il exerce ses activités, et peut donc anticiper la loi applicable[867].

369. - En vertu de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*, la détermination de la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant l'intérêt général devrait être effectuée par la localisation du marché affecté, c'est-à-dire des consommateurs.

B – La localisation de la publicité déloyale

370. - Les conséquences pénales de la publicité déloyale faite, perçue ou réalisée en France - La publicité est traditionnellement considérée comme un domaine

[865] Sur l'application des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, V. PIRONON, « Les pratiques commerciales déloyales entre droit international privé et droit communautaire », dans *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 545-557, spéc. p. 551.
[866] B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ème éd., Bâle, 1997, n°11.
[867] Déjà, J.-M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international privé », op. cit.

délicat en vue de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, dans la mesure où elle produit généralement des effets complexes dans l'espace. Il en est ainsi par exemple d'une publicité diffusée sur Internet et visant les consommateurs de nombreux Etats. La violation des règles régissant la publicité est par ailleurs sanctionnée en France à la fois par des sanctions civiles et par des sanctions pénales. L'annonceur d'une publicité ne respectant pas les conditions imposées par la loi française peut en effet être sanctionné en France par le prononcé de sanctions pénales. Dans le domaine de la publicité trompeuse, l'article L.121-5 du *Code de la Consommation* dispose que «le délit est constitué dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France ». Toute publicité trompeuse émise depuis ou sur le territoire français constitue une infraction, et l'annonceur s'expose aux sanctions pénales prévues à l'article L.213-1 du *Code de la consommation*. La loi pénale française s'appliquera donc dès lors que le critère territorial visé dans l'article L.121-5 du *Code de la consommation* est réalisé en France. Il a ainsi été jugé par exemple que dès lors que « l'étiquetage fallacieux des bouteilles a été effectué sur le territoire national », la publicité est considérée comme ayant été faite en France au sens de l'article L.121-5 du *Code de la consommation*[868]. Un professionnel français avait apposé sur des bouteilles de vin destinées à un client néerlandais une étiquette « Médaille d'Or, (…)» alors que ce vin n'avait jamais été primé. Poursuivi en France pour le délit de publicité de nature à induire en erreur, il prétendait que l'expression « faite, reçue ou perçue en France » ne pouvait s'appliquer dans son cas, dans la mesure où les bouteilles étiquetées devaient être vendues à un client résidant aux Pays-Bas. La Cour de Cassation a considéré dans ce cas qu'elle avait été réalisée en France, et que le professionnel encourait les peines pouvant être prononcées contre l'annonceur.

371. - Les conséquences civiles de la publicité déloyale - Le professionnel lésé par une publicité déloyale peut intenter devant une juridiction française une action en concurrence déloyale afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi en France. De la même manière, une association de consommateurs agrée en France pourrait agir afin de réclamer la cessation de la diffusion d'une publicité trompeuse effectuée sur le territoire français par un prestataire établi dans un autre Etat.

---

[868] Cass., crim., 15 mai 2001, pourvoi n°00-85242, *Bull. crim.* n°122, p.367.

Qu'elle soit trompeuse ou qu'elle ne réponde pas aux conditions posées pour la licéité de la publicité comparative, la publicité déloyale porte atteinte à la fois aux intérêts des professionnels lésés et aux intérêts économiques des consommateurs. L'article 6, point 2 et l'article 12 du *Règlement Rome II* ne sont pas applicables, dans la mesure où ils ne visent que les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou les pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts d'un consommateur. L'article 6, point 1 devrait être mis en œuvre pour déterminer la loi applicable à la réparation du dommage subi ou la cessation de la publicité déloyale. L'obligation non contractuelle résultant d'une publicité déloyale est donc localisée dans le pays « sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ». Lorsque la publicité déloyale (trompeuse ou comparative) affecte les intérêts d'un professionnel ou d'un concurrent et les relations de concurrence, la loi désignée par l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* sera la loi du pays dans lequel ce professionnel subit les conséquences dommageables de cette publicité. Ainsi, par exemple, si une publicité déloyale diffusée dans un Etat membre A par un prestataire établi dans un Etat membre B entraîne une perte de clientèle pour un concurrent dans l'Etat A car elle atteint le public dans l'Etat A. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduit alors, comme l'article 4, point 1 du *Règlement Rome II*, à la désignation de la *lex loci damni*. Lorsqu'elle affecte les intérêts économiques des consommateurs, la loi désignée par l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* sera également la loi du pays dans lequel la publicité vise à atteindre un public déterminé, c'est-à-dire la loi de chacun des Etats dans lesquels résident les consommateurs visés[869].

372. - La rigidité du critère de rattachement et la dissociation dans l'espace des éléments de la publicité déloyale - Que la publicité déloyale transfrontière affecte les intérêts d'un concurrent ou ceux des consommateurs, le critère permettant de désigner la loi applicable est le public visé. Il convient de transposer la solution retenue par la Ligue Internationale pour le Droit de la Concurrence lors de son congrès d'Amsterdam en 1992, qui a considéré qu'*« une publicité atteint un public dans un pays lorsqu'elle peut y être reçue ou y est disponible et qu'elle puisse y être perçue par ce*

[869] Déjà, H. KRONKE, op. cit., spéc. p. 71.

public comme s'adressant à lui, par exemple en raison de son texte, de sa langue ou de son objet [870]». La mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduit ainsi à la désignation de la loi du marché ciblé par la publicité, c'est-à-dire la loi du pays de destination de la publicité déloyale en cause. La solution est logique au regard des caractéristiques de la publicité, qui est nécessairement ciblée vers un groupe de consommateurs. Il suffit alors de localiser le public visé et les consommateurs dans un Etat pour connaître la loi appelée à déterminer le caractère loyal ou déloyal de la publicité en cause ainsi que les sanctions civiles encourues par l'annonceur de la publicité. Cette solution permet de respecter les intérêts de ce dernier lorsque la publicité déloyale ne produit pas d'effets complexes, l'annoncer pouvant anticiper son application dès lors qu'il vise un public déterminé.

373. - Si les effets de la publicité déloyale sont ressentis dans plusieurs Etats, la loi de chacun de ces pays devrait être appliquée de manière distributive à la portion de dommage subie sur le territoire concerné[871]. Le caractère rigide du critère de rattachement retenu dans l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* empêche cependant le juge national de pouvoir opter pour l'application d'une loi unique[872] en cas de pluralité de marchés ciblés par la publicité. Cette solution pourrait permettre d'élever le niveau de loyauté dans le domaine de la publicité intracommunautaire, dans la mesure où l'annonceur serait tenu de se conformer à aux lois de tous les Etats dans lesquels il dirige sa publicité. Si cela est concevable en raison de l'équivalence des législations nationales en matière de publicité trompeuse ou comparative, des divergences peuvent néanmoins subsister et le respect par l'annonceur des dispositions de la loi du pays dans lequel il est établi devrait être pris en considération par le juge[873]. En revanche, lorsque la publicité déloyale est diffusée sur l'Internet, la mise en œuvre de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* ne conduit pas à une solution satisfaisante au regard de la préservation des intérêts de l'annonceur, car elle conduit à la désignation de toutes les

---

[870] Résolution de la Ligue Internationale pour le Droit de la Concurrence, Congrès de Nice 1967 et Congrès d'Amsterdam 1992, citées par J.C. KABEL, "Transborder Advertising and Unfair Competition: Country of Origin v. Country of Destination? Clarification of the Resolution of the International League of Competition Law", *RIDC* 1995, pp. 25-31.

[871] Sur l'application distributive de la *lex loci damni* aux obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, *supra*, § 338 et suiv.

[872] Sur les mécanismes permettant l'application d'une loi unique dans le domaine des actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, *supra*, § 348 et suiv.

[873] Sur cette question, *infra*, § 397 et suiv.

lois des Etats dans lesquels la publicité a été diffusée auprès des consommateurs. L'annonceur devrait alors en principe respecter un grand nombre de lois sans même pouvoir anticiper celles qui seraient finalement déclarées compétentes en cas de litige. Cette hypothèse n'est cependant susceptible de se réaliser que lorsque le lésé intente une action en France sur le fondement de l'article 2 du *Règlement Bruxelles I* ou lorsque le fait générateur de la publicité déloyale est réputé commis en France. Le professionnel lésé par la publicité déloyale peut également agir en France sur le fondement de l'article 5, point 3 du *Règlement Bruxelles I* dès lors que la publicité en cause a causé ou est susceptible de causer un dommage sur le territoire français. Dans ce cas de figure, le juge français ne sera compétent que pour la portion de dommage subi en France. La mise en œuvre de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* conduira alors à la désignation d'une loi unique – la *lex fori* – et les intérêts de l'annonceur seront respectés s'il pouvait prévoir que la publicité dirigée vers le public français causerait un préjudice dans ce pays.

374.- Conclusion du chapitre 1 – L'équilibre établi – En matière d'actes de concurrence déloyale, la coïncidence des critères de rattachement entre la compétence judiciaire et la compétence législative conduira fréquemment à la désignation de la *lex fori*. En théorie, un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence semble globalement respecté lors de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, dans la mesure où l'éventail des critères de rattachement permet au juge de désigner la loi qui présente dans le cas concret les liens étroits avec la situation. La situation est plus délicate lorsque l'acte de concurrence déloyale en cause produit des effets dans plusieurs pays. Dans ce cas, le juge devrait utiliser la flexibilité de la règle de conflit de lois de manière à parvenir à la désignation d'une loi unique. En matière de pratiques commerciales déloyales ou de publicité déloyale, la fréquence de désignation de la loi de l'Etat membre dans lequel réside habituellement le consommateur semble élevée. La localisation du consommateur aux fins de la détermination de la loi applicable présente en effet un intérêt à la fois en cas de pratique commerciale déloyale affectant les intérêts d'un consommateur et en cas de pratique commerciale déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs. Une fois encore, la coïncidence des critères de rattachement entre la compétence judiciaire et la compétence législative conduira souvent à l'application de la loi du juge saisi.

Chapitre 2 – L'équilibre rétabli

375. - La mise en œuvre de la règle de conflit de lois peut ne pas conduire à la désignation de la loi la plus appropriée dans le cas d'espèce au regard des objectifs recherchés lors de son élaboration. Cette situation est classique en droit international privé, et les juges disposent de mécanismes permettant d'appliquer une loi garantissant la réalisation des objectifs de justice conflictuelle ou de justice matérielle recherchés. Il en va ainsi par exemple de l'exception d'ordre public international, qui permet au juge d'évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois lorsque son application dans le cas concret conduirait à un résultat qui heurte l'ordre public international du for, et d'appliquer la *lex fori* à titre subsidiaire. Ce mécanisme est également prévu dans l'article 26 du *Règlement Rome II*[874] lorsque l'application de la loi désignée en vertu de l'article 6, point 2 est « *manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ». Il en va ainsi par exemple, d'une disposition d'une loi étrangère « *qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs* » pour sanctionner l'acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé. L'éviction de la loi normalement compétente en cas de contrariété à l'ordre public du for ne sera pas envisagée dans le cadre de cette étude.

376. - Le *Règlement Rome II* contient en effet d'autres dispositions qui permettent au juge d'opérer une balance entre les intérêts en présence une fois la loi applicable désignée, et de corriger, le cas échéant, lors de son application, le déséquilibre constaté. L'appréciation de l'équilibre entre les intérêts en présence devrait alors être confrontée aux marges de manœuvres dont bénéficient les Etats dans l'élaboration et dans la mise en œuvre des règles de droit matériel régissant la concurrence déloyale (actes de

[874] Article 26 du *Règlement Rome II* intitulé « Ordre public du for » : « L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

concurrence déloyale ou pratiques commerciales déloyales)[875]. Les mécanismes prévus dans le *Règlement Rome II* afin de rétablir un équilibre entre les intérêts en présence n'ont en effet pas la même incidence selon qu'il existe ou non une réglementation commune[876]. Leur mise en œuvre sera envisagée de manière distincte selon que l'on cherche à préserver les intérêts de l'auteur du comportement déloyal (*Section 1 – Le respect des intérêts de l'auteur*) ou ceux du consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale (*Section 2 – Le respect des intérêts du consommateur*).

Section 1 – Le respect des intérêts de l'auteur

Section 2 – Le respect des intérêts du consommateur

[875] *Supra*, §26 et suiv.

[876] Déjà, sur cette question, avant l'adoption du *Règlement Rome II*, H. DUINTJER TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », op. cit. ; R. JOLIET, « Droit de la concurrence déloyale et libre circulation des marchandises », dans *Un droit de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, pp.29-66.

Section 1 – Le respect des intérêts de l'auteur

377. - Voici un professionnel établi dans un Etat A qui a commis un acte de concurrence déloyale ou une pratique commerciale déloyale dans un Etat B. Le juge de l'Etat B a été saisi, et a déclaré la loi de l'Etat B compétente, par exemple en tant que *lex loci damni*[877] ou en tant que loi du pays de résidence habituelle du consommateur[878]. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduit donc à la désignation de la loi du pays de destination, à l'exclusion de la loi du pays d'origine de l'auteur du comportement déloyal. Pour atténuer ou s'exonérer de sa responsabilité, celui-ci pourrait prétendre avoir respecté les dispositions de l'Etat dans lequel il est établi, par exemple parce que le comportement n'est pas considéré comme déloyal par les juridictions de ce pays. Le *Règlement Rome II* contient alors deux mécanismes qu'il pourrait invoquer, et dont il convient d'évaluer la pertinence en matière de concurrence déloyale. Le premier réside dans les mécanismes de l'ordre juridique communautaire garantissant la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur. L'article 27 du *Règlement Rome II*[879] permet en effet au juge d'évaluer, dans les relations intracommunautaires, l'incidence du principe du pays d'origine sur la loi de l'Etat de destination désignée par la règle de conflit de lois (*§1 – La loi désignée et le principe du pays d'origine*). Le second mécanisme résulte dans l'article 17 du *Règlement Rome II*, qui dispose que « pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait, et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité. » Ecartée lors de la phase de désignation de la loi applicable, la loi du pays dans lequel le fait générateur s'est réalisé retrouve ainsi un rôle lors de l'application de la loi désignée pour régir le comportement en cause (*§2 – La loi désignée et les règles de comportement du lieu du fait générateur*).

---

[877] En vertu des articles 6, point 2 et 4, point 1 du *Règlement Rome II*.
[878] En vertu de l'article 12 ou 6, point 1 du *Règlement Rome II*.
[879] Article 27 du *Règlement Rome II* : «Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles. » Sur cette question, *supra*, § 98 et suiv.

§1 – La loi désignée et le principe du pays d'origine

378. - Dans les relations intracommunautaires, la loi du pays dans lequel est établi le professionnel auteur du comportement déloyal n'aura donc pas la même influence sur la loi du pays de destination désignée par la règle de conflit de lois selon que ce comportement est qualifié d'acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ou de pratique commerciale déloyale (*A – Les règles non harmonisées relatives aux actes de concurrence déloyale* ; *B – Les règles harmonisées relatives aux pratiques commerciales déloyales*). Le contrôle de la loi applicable est alors opéré au regard du critère de l'article 27 du *Règlement Rome II* : lorsqu'une atteinte aux libertés économiques est invoquée par l'auteur du comportement déloyal, le juge devra vérifier si la loi désignée par la règle de conflit de lois peut être appliquée « conjointement » avec les dispositions du droit communautaire primaire.

A – Les règles non harmonisées relatives aux actes de concurrence déloyale

379. - En l'absence de règlementation commune adoptée spécifiquement en matière d'actes de concurrence déloyale, les législations des Etats membres peuvent diverger à la fois au regard de l'appréciation du caractère illicite ou déloyal du comportement et au regard des sanctions prévues. Lorsque la loi de l'Etat d'origine de l'auteur et la *lex loci damni* désignée par l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* ne sont pas équivalentes, le contrôle ne peut être opéré, lorsque cela est admis, qu'au regard des dispositions du *Traité CE* visant à assurer le respect des libertés économiques (*a) Le contrôle restreint de la loi désignée dans les cas classiques de concurrence déloyale*). Et le contrôle de conformité de la loi applicable à un acte de concurrence déloyale commis par l'intermédiaire d'Internet ne devrait pas faire l'objet d'un examen particulier dans le cadre des relations intra-communautaires (*b) Le contrôle classique de la loi désignée pour les actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet*).

a) Le contrôle restreint de la loi désignée dans les cas classiques de concurrence déloyale

380. - L'exclusion du champ d'application de l'article 28 (ex. art. 30) du *Traité CE* des mesures nationales relatives à la concurrence déloyale et régissant les modalités de vente - La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de libre circulation des marchandises nécessite de distinguer, depuis l'arrêt *Keck et Mithouard*[880], selon que l'acte de concurrence déloyale en cause a été commis dans le domaine de la promotion des ventes ou dans celui des caractéristiques techniques des produits. Les dispositions nationales relatives aux modalités de vente ou aux méthodes de commercialisation ne rentrent en effet plus dans le champ d'application de l'article 28 (ex. art.30) du *Traité CE* depuis cette décision, qui a précisé que les dispositions nationales régissant les modalités de vente ou de distribution des produits ne constituent pas des entraves au commerce entre Etats membres, « à condition qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et celle de ceux en provenance d'autres Etats membres ». La jurisprudence *Cassis de Dijon* reste cependant applicable aux mesures nationales régissant la concurrence déloyale si elles ne visent pas les modalités de vente. La qualification d'une disposition nationale en vue de savoir si elle entre dans le champ d'application du principe de libre circulation des marchandises ou dans celui du principe de libre prestation des services n'est cependant pas aisée en matière de concurrence déloyale.

381. - La portée de l'exclusion en matière de concurrence déloyale – Sous l'empire de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, des législations nationales relatives à la protection contre l'imitation ou la copie servile[881] ont été examinées au regard de la

[880] CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. Jointes C-267/91 et C-268/91, Rec.p.I-6097.
[881] CJCE, *BV Industrie Diensten Groep c/ J.-A. Beele Handelmaatschappij BV*, 2 mars 1982, aff. 6/81, Rec. p. 707.

libre circulation des marchandises prévue par l'article 28 (ex. 30) du *Traité CE*. Les mesures nationales affectant les produits sont également toujours soumises à un contrôle de conformité au regard du principe de libre circulation des marchandises, comme par exemple celles qui contiennent des prescriptions sur la composition ou la présentation du produit. En vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, les dispositions relatives à la revente à perte, aux promotions commerciales, aux communications commerciales, ou à la publicité[882] devraient en revanche être qualifiées de mesures concernant les modalités de vente. Dans d'autres domaines, la qualification est moins aisée, et le juge communautaire raisonne au cas par cas. Il en est ainsi, par exemple, d'une disposition de la loi allemande sur la concurrence déloyale qui interdit l'usage de dénominations sociales ou de noms commerciaux lorsqu'il crée une confusion dans l'esprit de la clientèle. Le juge communautaire ne l'a pas immédiatement exclu du champ d'application de l'article 28 du *Traité CE*, et en a examiné la conformité à la fois au regard de la libre circulation des marchandises et au regard de la libre prestation des services[883]. Ainsi, encore d'une autre disposition allemande considérant comme déloyal le fait d'afficher sur le produit une dénomination trompeuse sur ses caractéristiques, son origine ou son mode de fabrication, dont le caractère d'entrave a été examiné au regard de la libre circulation des marchandises[884].

382. - La flexibilité des règles de droit matériel régissant les actes de concurrence déloyale et l'approche au cas par cas de la qualification de modalité de vente – En dehors des dispositions faisant l'objet d'une règlementation commune[885], la balance opérée entre la loi de l'Etat membre d'origine de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale et la loi de l'Etat membre de destination pourrait se justifier au regard des caractéristiques et de la structure des règles de droit matériel régissant les actes de concurrence déloyale. Le recours à une notion à contenu variable implique en effet leur flexibilité et leur adaptabilité aux circonstances particulières de chaque cas et

---

[882] Sur le contrôle de la loi déclarée applicable à une publicité déloyale par la règle de conflit de lois, *infra*, § 389 et suiv.
[883] CJCE, *Pfeiffer Großhandel GmbH c/ Lowa Warenhandel GmbH*, 11 mai 1999, aff.C-255/97, Rec., p.I-3913: la disposition allemande a été déclarée conforme à la fois au principe de libre circulation des marchandises et à celui de la libre prestation de services.
[884] CJCE, *Estée Lauder*, 13 janvier 2000, aff. C-220/98, Rec., p.I-117.
[885] Sur le contrôle de la loi désignée en matière de publicité ou de pratiques commerciales déloyales, *infra*, §388 et suiv.

aux spécificités des actes commis sur le territoire de chacun des Etats. Or pour justifier le caractère restrictif de la mesure nationale en l'absence de règlementation commune, les Etats membres peuvent invoquer soit les motifs énoncés dans l'article 30 (ex. art. 36) du *Traité CE*, soit des exigences impératives telles que la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales[886]. La fréquence à laquelle est admise la justification du caractère d'entrave d'une législation nationale par les exigences impératives que sont la protection des consommateurs ou la promotion de la loyauté des transactions commerciales montre que le juge communautaire entend respecter la diversité des législations nationales en matière de concurrence déloyale[887]. Il a ainsi parfois été précisé que « dans un régime de marché commun, la défense des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales en matière de présentation des vins doivent être assurées dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les Etats membres [888]». En dehors des domaines harmonisés, la position du juge communautaire au regard des législations nationales relatives à la concurrence déloyale ne semble donc pas permettre de dégager une approche systématique des relations entre la loi du pays d'origine et la loi du pays de destination. Le caractère d'entrave de la loi désignée par la mise en œuvre de l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* devrait être évalué au cas par cas, soit dans le cadre de la libre circulation des marchandises, soit dans le cadre de la libre prestation des services. La *lex loci damni* ou la loi de l'Etat dans lequel réside le consommateur désignée par la règle de conflit de lois ne devraient donc pas être automatiquement évincées lorsque la loi de l'Etat d'origine de l'auteur du comportement déloyal est plus favorable à celui-ci.

b) Le contrôle classique de la loi désignée pour les actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet

---

[886] Ces exigences impératives ont été consacrées dans l'arrêt *Cassis de Dijon*.
[887] Par exemple, cette justification a été admise dans CJCE, *BV Industrie Diensten Groep c/ J.-A. Beele Handelmaatschappij BV*, op. cit, pt. 9 et suiv.; elle a cependant été refusée dans CJCE, *Pall c/ Dahlhausen*, 13 décembre 1990, aff. C-238/89, Rec., p.I-4827.
[888] CJCE, *Prantl*, 13 mars 1984, aff. 16/83, Rec., p.1299, pt. 26.

383. - Le domaine coordonné par la *Directive sur le commerce électronique* et les règles nationales régissant les actes de concurrence déloyale - La portée du principe du pays d'origine prévu dans la clause de marché intérieur de la *Directive sur le commerce électronique* est conditionnée par la notion de « domaine coordonné »[889]. Seules les matières entrant dans son champ d'application sont visées par la clause de marché intérieur, et par conséquent soumises à la compétence de la loi du pays d'origine et au principe de reconnaissance mutuelle[890]. Il importe par conséquent de déterminer si la matière des actes de concurrence déloyale entre dans le domaine coordonné de la *Directive sur le commerce électronique*.

384. - Les services de la société de l'information s'entendent de « tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services [891]». Certaines activités régies par le droit de la concurrence déloyale répondent à cette définition de fourniture de services de la société de l'information, comme par exemple concernées les communications commerciales (information) et la publicité en ligne[892], ainsi que les manœuvres déloyales commises dans les relations entre professionnels à l'occasion de l'achat en ligne ou de la conclusion de contrats en ligne. Les comportements potentiellement déloyaux commis à l'occasion de ce type d'activités sont alors inclus dans les dispositions de la *Directive sur le commerce électronique* régissant l'exercice de l'activité d'une société de l'information[893]. D'autres comportements traditionnellement considérés comme des actes de concurrence déloyale sont en revanche exclus de la définition des communications commerciales, et par conséquent du domaine coordonné par la *Directive sur le commerce électronique*. Ainsi, par exemple, des « informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de

---

[889] O. CACHARD, « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *R.D.A.I.* n°2/2004, pp.161-179, spéc. p. 162 et suiv.
[890] *Supra*, § 103 et suiv.
[891] Considérant 17 de la *Directive sur le commerce électronique*.
[892] Considérants 18 et 21 de la *Directive sur le commerce électronique*.
[893] Article 2, h), i) de la *Directive sur le commerce électronique* ; sur la compétence de la loi du pays d'origine du prestataire dans ces domaines.

courrier électronique [894] » ou « les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ». Les règles régissant les actes de concurrence déloyale commis par rapport aux signes distinctifs, qu'il s'agisse d'imitation ou de désorganisation, ne tombent pas dans le champ d'application du principe du pays d'origine du professionnel. De la même manière, le considérant 21 de la *Directive sur le commerce électronique* exclut du domaine coordonné les obligations en matière d'étiquetage, parfois régies par le droit de la concurrence déloyale.

385. - Le caractère national du standard de comportement et les actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet – Mis à part le domaine de la publicité, la plupart des règles régissant des actes de concurrence déloyale ne sont pas couverts par le domaine coordonné de la *Directive sur le commerce électronique*. Le professionnel auteur du comportement reproché ne peut donc pas invoquer la clause de marché intérieur, mais peut se fonder sur l'existence d'une entrave à la libre prestation des services dans le cadre de l'article 49 du *Traité CE* comme pour les actes de concurrence déloyale classiques. La *lex loci damni* a donc très peu de chances d'être contrôlée au regard des libertés économiques dans le cadre des relations intracommunautaires. Cette solution peut se justifier par la préservation de la conception nationale ou étatique du standard de comportement en matière d'actes de concurrence déloyale. La diversité des législations nationales en matière d'actes de concurrence déloyale[895] constitue ainsi un obstacle à l'inclusion de la matière des actes de concurrence déloyale dans le domaine coordonné de la *Directive sur le commerce électronique*. L'exclusion des règles régissant la fiscalité du champ d'application de cette dernière est par ailleurs justifiée par le fait que « il est nécessaire d'exclure du champ d'application de la présente directive certaines activités compte tenu du fait que la libre prestation des services dans ces domaines ne peut être, à ce stade, garantie au regard du traité ou du droit communautaire dérivé existant[896] ». Si la matière des actes de concurrence déloyale

---

[894] Article 2, f) de la *Directive sur le commerce électronique*.
[895] Sur la diversité résultant des marges de manœuvre des Etats membres, *supra*, § 26 et suiv.
[896] Considérant 12 de la *Directive sur le commerce électronique* : « Il est nécessaire d'exclure du champ d'application de la présente directive certaines activités compte tenu du fait que la libre prestation des services dans ces domaines ne peut être, à ce stade, garantie au regard du traité ou du droit

n'est pas expressément prévue dans les matières exclues de son champ d'application, cette exclusion devrait cependant lui être étendue, en dehors du domaine de la publicité, dès lors qu'il n'existe pas de règlementation commune.

386. - En dehors du domaine des communications commerciales[897], le principe de reconnaissance mutuelle prescrit dans le domaine coordonné par la *Directive sur le commerce électronique* ne s'impose pas dans le domaine des actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé. Dans le cadre de l'article 27 du *Règlement Rome II*, le contrôle de la loi désignée par l'article 6, point 2 pour régir l'acte de concurrence déloyale commis sur l'Internet devrait donc être effectué de la même manière que pour les cas classiques de concurrence déloyale.

B – Les règles harmonisées relatives aux pratiques commerciales déloyales

387. - Il est admis que les articles 28, 29 et 95 du *Traité CE* entretiennent des rapports « d'indépendance et de complémentarité[898] » afin de supprimer les entraves aux échanges et à la mobilité et assurer un niveau élevé de protection des consommateurs. Le recours à l'article 27 du *Règlement Rome II* afin de contrôler la loi désignée par les articles 6, point 1 ou 12 du *Règlement Rome II* devrait par conséquent être envisagé dans les matières appartenant au droit de la concurrence déloyale que sont la publicité et les pratiques commerciales déloyales (*a) Le contrôle de la loi applicable à la publicité* ; *b) Le contrôle de la loi désignée en matière de pratiques commerciales déloyales*).

---

communautaire dérivé existant. Cette exclusion doit être sans préjudice des éventuels instruments qui pourraient s'avérer nécessaires pour le bon fonctionnement du marché intérieur. La fiscalité, notamment la taxe sur la valeur ajoutée frappant un grand nombre des services visés par la présente directive, doit être exclue du champ d'application de la présente directive ».

[897] Sur ce point, *infra*, § 387 et suiv.

[898] A. MATTERA, Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement, 2ème éd., Jupiter, Paris, 1990, spéc. p. 197.

a) Le contrôle de la loi applicable à la publicité

388. - Pour échapper à sa responsabilité, l'annonceur pourrait invoquer un déséquilibre entre les intérêts en présence lorsque la publicité en cause est considérée comme déloyale selon la loi de l'Etat de destination désignée par la règle de conflit de lois, alors qu'elle ne l'est pas en vertu de la loi de l'Etat dans lequel il est établi. Si cette dernière pourrait exercer une influence sur la loi désignée par la règle de conflit de lois lorsque la publicité est effectuée en ligne (*2. L'application du principe du pays d'origine à la publicité en ligne ou télévisée*), son impact est plus nuancé lorsque la loi de l'Etat de destination est déclarée applicable à une publicité déloyale réalisée par le biais de médias traditionnels (*1. Le contrôle de la loi applicable à la publicité traditionnelle*).

1. Le contrôle de la loi applicable à la publicité traditionnelle

389. - Le principe de reconnaissance mutuelle et la *Directive sur la publicité trompeuse et la comparative* - En raison de l'existence de directives d'harmonisation, une partie de la doctrine milite en faveur de la soumission des obligations non contractuelles naissant dans le domaine de la publicité intracommunautaire au principe du pays d'origine[899]. Pour les uns, le principe du pays d'origine devrait s'appliquer en tant que règle de conflit de lois[900] ; pour les autres, son influence résulte de l'article 27 du *Règlement Rome II*[901]. Sa mise en œuvre devrait être facilitée dans le domaine de la

---

[899] Hamburg Group for Private International Law, « Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », op. cit., spéc. pp. 19-20.

[900] G. VITELLINO, "Rome II From an Internal Market Perspective", op. cit., spéc. pp. 297-298.

[901] Déjà à propos de l'avant-projet de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Hamburg Group for Private International Law, « Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », *RabelsZ*, Bd.67 (2003), pp.1-56, spéc. p.20; M. LEISTNER, "Comments: The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle", in *Intellectual Property and Private International Law*, Ed. By J. DREXL and A. KUR, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp.177-199; G. VITELLINO, "Rome II From an Internal Market Perspective", in *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and*

publicité comparative, dans lequel l'harmonisation maximale implique une équivalence entre les législations nationales[902]. L'annonceur pourrait donc invoquer le respect des conditions posées par la loi de l'Etat membre dans lequel il est établi pour faire échec à la *lex loci damni* désignée par la règle de conflit lorsque la publicité déloyale a porté atteinte aux intérêts d'un concurrent déterminé. Dans le domaine de la publicité trompeuse, le degré d'harmonisation minimal implique seulement une équivalence de résultat entre les législations nationales[903]. Des différences peuvent subsister, et le professionnel pourrait ne pas pouvoir invoquer le respect des règles relatives à la publicité trompeuse dans son pays d'origine pour faire échec à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois si la loi de l'Etat membre de destination n'est pas constitutive d'entrave ou si elle est justifiée.

390. - Le contrôle de l'existence d'entraves à la libre prestation des services dans le domaine de la publicité[904] – En apparence, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes semble permettre de conclure que les mesures nationales règlementant la publicité sont qualifiées de modalités de vente[905]. Le professionnel auteur de la publicité déloyale ne pourrait donc pas invoquer, sur le fondement de l'article 28 du *Traité CE,* le caractère d'entrave à la libre circulation des marchandises de la loi de l'Etat de résidence du consommateur ou de la *lex loci damni* compétentes en vertu de la règle de conflit de lois pour faire échec à leur application. La solution rendue dans l'arrêt *Keck et Mithouard* a cependant conduit les opérateurs à

---

other Non Contractual Obligations in Europe: the Rome II Proposal, CEDAM, Padova, 2006, pp.271-300, spéc. p. 299.

[902] Sur l'harmonisation totale en matière de publicité comparative, *supra*, §36..

[903] Sur l'harmonisation minimale en matière de publicité trompeuse, *supra*, §36.

[904] De manière générale sur cette question, L. DEFALQUE, « La protection du consommateur européen en matière de publicité et la réalisation du marché intérieur », dans *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp.817-841.

[905] CJCE, *Hunermund e.a.*, 15 décembre 1993, aff. C-292/92, Rec., p.I-6787, qui déclare que l'article 28 (ex.art.30) ne s'oppose pas à « une règle déontologique, établie par une chambre professionnelle des pharmaciens d'un Etat membre, qui interdit à l'ensemble des pharmaciens de son ressort territorial de faire de la publicité, en dehors de l'officine, pour les produits pharmaceutiques qu'ils sont autorisés à offrir à la vente (…) » ; CJCE, *Leclerc-Siplec*, 9 février 1995, aff. C-412/93, Rec., p.I-179, pts. 22 et suiv.: une mesure nationale (législative ou règlementaire) qui interdit la diffusion de messages publicitaires télévisés en faveur du secteur économique de la distribution ne peut être contrôlée au regard de l'art. 28 du Traité CE, dans la mesure où elle est relative à des modalités de vente, « en ce qu'elle interdit une certaine forme de promotion (publicité télévisée) d'une certaine méthode de commercialisation (distribution) de produits » ; CJCE, *De Agostini et TV-Shop*, 9 juillet 1997, aff. C-34/95 à C-36/95, Rec., p.I-3843 ; CJCE, *Gourmet International Products*, 8 mars 2001, aff. C-405/98, Rec., p.I-1795.

invoquer davantage l'article 49 (ex. art. 59) du *Traité CE* pour contester le caractère restrictif des échanges des législations nationales relatives à la publicité[906]. La loi de l'Etat membre de destination de la publicité désignée par la règle de conflit de lois peut toujours faire l'objet d'un contrôle lors de son application au regard de la libre prestation des services. Pour opérer une balance entre les intérêts nationaux et l'intérêt communautaire en matière de publicité, le juge devrait donc déterminer, au regard des faits de l'espèce, si la disposition de la loi de l'Etat de destination relève du champ d'application de l'article 28 ou de celui de l'article 49 du *Traité CE*. Par exemple, dans un arrêt *Schindler* rendu en 1994[907], la Cour de Justice des Communautés européennes a accepté l'application subsidiaire de l'article 49 (ex. art. 59) du *Traité CE*, dès lors que la mesure nationale en cause était relative aux modalités de vente et ne rentrait donc pas dans le champ d'application de l'article 28 (ex. art. 30)[908]. S'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour classer la mesure nationale dans le champ de la libre circulation des marchandises ou dans celui de la libre prestation des services, il devrait envisager sur un pied d'égalité la conformité de la loi de l'Etat de destination désignée par la règle de conflit de lois à l'une ou à l'autre de ces libertés économiques. Cette démarche a été mise en œuvre par le juge communautaire dans l'arrêt *De Agostini et TV-Shop*[909], au sujet de la législation suédoise sur les pratiques commerciales, prohibant

---

[906] La clarification des relations entre les articles 28 et 49 du *Traité CE* par la Cour de Justice des Communautés européennes a été progressive dans le domaine de la publicité, et est examinée au cas par cas.

[907] CJCE, *Schindler*, 24 mars 1994, aff. C-275/92, Rec., p.I-1039.

[908] Le litige opposait un professionnel à des commissaires des douanes britanniques au sujet de l'envoi, à partir des Pays-Bas, de documents publicitaires et de formules de commande concernant une loterie organisée en Allemagne. Les législations anglaises interdisant ce type de loteries, le professionnel a invoqué l'incompatibilité de ces mesures avec les dispositions de l'article 28 du Traité CE et, à titre subsidiaire, avec celles de l'article 49. La Cour de justice a d'abord précisé que les loteries en cause ne rentraient pas dans le champ d'application de l'article 28 du *Traité CE* (ex.art.30), dans la mesure où « l'envoi et la diffusion, en grandes quantités, en l'espèce dans un autre Etat membre, d'objets matériels comme des lettres, des prospectus publicitaires ou des billets de loteries (…) n'étaient que des modalités concrètes d'organisation ou de fonctionnement d'une loterie et ne pouvaient, au regard du traité, être envisagées indépendamment de l'activité de loterie à laquelle elles se rattachent », et que ces activités de loteries n'étaient pas relatives à des marchandises en tant que telles (pt.22 et 24). Elle a ensuite qualifié les activités de loteries en cause de prestations de services au sens de l'article 49 (ex. art. 50) du Traité CE, dans la mesure où elles sont exercées contre rémunération, et qu'elles présentent un caractère transfrontalier (pt.24). La Cour a enfin constaté que la mesure anglaise relative aux loteries constituait une entrave à la libre prestation des services, mais que cette restriction était justifiée par des motifs de « protection des destinataires du service, et plus généralement, des consommateurs » et plus généralement par la protection de l'ordre social (pts. 26, 45 et 58).

[909] CJCE, *De Agostini et TV-Shop*, op. cit., pts. 44, 45 et 47 sur la libre circulation des marchandises, et pts. 50 et 54 sur la libre prestation des services ; pour un cas similaire d'absence d'éléments de faits permettant de savoir quelle liberté prévaut sur l'autre dans le raisonnement, voir CJCE, *Gourmet International Products*, 8 mars 2001, aff. C-405/98, Rec., p.I-1795.

le fait, pour un opérateur économique, de se livrer à une publicité ou à tout autre acte qui est contraire à la morale des affaires ou présente un caractère déloyal envers les consommateurs ou d'autres opérateurs économiques[910]. Lorsque la mesure nationale peut être considérée comme restreignant de la même manière la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services, le juge chargé de son application devrait déterminer si les circonstances de l'espèce permettent d'en faire prévaloir l'une sur l'autre.

391. - En matière de publicité intra-communautaire, le contrôle de la loi du pays de destination désignée par la règle de conflit de lois au regard des libertés économiques du *Traité CE* devrait donc toujours être effectué de manière pragmatique, en fonction des circonstances de fait. La mesure nationale relative à la publicité peut tomber dans le champ d'application de la libre circulation des marchandises ou dans celui de la libre prestation des services. Dans l'affaire *Karner*[911], l'Avocat général Siegbert Alber préconisait une approche *in concreto* de la question de la délimitation des champs d'application respectifs des articles 28 et 49 du *Traité CE*[912], en proposant la distinction suivante : la mesure nationale devrait être exclue des champs d'application des articles 28 et 49 du *Traité CE* « *si la publicité est par exemple conçue et publiée par le vendeur lui-même, il pourra sembler logique de la qualifier de partie intégrante du processus de distribution de la marchandises* [913]*» ; à l'inverse, « lorsque la publicité est conçue et publiée par un tiers, par exemple par un agent publicitaire indépendant, cette activité devrait en principe être englobée dans le champ d'application de l'article 49 CE* [914]». La Cour de Justice des Communautés européennes n'a pas repris les critères proposés, mais elle a précisé que « lorsqu'une mesure nationale se rattache tant à la libre circulation des marchandises qu'à la libre prestation des services, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère

---

[910] Le *Marknadsdomstolen*, association de protection des consommateurs, invoquait cette réglementation contre les sociétés De Agostini et TV-Shop. La première, établie en Suède, avait présenté à la télévision une publicité pour un journal pour enfants, et destinée au public suédois. Cette publicité était retransmise en Suède par satellite par une chaîne télévisée domiciliée au Royaume-Uni. La société TV-Shop, quant à elle, était établie en Suède, et présentait, dans le cadre d'une séquence télévisée, des produits, que les clients pouvaient acquérir dans les différents pays de réception.
[911] CJCE, *Kraner*, 25 mars 2004, aff. C-71/02, Rec., p.I-3025.
[912] Conclusions de l'Avocat général M. Siegbert Alber présentées le 8 avril 2003, aff. C-71/02, *Karner*.
[913] Ibid., pt.93.
[914] Ibid.

que, dans les circonstances de l'espèce, l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée [915]». L'applicabilité subsidiaire de l'article 49 du *Traité CE* n'est donc pas systématique en matière de publicité et elle doit être déterminée au cas par cas[916]. Les dispositions de la loi de l'Etat membre de destination ne seront donc écartées qu'au cas par cas au profit de la loi de l'Etat membre dans lequel est établi l'annonceur de la publicité déloyale.

2. L'application du principe du pays d'origine à la publicité en ligne ou télévisée

392. - L'exercice d'activités publicitaires entre dans le domaine coordonné par la *Directive sur le commerce électronique*[917] ou dans celui de la directive du Conseil 89/552/CEE du 3 octobre 1989 sur la coordination de certaines règles établies par les Etats membres relatives à la diffusion d'émission télévisées[918]. L'annonceur devrait par conséquent respecter les dispositions prévues par la loi de l'Etat membre dans lequel il est établi, et l'Etat membre dans lequel la publicité est diffusée ne devrait pas, en vertu du principe de reconnaissance mutuelle, imposer de conditions de licéité supplémentaires. La portée de ce dernier devrait cependant être nuancée selon que la publicité déloyale affecte les intérêts d'un concurrent déterminé ou les intérêts économiques des consommateurs.

393. - Le respect des prescriptions énoncées par la loi de l'Etat membre dans lequel est établi l'annonceur de la publicité – Voici un professionnel (Γ) établi dans un Etat membre A qui a diffusé sur un site Internet accessible dans les Etats membres B et C une publicité ne respectant pas les conditions de licéité prévue par la loi de l'Etat B.

---

[915] CJCE, *Kraner*, op. cit., pt.46.
[916] Dans l'arrêt CJCE, *Kraner*, 25 mars 2004, aff. C-71/02, Rec., p.I-3025, pt 47, la Cour considère que « *dans les circonstances de l'affaire au principal, la diffusion de messages publicitaires n'est pas une fin en elle-même. En effet elle constitue un élément secondaire par rapport à la vente des marchandises en cause. Par conséquent l'aspect de la libre circulation des marchandises prévaut sur celui de la libre prestation des services. Dès lors il n'y pas lieu d'examiner l'article 30, paragraphe 1, de l'UWG au regard de l'article 49 CE* ».
[917] Considérants 18 et 21 de la *Directive sur le commerce électronique.*
[918] *J.O.C.E.* n°L298 du 17.10.1989, p. 23.

L'un de ses concurrents (μ) a perdu une partie de sa clientèle dans l'Etat B du fait de cette publicité trompeuse et dénigrante, et a saisi les juridictions de ce pays afin d'obtenir sa cessation et le prononcé de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. La loi de l'Etat B a été déclarée applicable par le juge en vertu de l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II*. Or, (Γ) a déjà été assigné précédemment dans l'Etat A par un autre concurrent pour la même publicité, et les juridictions de son pays d'origine ont jugé que cette publicité n'était pas déloyale. Si un juge de l'Etat B déclare la campagne publicitaire déloyale, (Γ) pourrait invoquer le fait qu'il respecte les dispositions régissant la publicité dans l'Etat A dans lequel il est établi, et que la loi de l'Etat B dans lequel la publicité atteint le public ne peut imposer de restrictions supplémentaires à l'exercice de son activité publicitaire. S'il prouve qu'il a respecté les conditions de licéité et de loyauté de l'activité publicitaire dans son pays d'origine, il pourrait ainsi faire échec à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois sur le fondement de l'article 27 du *Règlement Rome II*. Le juge de l'Etat B de destination de la publicité devrait donc tenir compte du jugement rendu dans l'Etat A pour ne pas prononcer de condamnation contre le prestataire. Dans le cas contraire, la condamnation effectuée en vertu de la loi de l'Etat B pourrait constituer une entrave à la libre prestation des services sur l'Internet, qui ne pourrait être justifiée que dans le domaine de la publicité pour les produits du tabac ou pour l'alcool[919]. La loi de l'Etat membre A dans lequel est établi l'annonceur devrait donc être respectée dans l'Etat membre B de destination de la publicité. Cette situation respecte les intérêts de l'auteur de la publicité reprochée s'il ne pouvait pas prévoir que la publicité causerait un dommage à son concurrent dans l'Etat B, notamment, pas exemple, parce qu'elle est accessible sur l'Internet. Elle ne conduit cependant pas à un résultat satisfaisant du point de vue de la protection existante au sein du territoire communautaire, dans la mesure où elle ne permet que de respecter le niveau minimal de protection contre la publicité déloyale.

[919] Article 8 de la *Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative*.

b) Le contrôle de la loi désignée en matière de pratiques commerciales déloyales

394. - L'équivalence formelle des législations nationales au regard de la liste de pratiques commerciales déloyales interdites *per se* - En vertu de l'article 4 de la *Directive sur les pratiques commerciales*, « les Etats membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur ». Une interprétation stricte de cette disposition pourrait conduire à considérer que les mesures nationales plus strictes pour le professionnel que celle de son Etat d'origine ne sont plus tolérées dans le domaine coordonné par la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*. Les mesures nationales de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* devraient en effet être strictement identiques en ce qui concerne le contenu de la liste de pratiques commerciales déloyales interdites *per se* figurant à l'annexe II[920]. Les Etats membres ne disposant d'aucune marge de manœuvre, il existerait une équivalence formelle entre la loi de l'Etat membre dans lequel est établi le professionnel et la loi de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur en ce qui concerne le caractère illégal des pratiques commerciales expressément identifiées comme déloyales. De la même manière, les législations nationales devraient avoir un contenu identique en ce qui concerne le régime des pratiques commerciales trompeuses ou agressives. Le professionnel ne pourrait donc plus invoquer le caractère d'entrave à la libre prestation des services de la loi du pays de destination désignée par la règle de conflit de lois lorsque la pratique commerciale qui lui est reprochée est interdite *per se* en vertu de la liste noire contenue à l'annexe I. Cette situation ne porte cependant pas atteinte aux intérêts du professionnel, dans la mesure où il peut aisément prévoir que le consommateur est protégé de manière équivalente dans tous les Etats membres contre les pratiques identifiées dans la liste noire de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* et qu'il peut prévoir le caractère illicite de ces pratiques commerciales déloyales.

[920] Sur cette liste, *supra*, §47 et suiv.

395. - L'équivalence des législations nationales et la clause générale de définition d'une pratique commerciale déloyale – En dehors de la liste de pratiques interdites *per se* et des pratiques commerciales trompeuses ou agressive, la clause générale de définition[921] laisse au juge national une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique non répertoriée dans cette liste. Le juge de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur (Etat A) peut par exemple être saisi afin de voir le professionnel sanctionné pour une pratique commerciale non citée dans la liste noire de pratiques interdites *per se*, mais qui a été qualifiée auparavant de déloyale dans l'Etat A. Or la même pratique commerciale a également été jugée conforme aux exigences de la loyauté envers les consommateurs dans l'Etat B dans lequel le professionnel est établi. Certains auteurs considèrent alors que l'harmonisation complète imposée par la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* permettrait dans ce cas au professionnel de prétendre que la jurisprudence de l'Etat A constitue une entrave à la libre prestation des services[922]. Le jugement rendu dans l'Etat membre B d'origine de l'annonceur constituerait une présomption selon laquelle la publicité dirigée par l'annonceur dans l'Etat membre de résidence du consommateur respecte le standard de loyauté. Or cette solution semble devoir être exclue, dans la mesure où elle ne permet pas d'élever le niveau de protection des consommateurs au sein de l'Union européenne. Si les intérêts de l'annonceur ne seraient peut-être pas respectés dans la mesure où il pensait que son comportement était licite, le recours à l'article 17 du *Règlement Rome II* permet cependant de rétablir un équilibre satisfaisant lors de l'évaluation de sa responsabilité. Mais la loi de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur ne devrait pas être écartée au profit de celle de l'Etat membre dans lequel est établi l'annonceur de la publicité. Cette solution est stricte pour le professionnel, mais devrait permettre d'élever le niveau de loyauté dans les relations entre professionnels et consommateurs sur le territoire communautaire.

---

[921] Sur la clause générale de définition contenue dans la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, *supra*, § 48 et suiv.

[922] J. STUYCK, E. TERRYN et T. VAN DYCK, "Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in the Internal Market", op. cit., spéc. p. 118-119.

§2 – La loi désignée et les règles de comportement du lieu du fait générateur

396. - L'article 17 du *Règlement Rome II* et le mécanisme de la prise en considération - Dans les domaines couverts par les points 1 et 2 de l'article 6 du *Règlement Rome II*, le contenu des lois en présence ne devrait pas être pris en considération lors de la détermination de la loi applicable[923]. L'article 17 du *Règlement Rome II*[924] offre alors la possibilité au juge national de tenir compte des règles de sécurité et de comportement du lieu de commission du fait générateur afin d'apprécier le comportement fautif de l'auteur. Cette disposition est considérée[925] comme permettant au juge de prendre en considération le contenu d'une loi étrangère autre que la loi désignée par la règle de conflit de lois, alors même qu'elle n'aurait pas vocation à s'appliquer[926]. Ecartée lors de la phase de désignation de la loi applicable, la loi du lieu du fait générateur se voit alors conférer un rôle lors de l'application de la loi désignée, même si elle ne sera pas appliquée mais prise en considération[927]. L'office du juge au regard de la prise en considération de la loi du lieu du fait générateur (*B – Les rôles respectifs du juge et de l'auteur*) dépend alors du contenu de l'expression « règles de sécurité et de comportement » et de la nature de ces règles (*A – L'identification des règles de sécurité et de comportement*).

---

[923] *Supra*, §157 et suiv.

[924] Article 17 du *Règlement Rome II* : « pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ».

[925] Les travaux préparatoires révèlent les divergences de points de vue sur le rôle conféré aux règles de sécurité et de comportement du pays du fait générateur. Dans son avis rendu le 2 juin 2004, le Conseil économique et social européen considérait par exemple que « l'article 13 (nouvel article 17) crée les conditions nécessaires à l'applicabilité directe des règles de sécurité et de comportement » du lieu où le fait générateur du dommage est survenu. Il n'envisageait pas la possibilité pour le juge de tenir compte de ces règles, mais leur application au cas d'espèce. La Commission européenne avait pour sa part considéré depuis le départ qu'il était nécessaire de bien distinguer la question de l'application de la loi désignée par la règle de conflit, et la prise en considération d'une autre loi, étrangère, comme un simple fait.

[926] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p.112, §179 et suiv.; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome II, Partie spéciale, PUF, Paris, 2007, spéc. p. 451.

[927] Pour une étude d'ensemble du mécanisme de la prise en considération, E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Préf. de B. Audit, L.G.D.J. 2008, 561p.

A - L'identification des règles de sécurité et de comportement

397. - La prise en considération des règles de sécurité et de comportement du for ou d'un autre pays - Lorsque le professionnel lésé par un acte de concurrence déloyale a intenté une action en concurrence déloyale dans le pays dans lequel le fait générateur est survenu, le recours à l'article 17 du *Règlement Rome II* permet de prendre en considération la *lex fori* en tant qu'élément de fait pour appliquer la loi étrangère du lieu où le dommage s'est produit, compétente en vertu de l'article 4, point 1. A l'inverse, lorsque le demandeur a agi devant la juridiction du lieu où les conséquences dommageables de l'acte ont été ressenties, le juge pourra tenir compte des règles étrangères de sécurité et de comportement du lieu de survenance du fait générateur pour apprécier le respect du standard de comportement prescrit par la *lex fori*. Très logiquement, le mécanisme de la prise en considération tel qu'il est conçu dans le champ d'application du *Règlement Rome II* n'a donc vocation à être utilisé que dans les cas dans lesquels il existe une dissociation dans l'espace des éléments constitutifs de l'acte de concurrence déloyale.

398. - Les critères d'identification des règles de sécurité et de comportement pouvant être prises en considération - Le champ d'intervention privilégié du mécanisme de la prise en considération concerne traditionnellement les règles de droit public étranger[928], et est plus rarement utilisé dans les matières de droit privé. En matière de concurrence déloyale, les règles de droit matériel dont l'application dans l'espace est coordonnée par les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* ont cependant vocation à régir des rapports de droit privé. Il convient alors d'identifier les règles de sécurité et de comportement du pays dans lequel l'acte de concurrence déloyale s'est produit que le juge pourrait prendre en considération afin d'évaluer le comportement fautif de l'auteur. Les critères déterminants permettant d'établir le contenu de la notion de « règles de sécurité et de comportement » résident dans leur finalité matérielle et dans leur force obligatoire. L'article 17 du *Règlement*

[928] Sur cette question, P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994; H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Arch. phil. Droit*, t. 41, 1997, pp.207-214.

Rome II dispose en effet que ces normes doivent être « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité », et est complété par le considérant 34, qui précise que l'objectif de la prise en compte de ces règles réside dans la recherche d'un «équilibre raisonnable entre les intérêts des parties».

399. - Les règles de sécurité et de comportement pouvant être prises en considération en matière d'actes de concurrence déloyale - Les règles visées à l'article 17 du *Règlement Rome II* sont définies dans le considérant 34 par un renvoi à « toute la règlementation ayant un lien avec la sécurité et le comportement, y compris, par exemple, les règles de sécurité routière en matière d'accident ». Le champ d'application matériel de l'article 17 ne devrait cependant pas être restreint à la matière des accidents de la circulation. La rédaction des termes du considérant 34 est claire, dans la mesure où il ne fournit certes qu'un exemple unique, mais dans une liste non limitative. Le mécanisme de la prise en considération de la loi du lieu du fait générateur peut par conséquent être étendu dans l'ensemble des matières concernant les obligations non contractuelles régies par le *Règlement Rome II*, dès lors que les règles qui les régissent sont fondées sur un standard de comportement. Une distinction est opérée entre la loi désignée par la règle de conflit de lois constituant une « règle de décision » et la loi étrangère qui est prise en considération en tant que « *datum* », c'est-à-dire en tant que fait[929]. Une norme est considérée comme une règle de conduite lorsqu'elle incite le professionnel à se comporter de telle ou telle manière dans une situation donnée. Parmi ces règles figurent évidemment les normes étatiques contenant des prescriptions quant à un comportement donné. La généralité du terme « règlementation » permet d'inclure dans le champ d'application de l'article 17 du *Règlement Rome II* l'ensemble des règles nationales relevant du droit privé, du droit pénal ou du droit public dès lors qu'elles imposent un standard de comportement.

400. - La source interne de ces règles – législative ou prétorienne-, comme leur source communautaire ou nationale, importe peu. Dans le domaine de la concurrence déloyale, les règles de comportement seront souvent le résultat des décisions rendues par les juges chargés d'apprécier le respect du standard de comportement. Cette

[929] E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, op. cit., spéc. p. 64, §85 et suiv.

hypothèse se vérifie dans tous les cas dans lesquels les juridictions d'un Etat auront apprécié un comportement au regard de la clause générale de définition des actes de concurrence déloyale ou de la clause générale de définition des pratiques commerciales déloyales. L'article 17 du *Règlement Rome II* contient par ailleurs une précision qui pourrait en apparence exclure la possibilité pour le juge de tenir compte du contenu d'un code de conduite privé adopté dans un secteur professionnel donné[930]. Il précise en effet que le juge ne peut tenir compte que des règles de comportement qui étaient « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». Or la caractéristique commune des codes de conduite privés réside dans leur absence de force contraignante, ainsi que dans le fait que, destinés à une branche professionnelle, ils sont détachés du territoire d'un Etat[931]. Les standards de comportement énoncés dans les codes de conduite privés peuvent cependant être pris en considération lorsqu'une valeur normative leur a été conférée dans l'ordre interne par le juge[932]. Comme les normes de source étatique, les mécanismes de régulation privés contiennent en effet des prescriptions relatives à un comportement dans un secteur professionnel donné, et sont à disposition du juge pour compléter le droit étatique national. Si ces prescriptions ont été consacrées par le juge du pays du lieu du fait générateur en tant qu'usage, elles pourraient être considérées comme des règles de sécurité et de comportement en vigueur dans ce pays. Le juge chargé d'évaluer le comportement fautif de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale pourrait donc tenir compte du fait que celui-ci a respecté les prescriptions contenues dans le code de conduite privé afin d'évaluer sa responsabilité.

401. - En visant les « règles de sécurité et de comportement », l'article 17 du *Règlement Rome II* ne restreint donc pas le champ d'application du mécanisme de de la prise en considération, l'expression « règles de sécurité et de comportement » du pays dans lequel l'acte de concurrence déloyale a été commis pouvant être étendue à toutes les normes de ce pays dès lors qu'elles sont « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ».

---

[930] Sur les codes de conduite ayant un impact dans le domaine de la concurrence déloyale, *supra*, §50 et suiv.
[931] *Supra*, §53
[932] *Supra*, §55 et suiv.

B Les rôles respectifs du juge et de l'auteur

402. - Dans le cadre de l'article 17 du *Règlement Rome II*, la fonction de la loi du pays dans lequel le fait générateur est survenu est conditionnée par l'objectif assigné au mécanisme de la prise en considération des règles de sécurité et de comportement en vigueur dans ce pays. Le juge ne semble en effet pouvoir tenir compte de ces normes que pour « assurer un équilibre raisonnable entre les parties[933] ». Une question n'est cependant pas résolue par le *Règlement Rome II*, et consiste à déterminer qui, du juge ou de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale, devrait prendre l'initiative de la mise en œuvre du mécanisme prévu à l'article 17. La prise en considération des règles de comportement du lieu où l'acte pour lequel la responsabilité de l'auteur est réclamée est survenu devrait ensuite se cantonner à corriger un déséquilibre constaté en défaveur de celui-ci lors de la désignation de la loi applicable.

403. - Le rôle de l'auteur dont la responsabilité est recherchée et la conformité de l'acte au standard de comportement étranger - L'insertion de l'expression « pour autant que de besoin » semble attester de la volonté des rédacteurs du *Règlement Rome II* de ne pas généraliser la prise en considération des règles de sécurité et de comportement du pays du lieu du fait générateur. Dans le cadre de l'article 17 du *Règlement Rome II*, le recours au mécanisme de la prise en considération de la loi du lieu où l'acte reproché a été commis est destiné à évaluer le comportement de l'auteur. Il est considéré comme approprié dans les cas dans lesquels la loi du lieu de réalisation du dommage est fondée sur un système de responsabilité pour faute[934]. Ce mécanisme ne devrait alors jouer que si l'auteur dont la responsabilité est recherchée en vertu d'une action en concurrence déloyale montre que la loi déclarée applicable en vertu de la règle de conflit de lois n'est pas équivalente aux règles de comportement du lieu dans lequel il a agi et qu'il a agi en conformité avec cette dernière. La *Proposition*

[933] Considérant 34 du *Règlement Rome II*.
[934] E. LOQUIN, « La règle de conflit de lois générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », op. cit., spéc. p. 43. Déjà, P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, op. cit., spéc. p.84 et suiv.

Initiale contenait une disposition concernant les règles de sécurité et de comportement, mais rédigée différemment par rapport à l'article 17 du texte final. L'article 13 de la *Proposition Initiale* précisait en effet que « quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment de la survenance du fait générateur du dommage ». Cette disposition pouvait être interprétée comme imposant au juge une obligation de prendre en considération les règles de sécurité et de comportement visées pour apprécier le comportement fautif de l'auteur du dommage[935]. La rédaction de l'article 17 du texte final semble cependant moins contraignante pour le juge. Si l'emploi de l'expression « il est tenu compte » pourrait laisser penser que le juge national ne dispose pas d'une simple faculté, les règles de sécurité et de comportement ne s'imposent pas au juge dès lors qu'elles sont qualifiées d'éléments de fait et non de droit. Il revient donc à l'auteur de l'acte dont la responsabilité est recherchée de soulever la divergence de contenu entre les règles de sécurité et de comportement du lieu du fait générateur et la loi désignée par la règle de conflit concernant la licéité du comportement en cause. Par exemple, l'acte reproché a été commis dans son pays d'origine ou dans un autre Etat (Etats A et B), et il produit ses effets dommageables dans un ou plusieurs autres pays (Etats C et D). Dans ce cas, si le comportement de l'auteur est jugé comme licite et non déloyal dans les Etats A et B, le professionnel pourrait prétendre qu'il a adapté son comportement au standard retenu dans ces Etats A et B, sans pouvoir prévoir que son comportement produirait des conséquences dommageables dans les Etats C et D et qu'il serait considéré comme déloyal dans ces mêmes Etats C et D. La solution revient à transposer, dans le domaine de l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois et de la prise en considération d'une autre loi, la solution retenue en France jusqu'en 2005 dans l'arrêt *Amerford*[936]. Elle se justifie par deux facteurs. En premier lieu, le *Règlement Rome II* n'impose aucune obligation au juge pour la prise en considération de ces règles de comportement. En second lieu, il serait choquant de considérer que le juge national n'est pas tenu de mettre en œuvre la règle de conflit de lois en vertu du principe de l'autonomie procédurale des

[935] La Commission avait en effet précisé dans l'exposé des motifs que « lorsque la loi désignée n'est pas celle du pays où le fait générateur du dommage s'est produit, l'article 13 *oblige* le juge à tenir compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment de la survenance du fait générateur du dommage ».

[936] Cass., com., 16 novembre 1993, *Amerford*, *RCDIP* 1994, p.332, note P. Lagarde ; *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. Donnier ; *Grands arrêts* n°77.

Etats membres, mais qu'il a l'obligation de vérifier, même d'office, le contenu d'une loi qui n'est pas compétente en vertu du *Règlement Rome II*. Le juge saisi ne peut avoir l'obligation de tenir compte des règles visées à l'article 17 du *Règlement Rome II* dès lors que le mécanisme est destiné à préserver les intérêts privés de l'auteur dont la responsabilité est recherchée.

404. - La balance entre les règles de comportement du lieu où le fait générateur de l'acte reproché est survenu et la loi désignée par la règle de conflit de lois - Le mécanisme de la prise en considération d'une loi étrangère ne permet pas au juge de l'appliquer directement pour obtenir la solution du litige au fond, mais d'en tenir compte en tant qu'élément de fait. L'article 17 ne constitue donc pas une règle de conflit de lois, et ne peut faire échec à la compétence de la loi désignée en vertu de l'article 6, point 2 du *Règlement (CE)) n°864/2007*[937]. Le raisonnement pouvant être mis en œuvre par le juge a été décrit de la manière suivante : « cette technique peut (…) résulter *soit d'une référence expresse* de la règle de décision à une autre règle, *soit d'une référence implicite ou indirecte* tenant au caractère ouvert de la notion visée dans l'hypothèse de la loi applicable. Dans les deux cas, la loi prise en considération n'entre que dans la mineure du syllogisme du juge, lequel a déjà choisi l'ordre juridique dans lequel il va puiser la règle qui lui servira de majeure pour trancher le différend [938]». Le juge chargé de l'application de la *lex loci damni* ou de la loi de l'Etat dans lequel réside le consommateur pourrait donc tenir compte du standard de comportement tel qu'il est conçu dans le pays dans lequel l'acte de concurrence déloyale a été commis afin de préserver les intérêts de l'auteur. Cette méthode présente un intérêt considérable dans le domaine des actes de concurrence déloyale, dans la mesure où la flexibilité des règles de droit matériel et de la règle de conflit de lois ne permet pas toujours au professionnel d'anticiper le caractère loyal ou déloyal de ses activités lorsqu'il les dirige dans un ou plusieurs autres Etats que celui dans lequel il est établi[939]. Or, en France, la faute de l'auteur occupe une place importante dans le cadre de l'action en concurrence

---

[937] G. LEGIER, « Le règlement « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », op. cit., spéc. p.21, pt.40.
[938] E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, op. cit., spéc. p. 49, §62.
[939] Contra : lors des négociations visant à l'adoption du *Règlement Rome II*, le Parlement européen souhaitait que l'article 17 ne s'applique pas en matière de concurrence déloyale.

déloyale[940]. Le juge du lieu où le dommage s'est produit (Etat C ou Etat D) pourrait donc prendre en considération cette donnée factuelle afin d'évaluer la responsabilité de l'auteur de l'acte.

405. - Ensuite, il ne semble pas que l'article 17 permette au juge d'opérer en matière de concurrence déloyale une balance entre les intérêts étatiques des Etats en présence[941]. Admettre cette hypothèse reviendrait à considérer cette disposition comme une véritable exception à la règle de conflit de lois applicable. Or cette disposition permet seulement la prise en considération des règles de sécurité et de comportement du pays dans lequel le fait générateur du dommage a été commis[942]. L'objectif du mécanisme instauré par l'article 17 est par ailleurs clairement fixé dans le préambule du *Règlement Rome II*[943], et consiste en la recherche d'un équilibre raisonnable entre les parties. Ce mécanisme permet alors de combiner « la prise en considération de la loi étrangère avec la règle de conflit neutre pour éviter à cette dernière d'être coupée de la réalité[944]». L'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* ne permettant pas au juge de tenir compte du contenu des droits matériels en présence pour déterminer la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 17 lui permet de réintroduire des considérations matérielles lors de l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois.

406. - L'article 17 du *Règlement Rome II* fournit donc un instrument qui pourrait avoir une importance certaine dans le domaine des actes de concurrence déloyale ou dans celui des pratiques commerciales déloyales lorsque la pratique en cause n'est pas visée dans la liste noire visée à l'annexe II de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*. Il permet en effet de conférer aux règles du lieu où l'auteur a

---

[940] *Supra*, §152.
[941] Sur cette question, H. MUIR-WATT, « Rome II et les « intérêts gouvernementaux » : pour une relecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », op. cit., spéc. p. 139-140.
[942] Dans le même sens, S. C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts: A missed Opportunity", 56 *American Journal of Comparative Law* (2008), pp. 1-46, spéc. p. 40.
[943] Considérant 34 du *Règlement Rome II*.
[944] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., §173, p.189.

agi un rôle au stade de l'application de la loi désignée et favorise donc le respect de ses intérêts.

407. - Conclusion de la Section 1 – Le respect des intérêts de l'auteur - Le *Règlement Rome II* contient deux mécanismes permettant au professionnel auteur du comportement déloyal reproché de tenter de faire échec à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois lorsqu'il considère qu'elle ne préserve pas suffisamment ses intérêts. Il peut tout d'abord invoquer l'intérêt communautaire à la réalisation des libertés économiques prévues par le *Traité CE* lorsqu'il prétend avoir respecté la législation de l'Etat membre dans lequel il est établi. Il peut ensuite invoquer ses intérêts particuliers, en demandant au juge de prendre en considération des règles de sécurité et de comportement du pays dans lequel il a commis l'acte qui lui est reproché pour apprécier sa responsabilité. Ce dernier mécanisme est extrêmement utile lorsqu'il ne pouvait pas prévoir que son comportement causerait un dommage dans l'Etat en question. Le premier de ces mécanismes ne s'applique que dans les relations intracommunautaires, c'est-à-dire lorsque la loi d'un Etat membre est compétente en vertu de la règle de conflit de lois. Le second peut en revanche être invoqué quelle que soit la loi désignée, qu'il s'agisse de la loi d'un Etat membre ou de la loi d'un Etat tiers.

Section 2 – Le respect des intérêts du consommateur

408. - Voici le même professionnel[945] établi dans l'Etat A et qui a commis une pratique commerciale déloyale dans un Etat B en vue d'inciter un consommateur à acheter un bien ou à souscrire à ses services. Le contrat a été conclu, et le consommateur a intenté une action dans l'Etat B dans lequel il réside. Le juge de l'Etat B a cependant déclaré que la loi de l'Etat A était applicable, car elle avait été désignée dans une clause d'élection de droit contenue dans le contrat conclu par le consommateur[946]. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois a donc conduit à la désignation de la loi du pays d'origine du professionnel. Le consommateur pourrait alors prétendre que la loi de l'Etat B lui est plus favorable, car elle lui offre une protection supérieure à celle de la loi de l'Etat A. Cette question est classique dans le domaine des contrats conclus par les consommateurs, et les *Règlement Rome I* et *Règlement Rome II* permettent de préserver la protection du consommateur contre la loi de l'Etat dans lequel le professionnel est établi (*§1 – Le respect imposé*). Ces mécanismes doivent cependant être confrontés à la logique communautaire des règles de droit matériel issues des directives adoptées en matière de pratiques commerciales déloyales lorsque le professionnel est établi dans un Etat membre de l'Union européenne (*§2 – Le respect mesuré*).

§1 – Le respect imposé

409. - Lorsque la mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduit à la désignation de la loi du pays dans lequel réside le consommateur, on considère qu'elle lui accorde une protection suffisante, dans la mesure où il s'attend à son application. Les

[945] *Supra*, §378.
[946] *Supra*, §357

mécanismes correcteurs n'ont donc lieu d'être invoqués que lorsque la loi de l'Etat dans lequel est établi le professionnel est compétente en raison d'un choix de loi exprimé par les parties dans le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale. Les instruments classiques de droit international privé permettant d'assurer la protection du consommateur seront envisagés (*A – Loi de l'Etat de résidence du consommateur v. loi de l'Etat du professionnel*), notamment dans le cadre des relations extracommunautaires lorsque la loi choisie par les parties est la loi d'un Etat tiers (*B – Loi de l'Etat tiers de résidence du consommateur v. loi de l'Etat membre d'origine du professionnel*).

A – Loi de l'Etat de résidence du consommateur *v.* loi de l'Etat du professionnel

410. - Les dispositions impératives du pays de résidence habituelle du consommateur dans le *Règlement Rome I* - En droit international privé français, le recours à la théorie des lois de police a été utilisé afin de préserver l'application des dispositions du droit français garantissant aux consommateurs résidant en France un certain niveau de protection[947]. Ce mécanisme permettait ainsi de corriger la localisation subjective du rapport de droit opérée par le biais du choix de loi par le professionnel et le consommateur. Le consommateur et le professionnel ne sont pas privés de la possibilité de choisir la loi qui régit leur contrat, mais l'autonomie de la volonté ne peut faire échec à l'application des dispositions impératives protégeant les intérêts des consommateurs. L'adoption du Règlement *Rome I* semble mettre fin au débat relatif à la qualification des dispositions du droit du pays de résidence du consommateur auxquelles il ne peut être dérogé par accord[948]. Le *Règlement Rome I* distingue en effet de telles dispositions et les lois de police, ces dernières étant définies dans l'article 9

[947] Sur cette question et les débats existants en France, P. MAYER, V° Lois de police, *Rép. Interna. Dalloz*, 1998, spéc. §19 et suiv.; M. S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », op. cit. ; A. SINAY-CITERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », op. cit. ;

[948] Pour un exemple du débat relatif à l'articulation des articles 5 et 7 de la *Convention de Rome*, Cass., 1ère civ., 19 octobre 1999, pourvoi n°97-17650 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 29, note P. Lagarde ; *J.D.I.* 2000, p. 388, note J.-B. Racine ; *D.* 2000, p. 765, note M. Audit. Sur ce débat, notamment, P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation. Nature de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *D.* 2006, p. 2464.

comme des dispositions impératives « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tel que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Ce dernier mécanisme devrait donc maintenant être réservé aux dispositions ayant pour but de préserver les intérêts publics de l'ordre juridique qui les a édictées, et être clairement distingué des dispositions impératives du pays de résidence du consommateur[949].

411. - Le Règlement *Rome I* contient toujours des mécanismes permettant d'assurer le respect de la protection du consommateur. La règle de conflit de lois applicable en matière de contrats conclus par les consommateurs comporte un correctif permettant l'application des dispositions impératives du pays de résidence du consommateur lorsque la loi choisie avec le professionnel lui assure une protection inférieure. L'article 6, point 2 du *Règlement Rome I* reprend ce qui était déjà prévu à l'article 5, point 3 de la *Convention de Rome*, et dispose que le choix de loi « ne peut (…) avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1 ». La logique prévalant avant l'adoption du *Règlement Rome I* est donc conservée, et la protection du consommateur est assurée grâce à un mécanisme de droit international privé. Cette disposition peut donc être invoquée par le consommateur lorsqu'il a conclu, à la suite d'une pratique commerciale déloyale, un contrat contenant une clause d'élection de droit désignant la loi de l'Etat dans lequel le professionnel est établi. La loi du pays dans lequel il réside sera préférée à cette dernière au stade de son application si elle offre une protection supérieure au consommateur[950], et sera considérée comme une disposition impérative dans l'ordre interne.

---

[949] Le considérant 37 du *Règlement Rome I* précise en effet que « la notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

[950] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., p. 258, §259.

412. - Les dispositions impératives du pays de résidence habituelle du consommateur dans le *Règlement Rome II* – L'article 14, point 2 du *Règlement Rome II* contient un mécanisme correcteur similaire à celui existant en matière de protection des consommateurs, et prévoit que « lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». Cette disposition est justifiée par la nécessité de « protéger les parties faibles en entourant le choix de la loi applicable de certaines conditions »[951]. En théorie, cette disposition pourrait être mise en œuvre lorsque le consommateur réside dans le même Etat que celui dans lequel est établi le professionnel. Si le professionnel souhaite imposer le choix de la loi de ce pays au consommateur, cela ne pose aucun problème en termes d'équilibre entre les intérêts en présence dans la mesure où le consommateur s'attend à la protection qu'elle lui accorde. L'article 14, point 2 du *Règlement Rome II* ne présente donc une utilité en matière de pratiques commerciales déloyales que lorsque le professionnel a imposé au consommateur le choix de la loi d'un autre Etat membre ou de la loi d'un Etat tiers.

413. - La qualification du mécanisme prévu dans cette disposition ne semble pas aussi claire que dans le *Règlement Rome I*. Le *Règlement Rome II* ne contient aucune règle similaire à l'article 6, point 2 du *Règlement Rome I*. L'article 16 du *Règlement Rome II* permet de préserver l'application des « dispositions impératives dérogatoires » en précisant que « les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ». Or, en vertu du considérant 32, la possibilité pour le juge d'appliquer les dispositions impératives de la *lex fori* pour faire échec à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois est fondée sur « des considérations d'intérêt public ». Si la distinction opérée dans le *Règlement Rome I* entre les dispositions impératives de la loi du pays du consommateur et les lois de police du for n'est pas expressément reprise dans le *Règlement Rome II*, elle semble pourtant nécessaire dans le domaine des pratiques commerciales déloyales.

---

[951] Considérant 31 du *Règlement Rome II*.

414. - Les correctifs traditionnellement utilisés contre l'application d'une loi choisie dans le contrat mais qui est défavorable au consommateur sont également applicables en matière de pratiques commerciales déloyales. Le *Règlement Rome I* ou le *Règlement Rome II* ne contiennent pas d'innovations dans ce domaine.

B – Loi de l'Etat membre de résidence du consommateur *v.* loi de l'Etat tiers d'origine du professionnel

415. - L'application des dispositions impératives de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur présente certaines particularités lorsque le contrat conclu par le consommateur et le professionnel à la suite d'une pratique commerciale déloyale contient une clause désignant la loi d'un Etat tiers à l'Union européenne.

416. - La qualification de loi de police communautaire des dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ? – L'arrêt *Ingmar*[952] rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes consacre la qualification de loi de police communautaire des articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative aux agents commerciaux indépendants[953]. Cette qualification est fondée sur la fonction qu'elles remplissent, la Cour de Justice des Communautés européennes ayant précisé qu'« *il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un État membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties*

[952] CJCE, *Ingmar*, 9 novembre 2000, aff. C- 381/98, Rec. p. I- 9305; *JDI* 2001, p. 521, note J.-M. Jaquet ; *RCDIP*2001, p.107, note L. Idot.
[953] Directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative aux agents commerciaux indépendants, J.O.C.E. L382, 31 décembre 1986 (ci-après la *Directive sur les agents commerciaux indépendants*).

ont entendu soumettre le contrat.[954] » Cette décision a fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine, craignant une extension considérable de la qualification de loi de police de toutes les dispositions nationales de transposition d'une directive communautaire[955]. Le degré d'harmonisation maximale imposé par la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ainsi que les objectifs qu'elle poursuit semblent cependant justifier que les dispositions nationales qui la transposent reçoivent la qualification de loi de police communautaire[956]. La fonction assignée à la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* réside en effet dans la protection du consommateur sur l'ensemble du territoire communautaire ainsi que la recherche de la sécurité juridique maximale à la fois pour les consommateurs et pour les professionnels[957]. L'on pourrait alors envisager que les dispositions transposant la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* dans l'Etat membre dans lequel réside le consommateur évincent l'application de la loi de l'Etat tiers désignée dans le contrat conclu avec le professionnel, lorsque cette dernière n'assure pas le même niveau de protection au consommateur que celle dont il bénéficie au sein du territoire communautaire. L'intervention des dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* dépend cependant du degré d'intégration imposé.

417. - L'approche nuancée selon le degré d'harmonisation - Dans le domaine couvert par la liste noire de pratiques commerciales déloyales interdites *per se*, la loi de l'Etat tiers désignée devrait être automatiquement écartée au profit des dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* lorsque le consommateur visé réside dans un Etat membre et que la pratique commerciale déloyale a été commise au sein du territoire communautaire. La clause de choix de loi contenue

---

[954] CJCE, *Ingmar*, op. cit, pt. 25.

[955] Par exemple, H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., p. 267, §270 et suiv. ; E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », op. cit. ; L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 », JCP G 2001, I-328, pp. 1158-1162.

[956] La qualification de loi de police communautaire serait davantage acceptée dans le domaine de la protection des consommateurs : H. GAUDEMET-TALLON, « Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable) », *Droit et patrimoine* 2002, n°108, pp.71-79, qui considère que « toute disposition de droit communautaire protectrice de ce consommateur sera très probablement qualifiée de « loi de police communautaire » et déclarée applicable. Cette solution serait d'ailleurs moins sujet à critique pour le consommateur que pour l'agent indépendant, ce dernier n'étant pas *a priori* une partie faible qu'il importe de protéger systématiquement ».

[957] Sur cette question, *supra*, §22et suiv.

dans le contrat conclu à la suite de la pratique commerciale déloyale ne peut donc pas dans cette hypothèse faire échec à l'application des dispositions assurant la protection du consommateur. En revanche, ce mécanisme correctif ne devrait pas intervenir lorsque le consommateur réside sur le territoire d'un Etat membre, mais qu'il a conclu le contrat au sein d'un Etat tiers. Lorsque la pratique commerciale en cause ne rentre pas dans la liste contenue à l'annexe I de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, le juge de l'Etat membre saisi dispose en principe d'une certaine marge de manœuvre dans la qualification du comportement au regard de la clause de définition générale des pratiques commerciales déloyales. L'éviction de la loi de l'Etat tiers désignée ne devrait donc pas être automatique, et le juge devrait opérer une comparaison *in concreto* entre le niveau de protection offert par la loi désignée et par la loi de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur. Les dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ne devraient donc pas être appliquées de manière immédiate[958], mais de manière à corriger le déséquilibre généré par la mise en œuvre de l'article 12 du *Règlement Rome II* lorsque la loi d'un Etat tiers est désignée pour régir les obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale.

418. - En matière de pratiques commerciales déloyales, les dispositions impératives de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur ne sont pas en principe applicables de manière immédiate. Elles ne seront donc appliquées par le juge saisi que si elles offrent une protection plus importante au consommateur dans ce domaine que la loi de l'Etat dans lequel le professionnel est établi, et qui a été choisie dans le contrat. Elles devraient en revanche être appliquées de manière immédiate lorsque la pratique commerciale en cause est citée dans la liste de pratiques commerciales déloyales interdites *per se* contenue dans l'annexe I de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*.

[958] De manière générale, sur cette approche en matière de contrats conclus par les consommateurs, L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », dans *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2004, pp.421-445, spéc. p. 426 et suiv. et les références citées.

§2 – Le respect mesuré

419. - Les dispositions impératives de protection du consommateur et les libertés économiques du *Traité CE* - Lorsque le professionnel auteur de la pratique commerciale déloyale est établi dans un Etat membre et que la loi de ce pays a été choisie pour régir le contrat conclu avec le consommateur à la suite d'une pratique commerciale déloyale, l'application de la loi la plus favorable au consommateur n'est pas automatique[959]. Le consommateur ne peut en effet invoquer l'application de sa propre loi que si elle lui offre une protection supérieure à celle prévue par la loi du pays d'origine du professionnel, c'est-à-dire lorsque les Etats membres bénéficient de marges de manœuvre leur permettant de conserver des mesures plus protectrices des consommateurs[960]. Traditionnellement, le contrôle communautaire des dispositions impératives de l'Etat membre dans lequel le consommateur réside est effectué au regard des libertés économiques du *Traité CE* comme s'il s'agissait d'une loi de police nationale[961]. Il est en effet admis que les mesures nationales plus strictes conservées par les Etats membres dans les domaines faisant l'objet d'une harmonisation minimale peuvent être contrôlées au regard des libertés économiques du *Traité CE* au stade de leur application[962]. La loi de l'Etat membre Les relations entre la loi de l'Etat d'origine désignée par la règle de conflit de lois et la loi de l'Etat du domicile du consommateur dépendent alors du degré d'harmonisation imposé dans les domaines coordonnés par les directives adoptées en matière de pratiques commerciales déloyales[963].

420. - L'impossibilité pour le consommateur d'invoquer une disposition du for plus favorable dans le cadre des dispositions de transposition de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ? - L'adoption d'une directive d'harmonisation

---

[959] Sur la revendication par le professionnel du caractère d'entrave de la loi de l'Etat dans lequel réside le consommateur désignée par la règle de conflit de lois, *supra*, §378 et suiv.
[960] Pour des exemples, J.-P. PIZZIO, « L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs », *Droit et Patrimoine* 2002, pp. 59-70.
[961] S. POILLOT-PERUZZETO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », op. cit., spéc. p. 84.
[962] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », op. cit., spéc. p. 264, §267.
[963] Sur cette question envisagée sous l'angle du respect des intérêts du consommateur victime de la pratique commerciale déloyale en cause.

complète ne permet plus aux Etats membres ni de conserver des dispositions nationales imposant des conditions supplémentaires au prestataire, ni d'invoquer la protection des consommateurs au titre d'une exigence impérative d'intérêt général pour les justifier[964]. La désignation de loi de l'Etat membre dans lequel le professionnel est établi pour régir la pratique commerciale déloyale commise par le professionnel conduirait alors à l'application d'une loi qui est déjà en principe favorable au consommateur, car elle est censée être équivalente à la loi de l'Etat membre dans lequel réside ce dernier. Si le professionnel a commis une pratique commerciale qui est interdites *per se* en vertu de la liste noire, le choix de la loi de l'Etat d'origine du professionnel ne prive pas le consommateur de la protection que lui accorde les dispositions de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*. Le juge de cet Etat ne pourrait donc plus en principe invoquer la protection des consommateurs comme raison impérieuse d'intérêt général justifiant le caractère d'entrave à la libre prestation des services de la disposition plus protectrice adoptée ou conservée. La loi de l'Etat membre d'origine du professionnel désignée par la règle de conflit de lois devrait être appliquée, et le consommateur n'aurait aucun intérêt à invoquer en matière de l'application de la loi de l'Etat membre dans lequel il réside.

421. - L'équivalence des législations nationales et les mesures nationales plus protectrices des consommateurs - Au sein du domaine coordonné par la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales*, l'harmonisation totale ne couvre pas l'ensemble des normes régissant les pratiques commerciales déloyales commises par un professionnel envers un consommateur. Le consommateur pourrait par exemple invoquer le respect des dispositions impératives de l'Etat dans lequel il réside lorsque la pratique commerciale en cause n'est pas énoncée dans la liste noire. La *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* ne contient également aucune disposition sur les sanctions associées à la commission d'une pratique commerciale déloyale par un professionnel; les législations nationales peuvent donc diverger dans ce domaine. Si la loi de l'Etat membre de résidence du consommateur prévoit une sanction plus sévère que la loi du pays dans lequel le professionnel est établi, le consommateur pourrait alors revendiquer l'application de sa propre loi, plus favorable du point de vue de la sanction

[964] Article 4 de la *Directive sur les pratiques commerciales déloyales* .

proposée. L'application par le juge de l'Etat dans lequel réside le consommateur des mesures prévues par la *lex fori* qui sont plus sévères ou plus strictes pour le professionnel est cependant subordonnée à la preuve des justifications de leur caractère d'entrave. Ces dispositions sont donc soumises au contrôle classique de proportionnalité d'une mesure nationale constitutive d'entrave à la libre prestation des services[965].

422. - Lorsque la loi de l'Etat membre dans lequel est établi le professionnel est compétente pour régir la pratique commerciale déloyale commise envers un consommateur, son éviction au profit des dispositions impératives de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur n'est donc pas automatique dans les relations intracommunautaires. Elle est conditionnée au respect des principes permettant de justifier le caractère d'entrave d'une mesure nationale.

423. - Conclusion de la Section 2 – Le respect des intérêts du consommateur – Lorsque le consommateur est victime d'une pratique commerciale déloyale, le recours aux mécanismes permettant de corriger la localisation de l'obligation non contractuelle résultant d'une pratique commerciale déloyale n'interviendra en pratique que dans des hypothèses précises. Il sera utilisé lorsque le contrat conclu avec le professionnel contient une clause d'élection de droit désignant la loi de ce professionnel, dont le champ d'application peut être étendu aux litiges relatifs aux pratiques commerciales déloyales. Dans les autres cas de figures[966], la mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduit en effet à la désignation de la loi du pays dans lequel réside le consommateur, qui est censée préserver ses intérêts. La protection du consommateur sera alors assurée grâce aux mécanismes correctifs traditionnellement admis dans ce domaine avant l'adoption du *Règlement Rome I* et du *Règlement Rome II*.

---

[965] Sur cette question, notamment, L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », op. cit., spéc. p. 438 et suiv. et les références citées.
[966] *Supra*, §362 et suiv.

424. - Conclusion du chapitre 2 – L'équilibre rétabli – La partie dont les intérêts ne sont pas respectés par la loi désignée par la règle de conflit de lois peut réclamer la mise en œuvre de mécanismes permettant au juge saisi d'opérer un rééquilibrage entre les intérêts en présence. Pour s'opposer à l'application de la loi de l'Etat dans lequel le comportement déloyal a produit ses effets, l'auteur du comportement reproché ayant respecté les prescriptions de la loi de l'Etat dans lequel il est établi peut invoquer soit la prise en considération de cet état de fait lors de l'appréciation de sa responsabilité, soit l'existence d'une entrave aux libertés de circulation prévues dans le *Traité CE*. Le premier de ces mécanismes, prévu à l'article 17 du *Règlement Rome II*, semble plus approprié pour préserver les intérêts de l'auteur du comportement déloyal, dans la mesure où l'incidence des libertés communautaires est réduite dans les domaines dans lesquels il existe une règlementation commune. Pour faire échec à l'application de la loi du pays d'origine du professionnel lorsque la pratique commerciale déloyale l'a amené à conclure le contrat envisagé, le consommateur peut quant à lui revendiquer la protection que lui accordent les dispositions impératives de l'Etat membre dans lequel il réside. La préservation des intérêts du consommateur sera alors assurée par les mécanismes traditionnellement admis en droit international privé afin éviter que le choix de la loi du professionnel ne prive le consommateur de la protection dont il bénéficie au sein du territoire communautaire.

425. - Conclusion du Titre 2 – La loi appropriée - L'équilibre entre les intérêts du professionnel auteur de l'acte de concurrence déloyale ou de la pratique commerciale déloyale et ceux du professionnel lésé ou du consommateur qui en est victime résulte de l'articulation des mécanismes permettant soit la détermination de la loi appropriée, soit le rétablissement du rôle d'une loi plus appropriée au stade de l'application de la loi désignée. Le *Règlement Rome II* offre en premier lieu au juge saisi les moyens de parvenir à l'application de la loi appropriée dans le cas concret, et, dans la grande majorité des cas, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois conduira à la désignation de la loi du pays dans lequel le comportement déloyal – acte de concurrence déloyale ou pratique commerciale déloyale - produit ses effets. La loi désignée peut alors conduire à un équilibre entre les intérêts de l'auteur du comportement déloyal et du professionnel ou du consommateur lésé en termes de prévisibilité du droit applicable, de proximité géographique ou de protection du consommateur. Le *Règlement Rome II* contient en second lieu les mécanismes correcteurs appropriés afin d'assurer le respect de ces objectifs en matière de concurrence déloyale.

426. - Conclusion de la Partie II – L'équilibre entre les intérêts en présence - Lorsqu'un professionnel est assigné en responsabilité en vue d'obtenir la cessation ou la réparation du dommage, la désignation ou l'application de la loi appropriée dépend de plusieurs facteurs. Le premier réside dans la confrontation de la réalisation des critères de rattachement de la compétence judiciaire et de la compétence législative avec le principe de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions qui fonde le *Règlement Rome II*. Si la *lex fori* et la loi étrangère sont en principe sur un pied d'égalité lors de la désignation de la loi applicable, la coïncidence des critères de rattachement risque de conduire fréquemment à la désignation de la loi du juge saisi. On pourrait craindre qu'elle ne favorise le *forum shopping*, mais cet argument semble pouvoir être écarté dans la plupart des cas en raison de deux facteurs. La *lex fori* peut tout d'abord être considérée comme la loi la plus appropriée dans le litige lorsqu'elle permet de garantir le respect des fondements de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire soit la proximité géographique, soit l'objectif de protection de la partie faible, soit enfin l'objectif de régulation des pratiques commerciales déloyales pouvant affecter les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs. Le juge national dispose ensuite de moyens permettant de rétablir le déséquilibre entre les intérêts en présence crée par la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, soit en faveur de la prévisibilité du droit applicable et des solutions qui en résultent, soit en faveur de la protection du consommateur. Ce contrôle de la loi désignée au stade de son application permet donc en théorie de nuancer le risque de *forum shopping* résultant de la compétence fréquente de la loi du juge saisi.

CONCLUSION GENERALE

427. - Lorsque cette étude a débuté, la règle de conflit de lois spécifique en matière de concurrence déloyale n'existait pas encore, la *Proposition Initiale* étant encore en discussion. Si l'adoption récente du *Règlement Rome II* présente l'intérêt de mettre fin aux discussions doctrinales nombreuses sur la pertinence d'une telle règle, elle ne permet pas encore de se fonder sur l'interprétation uniforme des règles qu'il contient par la Cour de Justice des Communautés européennes afin d'en identifier la portée.

428. – L'analyse fournit en premier lieu des éléments permettant de résoudre les conflits de qualifications éventuels et d'identifier la règle de conflit de lois qui devrait être mise en œuvre afin de désigner la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un comportement déloyal. Envisager cette dernière question dans le seul cadre de l'article 6 du *Règlement Rome II* ne permet pourtant pas d'épuiser le débat relatif à la résolution des conflits de lois en matière de concurrence déloyale. Cette approche serait trop restrictive et ne garantirait ni le respect des catégories existantes dans l'ordre interne, ni celui des finalités poursuivies par les règles de droit matériel régissant la concurrence déloyale. Pour assurer une cohérence entre les règles de conflit de lois contenues dans le *Règlement Rome II* et ces dernières, la qualification du comportement en cause en vue de la détermination de la loi applicable devrait être opérée selon un raisonnement en cascade, et conduire à classer:

- les obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant l'intérêt général dans la catégorie de rattachement visée à l'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* ;
- les obligations non contractuelles résultant d'un acte de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé dans la catégorie de rattachement visée à l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* ; et

- les obligations non contractuelles résultant d'une pratique commerciale déloyale affectant les intérêts d'un consommateur dans la catégorie de rattachement visée à l'article 12 du *Règlement Rome II*.

Cette méthode de qualification en cascade nécessite donc de vérifier si le comportement en cause peut être classé dans les catégories autonomes d'actes restreignant la concurrence ou de pratiques commerciales déloyales. Si cela n'est pas le cas, il sera classé dans la catégorie des actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs ou dans celle des actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé en fonction des conceptions respectives de chaque pays. Trois règles de conflit de lois différentes – et non une seule- ont donc vocation à s'appliquer en matière de concurrence déloyale.

429. – La dissociation des catégories de rattachement potentiellement applicables en matière de concurrence déloyale conduit ensuite à identifier les fondements respectifs de chacune des règles de conflit de lois applicables afin de caractériser leur nature au regard de la règle de conflit de lois générale figurant à l'article 4 du *Règlement Rome II*. L'article 6, point 1 du *Règlement Rome II* applicable en matière d'actes de concurrence déloyale ou de pratiques commerciales déloyales affectant les intérêts collectifs des consommateurs ou les relations de concurrence ne constitue pas une simple concrétisation du critère de rattachement général du lieu de réalisation du dommage au lieu du marché affecté, mais une véritable règle de conflit de lois spéciale fondée sur le principe de souveraineté. L'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* applicable en matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé ne présente en revanche aucune autonomie au regard de la règle de conflit de lois générale, et vise à désigner la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation. Etendu aux pratiques commerciales déloyales affectant les intérêts d'un consommateur, l'article 12 du *Règlement Rome II* peut enfin être considéré comme une règle de conflit de lois spéciale, et devrait être mis en œuvre de manière à assurer la protection du consommateur contre le professionnel auteur de la pratique reprochée.

430. – Si elle présente un intérêt du point de vue de la diminution des risques de conflits de qualifications, la méthode de qualification en cascade ne permet cependant pas de garantir à elle seule une complète application uniforme des règles de conflit de

lois en matière de concurrence déloyale. Malgré le caractère bilatéral de ces dernières, l'articulation des critères de rattachement retenus pour la compétence judiciaire et pour la compétence législative confère un vaste champ de compétence à la *lex fori*. Qu'ils aient la qualité de professionnels ou de consommateurs, les opérateurs peuvent par conséquent jouer un rôle important au regard de la mise en œuvre des règles de droit international privé à travers les choix qu'ils effectuent, soit dans le domaine de la compétence judiciaire par le jeu des options de compétence, soit dans le domaine de la compétence législative par le jeu de la qualification ou du statut procédural de la loi étrangère. L'élaboration d'une règle de conflit de lois spécifique en matière de concurrence déloyale peut les inciter à s'interroger, lorsqu'ils en sont informés, sur la compétence éventuelle d'une loi étrangère. Elle ne semble cependant pas de nature à favoriser l'application plus fréquente de cette loi étrangère en cas de mise en œuvre effective de la règle de conflit de lois par les juridictions nationales.

431. - Même si l'on craint parfois que la compétence systématique de la *lex fori* ne favorise le *forum shopping*, elle ne devrait pas être automatiquement rejetée dans le domaine de la concurrence déloyale. Sa désignation résulte en premier lieu d'une démarche bilatérale, qui ne cherche pas à faire prévaloir la loi du juge saisi sur une loi étrangère. La *lex fori* ne sera applicable que si les critères de rattachement de la compétence judiciaire et de la compétence législative coïncident. Elle permet en second lieu dans la plupart des cas d'assurer la prévisibilité des solutions pour le professionnel ou le consommateur lésé par un comportement déloyal et pour le professionnel auteur de celui-ci. Et lorsque la sécurité juridique n'est pas préservée, le *Règlement Rome II* contient des mécanismes permettant au juge de rétablir un équilibre entre les intérêts en présence. Ceux-ci sont fondés soit sur la préservation des intérêts privés des parties - prise en considération des règles de sécurité et de comportement du pays dans lequel a agi l'auteur du comportement déloyal ou respect des dispositions impératives de l'Etat membre dans lequel réside le consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale-, soit sur la préservation de l'intérêt communautaire à la réalisation du marché intérieur lorsque la loi désignée constitue une entrave aux libertés économiques.

432. – En matière d'actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé, le *Règlement Rome II* consacre une certaine flexibilité au

détriment de la prévisibilité des solutions. Combinée à celle des règles de droit matériel régissant ce type de comportement, cette flexibilité pourrait permettre au juge français de spécialiser l'article 6, point 2 du *Règlement Rome II* en consacrant au fur et à mesure des décisions une solution adaptée pour chaque sous-catégorie d'actes de concurrence déloyale. En matière de pratiques commerciales déloyales, l'on pourrait reprocher au *Règlement Rome II* de ne pas offrir au consommateur davantage de prévisibilité quant à la loi applicable. Cet inconvénient devrait être nuancé si les juridictions appliquent l'article 12 du *Règlement Rome II* en recherchant la protection du consommateur. Cette tendance générale à la flexibilité va par ailleurs à l'encontre de celle qui est observée dans le *Règlement Rome I*, dont l'article 4, en créant des présomptions spéciales pour certains types de contrats, reflète un certain recul de la flexibilité au bénéfice de la rigidité et de la prévisibilité des solutions. Si la révision du *Règlement Rome II* n'est envisagée à court terme que dans le domaine des accidents de la circulation, des atteintes aux droits de la personnalité ou celui du statut procédural de la loi étrangère[967], un bilan des règles de conflit de lois applicables en matière de concurrence déloyale devra être effectué à moyen terme. Il devra alors se focaliser sur cette opposition entre rigidité et flexibilité ainsi que sur la question de l'élaboration de critères de rattachement différents selon les types de comportements déloyaux qui se réalisent le plus souvent dans la sphère internationale.

[967] Article 30 du *Règlement Rome II*: dans ces domaines, la révision est envisagée dans le courant de l'année 2011.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

B. AUDIT, *Droit international privé*, 4ème Ed., Economica, Paris, 2006.

H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8ème édition, L.G.D.J., Paris, 1993

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2003, 374p.

J.-B. BLAISE, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 2ème éd., L.G.D.J., Paris, 2000, 648p.

G. B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreement: Drafting and Enforcing*, 2nd Ed., Kluwer, 315p.

D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome I, Partie générale, PUF, Paris, 2007, 645p.

D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome II, Partie spéciale, PUF, Paris, 2007, 523p.

J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6ème éd., Précis Dalloz, 2003, p.615.

J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 7ème édition, Montchrestien, Paris, 2006, 813p.

E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, 460 p.

P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, 1225p.

M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1ère Ed., Dalloz, Paris, 2006, 451p.

GAVALDA C. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5ème édition, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, 570p.

H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3ème édition, L.G.D.J. Paris, 2002, 563p.

S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI et J.-M. SOREL, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ème éd., Dalloz, Paris, 2007, 1195p.

J.-M. JAQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 1ère édition, Dalloz, Paris, 2007, 851p.

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8ème édition, Précis Dalloz, Paris, 2004, 979p.

A. MATTERA, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, 2ème éd., Jupiter, Paris, 1990, 775p.

P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ème édition, Montchrestien, Paris, 2004, 784p.

M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2007, 718p.

Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Armand Colin, Dalloz, 2005.

SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, t. VIII, 1849 (trad. Guénoux, 1851, reproduit aux Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, préf. Y. Synvet).

J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE, *Droit européen des affaires*, PUF, 1992, 859p.

D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ème éd., PUF, 2001, 753p.

OUVRAGES SPECIAUX

• Thèses

Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Préf. de Y. Serra, L.G.D.J., Paris, 2002, 643p.

O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, Préf. de Paul LAGARDE, L.G.D.J., Paris, 2003.

P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Préf. de Yvon LOUSSOUARN, L.G.D.J., Paris, 1961.

O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Préf. de P. Fouchard, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t.365, Paris, 2002, 487p.

M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2004, 1108p.

F.-J. DANTHE, *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Librairie Droz, Genève, 1998.

N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Préf. de Y. SERRA, Presses universitaires de Perpignan, 2000, 382p.

B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. de Y. Lequette, L.G.D.J., Paris, 1996, 451p.

E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Préf. de B. Audit, L.G.D.J. 2008, 561p.

S. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 722p.

C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Préf. de Y. Lequette, Nouvelles Bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2005, 436p.

T. KADNER GRADZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., Bâle, Genève, Munich, Bruxelles, Paris, 2004, 192p.

P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994, 608p.

F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 776 p.

G. MONTBEL, *La concurrence déloyale en droit international privé comparé*, Thèse dactyl., Paris I, 1980.

C. MONTFORT, *La loyauté des pratiques commerciales déloyales en droit communautaire du marché. Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, Thèse dactyl. Lyon 3, 2005, 732p.

R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 319 p.

J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, Paris, 1997, 355p.

M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, 513p.

T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Préf. de L. Leveneur, Defrénois, Paris, 2009, 630 p.

E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préf. de P. de Vareilles-Sommières, L.G.D.J., Paris, 2006, 589p.

M.-A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Préf. de P. LALIVE, Etudes suisses de droit international, vol.69, Schulthess, Zurich, 1991, 266p.

M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction de la catégorie de marché*, Préf. de A. LYON-CAEN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, 409p.

L. USINIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préf. de H. Muir-Watt, Economica, Paris, 2008, 567 p.

C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Préf. de P.-Y. Gautier, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2007, 446p.

• Cours de l'Académie de droit international de La Haye

B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois) », *Recueil des Cours* 1984, III, t. 186.

B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *Recueil des Cours* 2003, t. 305, pp. 9-487.

E. BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois », *Recueil des Cours* 1930, I, pp.561-620.

J. BASEDOW, « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence », *Recueil des Cours* 1997, t.264, pp. 9-178.

G. BEITZKE, « Les obligations délictuelles en droit international privé », *Recueil des Cours* 1965, II, t.115, pp.67-144.

A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *Recueil des Cours* 2005, t. 317, pp.313-536.

P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *Recueil des Cours* 1989, II, t. 214, pp.261-398.

J. DOLINGER, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts ", *Recueil des Cours* 2000, t.283, pp.191-512.

U. DRAETTA, « Internet et commerce électronique en droit international des affaires », *Recueil des Cours* 2005, t. 314, pp. 9-232.

A. DYER, "Unfair Competition in Private international Law", *Recueil des Cours* 1988, t.212, pp.373-446.

M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *Recueil des Cours* 1995, t.253, pp.9-282.

H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel) », *Recueil des Cours* 2005, t.312, pp.9-488.

B. GOLDMAN, « Le champ d'application territoriale des lois sur la concurrence », *Recueil des Cours* 1969, III, t.128, pp.637-729.

J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative », *Recueil des Cours* 1977, t.156, p.277.

J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des Cours*. 2000, t.287, 426p.

B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Recueil des Cours* 2002, t. 296, pp. 119-221.

P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflection on Current European and United States Conflicts Law", *Recueil des Cours* 1991-1, t.226, pp.281-412.

E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Recueil des Cours* 1995, t.251.

P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des Cours* 1986, t.196, pp.9-238.

E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Recueil des Cours* 2006, t. 322, pp. 9-242.

M. S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des Cours* 2005, t. 315, pp. 141-264.

H. MUIR-WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Recueil des Cours* 2004, t.307, pp.25-382.

F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des Cours*, 1984, t.188, pp. 339-418.

M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *Recueil des Cours*, 1983, t. 183.

A. E. VON OVERBECK, « Les questions générales de droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *Recueil des Cours* 1982, III, t.176.

• **Monographies**

P. BOUREL, « Responsabilité civile », *Rép. Internat. Dalloz*, 199

L. CADIET (dir.), T. CLAY, E. JEULAND, *Médiation et arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, Paris, 2005, 442p.

N. CHAPPE, *Economie et Résolution des litiges*, Economica, Paris 2005, 88p.

G. A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, Paris, 1972.

T. FLORY, *L'organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 248p.

M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, Paris, 2005, 431p.

G. LEGIER, « Sources extra-contractuelles des obligations – Détermination de la loi applicable », *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 553-1, n° 94 et suivants.

S. METAXAS, *Entreprises transnationales et codes de conduite. Cadre juridique et question d'effectivité*, Etudes suisses de droit international, vol.54, Schulthess, Zurich, 1988

OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, Genève, 1994, 92p.

OMPI, *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*, Genève, 1996, 68p.

OMPI, *Incidences de l'Accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI*, Genève, 1996, 89p.

B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, Paris, 1998, 299p.

P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 97p.

P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, 2 vol., Sirey, Paris, 1952-1954.

A. TROLLER, *Unfair Competition*, *International Encyclopedia of International Law*, Vol. III, Private International Law, Chapter 34, 1980.

E. ULMER, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté économique européenne*, Dalloz, Paris, 1978, 1036p.

R. W. de VREY, *Towards a European Unfair Competition law. A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

• Ouvrages collectifs

J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

F. CAFFAGGI (Ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, OUP, 2006, 311p.

F. CAFFAGGI (Ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 357p.

H. COLLINS, (Ed.), *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Applications*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2004, 293p.

S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, 231p.

M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (sous la dir. de), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2009, 198 p.

A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004, 295p.

R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, 271p.

C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, 377p.

S. C. SYMEONIDES, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Kluwer Law International, London, Cambridge, Dordrecht, 2000, 494p.

S. WEATHERILL and U. BERNITZ (Eds), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, 290p.

ARTICLES

C. ALEXANDRE-CASELLI, « La concurrence déloyale et l'effacement de la clientèle », dans *Concurrence et clientèle. Approche juridique du marché*, sous la dir. de Y. Chaput, CREDA, Litec, Paris, 2000, pp.109-139.

J. AMIEL-DONAT, *Verbo Référé Commercial*, Répertoire Dalloz Droit commercial, 1994.

B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp.1-18.

M.-E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente », *Comm. com. Electronique* 2006, n°23, p.14.

L. ANTONIOLLI, "Consumer Protection, Fair Dealing in Marketing Contracts and European Contract Law – A Uniform Law?", in H. COLLINS, (Ed.), *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Applications*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2004, pp. 241-293.

G. ALPA, "Principles of European Tort Law, a Critical View from the Outside", *European Business Law Review* 2005, vol.16, n°5, pp.957-974.

O. ASHENFELTER, D. E. BLOOM, "Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence", *The American Economic Review*, vol. 74, n°1, (1984), pp.111-124.

M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *J.D.I.* 2004, pp.789-816.

M. AUDIT, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.I.* 2006, pp.1333-1363.

L. AYNES, « L'obligation de loyauté », Arch.phil.Droit 2000, t.44, pp.195-204.

T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p.1621.

E. BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive du conflit de lois », *JDI* 1897, p.225.

J. BASEDOW, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *Trav. Com. Fr. DIP* 2002-2004, pp.275-305.

J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp.55-74.

J. BASEDOW, "Federal Choice of Law in Europe and the United States – A Comparative Account of Interstate Conflicts", (2008) 82 *Tul. L. Rev.* 2119

H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », reproduit dans *Choix d'articles*, L.G.D.J., Paris, 1976, pp.303-313.

P.R. BEAUMONT, "Chapter 2. Private international Law of the European Union: Competence Questions arising from the Proposed Rome II Regulation on Choice of Law in Non-Contractual Obligations", in *Private Law, Private International Law, and Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, R. A. Brand and M. Walter (Eds), Thomson/West, 2005, pp.15-26.

F.-K. BEIER, "The Law of Unfair Competition in the European Community – Its Development and Present Status", *European Intellectual Property Review*, 1985, pp.284-291.

B. L. BENSON, "Arbitration", in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, pp.159-193.

J.-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », JDI 2001, pp.1033-1084.

J.-S. BERGE, « Le droit d'une « Communauté de lois » : le front européen », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp.113-136.

J.-S. BERGE, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. Com. Fr. DIP* 2004-2005, pp. 29-51.

L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 », JCP G 2001, I-328, pp. 1158-1162.

J.-M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1969-1970, pp. 53-79.

M. BLESSING, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International* 1996, vol. 12, n°2, pp.191-222.

P. BOLLA, « Rapport sur la possibilité de réaliser une certaine unification en matière de concurrence déloyale », UNIDROIT, 1959.

S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008, n°31, pp. 2161-2164.

O. BOSCOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639.

C. BRIERE, « Le règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *JDI* 2008, pp.31-74.

M. BRUSCHI, « LME et renforcement de la protection des consommateurs : série noire pour entreprises blanches », *Lamy droit économique* 2009, p.XX.

C. BRUNEAU, « Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile », *JCP G* 2000, I, 266.

D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. dr. interna. privé* 1996, pp. 587-619.

D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de F. terré*, 1999, pp.285-305.

O. CACHARD, « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *R.D.A.I.* n°2/2004, pp.161-179.

F. CAFAGGI, "A coordinated Approach to regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities", dans *The Institutional Framework of European Private Law*, Ed. by F. Cafaggi, OUP, 2006, pp. 191-243.

F. CAFAGGI, "Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space", in F. CAFFAGGI (Ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 3-75.

F. CAFAGGI and H. MUIR-WATT, "The Making of European Private Law: regulation and Governance Design", European Governance Paper n°N-07-02, 2007.

J. CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », dans *Mélanges en l'honneur de Yves Serra. Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006, pp.59-67.

G. CANIVET, « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ? », Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, pp.134-165, spéc. p.135.

CAVERS, "A critique of the Choice of Law Problem", *Harvard Law Review* 1934, p. 173.

C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », D. 1967, Chron., p. 215

J. CHEVALLIER, « Lutte contre la corruption et loyauté dans les relations internationales », dans J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001, pp.185-211.

H. COLLINS, "EC Regulation of Unfair Commercial Practices", in *The Forthcoming of EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, Kluwer Law International, The Hague, London, New-York, 2004, pp.1-43.

S. CORNELOUP, « La responsabilité du fait des produits », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp. 85-106.

G. CORNU, « Les définitions dans la loi et les textes règlementaires », Cahiers de Méthodologie juridique n°2, *RRJ* 1987-4, pp.

E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », JDI 2007, pp. XX.

J. DAVIDOW and L. CHILES, "The United States and the Issue of the Binding or Voluntary Nature of International Codes of Conduct Regarding Restrictive Business Practices", The American Journal of International Law, vol. 72, pp. 247-271.

L. DEFALQUE, « La protection du consommateur européen en matière de publicité et la réalisation du marché intérieur », dans *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp.817-841.

V. DELAPORTE, « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1987-1988, pp.147-170.

M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, n°14, Doctr., pp.951-957.

L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », *Arch. phil. Droit*, t.40, 1996, pp. 265-285.

J. DERUPPE, V° «Concurrence déloyale ou illicite », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998.

I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regards sur une pratique en expansion », *J.C.P. G* 2003.I.112, pp.337-343.

F. DESSEMONTET, « Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Perspective suisse », disponible sur <www.unil.ch>.

F. DESSEMONTET, « Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé », dans *Internet, which court decides, which law applies*, K. Boele-Woelki et C. Kessedjian (sous la dir. de) Kluwer Law International, 1998, pp.47-64.

P. DEUMIER, « De l'usage prudent des « usages honnêtes ». Réflexions sur un – éventuel- malentendu », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, pp.119-133.

A. DE VITA, « Au croisement des itinéraires des droits européens. Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentatives et tentations », dans *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la direction de Louis VOGEL, Edition Panthéon-Assas, Paris, 2001, pp.73-94.

H. DUINTJER TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP*1994, pp.451-481.

H. DUINTJER TEBBENS, « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », dans A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004, pp.101-115.

T. W. DORNIS, ""When in Rome, do as the Romans do?" – A Defense of the Lex Domicilii Communis in the Rome II-Regulation", *The European Legal Forum* 4-2007, p.I-152-159.

G. A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, Paris, 1972.

B. DUTOIT, « Convergences et divergences des droits nationaux de la concurrence déloyale dans la CEE », dans *Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du Colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, pp.97-117.

B. DUTOIT, « Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale : mythe ou nécessité ? », dans *E pluribum unum : liber*

amicorum Georges A.L. Droz. Sur l'unification progressive du droit international privé, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp.51-66.

B. DUTOIT, « Concurrence déloyale et droit comparé », dans Y. SERRA (sous la dir.), *Concurrence déloyale*, Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, 2001, pp.57-75.

B. DUTOIT, « Le consommateur face aux promesses de gain non tenues : quel tribunal est compétent ? A propos des arrêts *Gabriel* et *Engler* de la Cour de Justice des Communautés Européennes », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006, pp.145-158.

G. DWORKIN, "Unfair Competition: Is it Time for European Harmonization?", in *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honor of William R. Cornish*, Ed. by D. Vauer and L. Bently, 2004, pp.175-188.

European Consumer Law Group, « Le *soft law* et l'intérêt du consommateur », *Revue européenne de droit de la consommation* 2001, vol.2, pp.113-133.

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien, 2005, 282p., également disponible sur le site <http://www.egtl.org>.

M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », dans *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp.187-221.

M. FALLON, « Le référé international en matière civile et commerciale », Revue de droit de l'ULB, 1993, pp.43-94.

M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2001/31/CE et le droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, pp.435-490.

M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004, pp.30-79.

M. FALLON, « Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen », dans *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Etudes réunies et présentées par Alain WIJFFELS, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp.225-267.

M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.241-262.

M. FALLON, B. FAUVARQUE-COSSON et S. FRANCQ, « Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois ? », dans *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. Point de vue franco-belge*, sous la direction de G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 2006, 900p.

M. FALLON, « La relation du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois », *T.B.H*. 2008, pp.549-564.

G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », dans *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pp.47-66.

G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », dans Les transformations de la régulation juridique, J. Clam et G. Martin (sous la dir. de), L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 151-164.

M.G. FAURE, "How Law and Economics May Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europe", in *Grunstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, pp.31-82.

B. FAUVARQUE-COSSON, "Foreign Law before the French Courts: the Conflicts of Law Perspective", in G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Comparative Law Before the Courts*, BIICL, 2004, pp.3-13.

B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », dans *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, pp.473-494.

B. FAUVARQUE-COSSON, « L'accord procédural à l'épreuve du temps », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp.263-284.

D. FASQUELLE, « Concurrence déloyale : amendes civiles ou dommages-intérêts punitifs », *Gaz. Pal.* 9 et 10 décembre 2001, p.1681.

F. FERRAND, « Réflexions croisées sur les actions de groupe. Implications processuelles et substantielles », Revue Lamy Droit civil 2006.

D. FERRIER, « Pratiques commerciales interdites ou règlementées : protection des concurrents ou protection des consommateurs ? », dans *Concurrence et*

consommation, Y. Serra et J. Calais-Auloy (sous la dir. de), Dalloz, Thèmes et commentaires, 194, p.111.

D. FERRIER, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », *JCP E* 2000, p.36.

Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP*1966, pp.1-18.

B. FRANCQ, « Le droit relatif à la concurrence déloyale aujourd'hui : un droit à trois dimensions », dans *Mélanges Antoine Braum. Jura Vigilantibus, Les droits intellectuels, le Barreau*, Larcier, Bruxelles, 1994, pp.157-163.

J. FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », dans *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, pp.409-419.

S. FRANCQ, « Le règlement « Rome II » concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles entre droit communautaire et droit international privé », *J.D.E.* n°154, 10/2008, p.289-301.

S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale… », dans M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (sous la dir. de), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2009, pp. 35-68.

B. FRYDMAN, "Coregulation: A Possible Legal Model for Global Governance", 2003.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994, pp.483-488.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle de marché », *Arch. phil. Droit*, t.40, 1995, pp.286-313, spéc. p. 299.

E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international, sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige », Juris-Cl. Droit international, Fasc. 586-9-1, 1996.

L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », dans *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2004, pp.421-445.

F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Code", *The European Legal Forum*, 3-2007, p.I-77-91.

H. GAUDEMET-TALLON, « Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable) », *Droit et patrimoine* 2002, n°108, pp.71-79.

H. GAUDEMET-TALLON, « De quelques souhaits pour une meilleure cohérence des règles de conflits de lois », dans *Pacis artes : obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, Etudex, Madrid, 2005, pp.1593-1618.

P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le « village planétaire » au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, chron. p. 131.

C. GIVERDON, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *R.T.D.Com.* 1953, pp.855-867.

J. GLÖCKNER, "The ECJ's Case Law on Unfair Competition", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp.101-109.

B. GOLDMAN, « Frontières du droit et « lex mercatoria », *Arch.phil.Droit*, 1964, pp. 177-192.

L. GONZALEZ VAQUE, « La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales : entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète », *RDUE* 2005, n°4, pp.785-802.

D. GUTMANN, « L'obligation déontologique, entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Arch.phil.Droit* 2000, t.44, pp.115-127.

A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », dans *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, sous la dir. de F. Osman, pp. 35-108.

C. HANDIG, "The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?", *Business Law Review* 2005, vol.16, n°16, pp.1117-1132.

T. HARTLEY, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *I.C.L.Q.* 1996, vol. 45, n°2, pp.271-292.

P. HAY, "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", *The European Legal Forum*, 4-2007, p.I-137-151.

P. HEBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *RCDIP* 1968, p.205.

M. HELLNER, "The Country of Origin Principle in the E-Commerce Directive: A Conflict with Conflict of Laws?", in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. Fuchs, H. Muir-Watt, E. Pataut, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Paris, 2004, pp.205-224.

F. HENNING-BODEWIG and G. SCHRICKER, "New Initiatives for the Harmonization of Unfair Competition Law in Europe", (2002) *E.I.P.R.*, pp.271-276.

B HESS, « Médiation et contentieux de la consommation », dans *Médiation et arbitrage. Alternative à ka justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, sous la dir. de L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland, Litec, Paris, 2005, pp.69-91.

R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp. 1-52.

D. HOFFMANN, « Directive « Actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (Dir. 98/27/CE du 19/5/98 », *European Review of Private Law* 2000, pp.147-154.

C. HONORATI, « The Law Applicable to Unfair Competition », in *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-Contractual Obligations in Europe: the "Rome II" Proposal*, CEDAM, Malatesta, Alberto, 2006, pp.127-158.

M. HÖPPERGER and M. SENFTLEBEN, "Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization", in R. M. HILTY and F. HENNING-BODEWIG (Eds), *Law Against Unfair Competition. Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg, New-York, 2007, pp.62-76.

L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *J.D.I.*, 1995, pp.321-341.

L. IDOT, « Le droit de la concurrence », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* », sous la direction de A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2004, pp.255-281.

L. IDOT, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », dans *Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.431-453.

M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com* 1998, pp. 17- 52.

A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », dans F. OSMAN (sous la dir. de), *Vers un code européen de la consommation ? Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp.35-55.

H. U. JESSURUN d'OLIVEIRA, "The EU and a Metamorphosis of Private International Law", in *Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North*, Ed. by J. Fawcett, OUP, 2006, pp.111-136.

P. JESTAZ, « Rapport de synthèse/ Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Cahiers de Méthodologie juridique n°3, R.R..J.* 1988-4, pp.2674-2681.

E. JEULAND, « L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation », Droit et patrimoine 2002.

M.R. JOELSON, "The Proposed International Codes of Conduct as Related to Restrictive Business Practices", Law and Policy in International Business, vol. 8 (1976), pp. 837-874.

R. JOLIET, « Droit de la concurrence déloyale et libre circulation des marchandises », dans *Un droit de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, pp.29-66.

N. JOUBERT, « Les règles de conflit de lois spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.55-84.

J.C. KABEL, "Transborder Advertising and Unfair Competition: Country of Origin v. Country of Destination? Clarification of the Resolution of the International League of Competition Law", *RIDC* 1995, pp. 25-31.

T. KADNER GRADZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *RCDIP*2008, pp.445-511.

K. KAGAMI, T. KONO and Y. NISHITANI, "Economic Analysis of Conflict-of-Laws Rules in Tort", in *An Economic Analysis of Private International Law*, J. Basedow and T. Kono (Eds), Mohr Siebeck, 2006, pp. 121-141.

K. KERAMEUS, « La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles », *Trav. Com. fr. DIP* 1992-1993, pp.255-279.

C. KESSEDJIAN, "Competition", Chapter 10, in *Transnational Tort Litigation. Jurisdictional Principles*, Ed. by C. McLACHLAN and P. NYGH, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp.171-187.

C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.508-521.

C. KIRCHNER, "An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses", in *An Economic Analysis of Private International Law*, J. Basedow and T. Kono (Ed. by), Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 33-53.

F. KNOEPFLER, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », dans L. CADIET (dir.), T. CLAY, E. JEULAND, *Médiation et arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Chapitre 5, Litec, Paris, 2005, pp.269-301.

C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam », *RCDIP*1999, pp.1-30.

H. KRONKE, "Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws", in *Festschrift fûr Erik Jayme*, vol. 1, Sellier, Munchen, 2004, pp. 461-470.

P. LAGARDE, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du 21ème siècle*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp.511-525.

P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures », *Rabels Zeitschrift fûr ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 68 (2004), pp.225-243.

P. LAGARDE, « Rapport de synthèse », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp. 201-208.

S. LAZAREFF, « L'arbitre est-il un juge ? », dans *Liber amicorum Claude Reymond*, Litec, Paris, 2004, pp.173-183.

F. LECLERC, « Concurrence déloyale et droit international privé », dans *Concurrence déloyale. Permanences et devenir*, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2001, pp.77-107.

D. LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », RCDIP2005, pp.413-446.

G. LEGIER, « Le règlement « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », J.C.P. E. 2007, I, n°207, pp.13-31.

G. LEGIER, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo* », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.145-181.

M. LEISTNER, "Comments: The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle", in *Intellectual Property and Private International Law*, Ed. By J. DREXL and A. KUR, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp.177-199.

R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », dans T. REVET (dir.) *L'ordre public à la fin du XX ème siècle*, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp.65-81.

E. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du vingtième siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 23-51.

E. LOQUIN, « La règle de conflit de lois générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.35-53.

E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. Com. Fr. DIP* 2005-2006, pp. 135-154.

J.-V. LOUIS, « Le règlement, source directe d'unification des législations », dans D. DE RIPAINSEL-LANDY, A. GERARD, A. LIMPENS-MEINENTZHAGEN, J.-V.

LOUIS, P. SOLDATOS, R. VANDER ELST, G. VANDERSANDEN, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Préf. de M. WAELBROECK, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, pp.15-35.

Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. Com. fr. DIP* 1980-1981, pp.43-68.

Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Trav. Com. fr. DIP*, Journée commémorative du Cinquantenaire, Paris, 23 novembre 1985, pp.79-95.

M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *Europe* 2005, p.6-10.

A. MARMISSE et M. WILDERSPIN, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *RCDIP* 1999, pp.669-683.

A. MATTERA, « Le principe de la reconnaissance mutuelle et le respect des identités et des traditions nationales, régionales et locales », dans Mélanges en l'honneur de Jean-Victor Louis, vol. I, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp.287-307.

P. MAYER, V° Lois de police, *Rép. Interna. Dalloz*, 1998.

D. MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », Revue Lamy de la Concurrence 2006, n°9, p.137.

H. MAZEAUD, « Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *RCDIP*1934, pp.376-402.

H. MICKLITZ, "A General Framework Directive on Fair Trading", in *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer and Competition Law Implications*, Ed. by H. Collins, Kluwer Law International, The Hague, London, New-York, 2004, pp.43-89.

R. MICHAELS, "EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory", Journal of Private International Law Octobre 2006, pp.195-242.

R. MICHAELS, "Two Economists, Three Opinions? Economic Models for Private International Law – Cross-Border Torts as Example", in *An Economic Analysis of Private International Law*, J. Basedow and T. Kono (Eds), Mohr Siebeck, 2006, pp.143-184.

R. MICHAELS, "The New European Choice-of-Law Revolution", 82 *Tul. L. Rev.* 2008, 1607.

H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Arch. phil. Droit*, t. 41, 1997, pp.207-214.

H. MUIR WATT, « « Law and Economics » : quel apport pour le droit international privé ? », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp.685-702.

H. MUIR-WATT, "European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws", *EdinLR* 2005, vol.9, pp.6-31.

H. MUIR-WATT, « La politique de la Cour de Cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé », Conférence donnée à la Cour de Cassation le 18 septembre 2006, disponible sur le site <www.courdecassation.fr>, p.4.

H. MUIR-WATT, "Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool", in *The Institutional Framework of European Private Law*, Ed. by F. Caffaggi, OUP, 2006, pp.107-148.

H. MUIR-WATT, « Rome II et les « intérêts gouvernementaux » : pour une relecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.129-140.

H. MUIR-WATT, "European Federalism and the "New Unilateralism"", *Tulane Law Review* 2008, p.82.

M.-L. NIBOYET, « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le Règlement du 22 décembre 2000 », Gaz. Pal. 10-12 juin 2001, pp.943-949.

C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, « Observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *J.D.I.* 2003, pp.7-38.

C. NOURISSAT, « Le champ d'application du Règlement « Rome II », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20

septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp.13-28.

A. NUYTS, « Le règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II », *T.B.H.* 2008, pp.489-501.

M.-L. NIBOYET, « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.*, 2001-1, Doctrine, p.943.

OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, Genève, 1994, 92p.

E. O'HARA and L. RIBSTEIN, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *The University of Chicago Law Review* 2000, pp.1151-1232.

E. O'HARA, "The Jurisprudence and Politics of Forum-Selection Clauses", *Chicago Journal of International Law* 2002, p. 301

OMPI, *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*, Genève, 1996, 68p.

B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, pp.319-333.

B. OPPETIT, « L'illicite dans le commerce international », dans *L'illicite dans le commerce international*, sous la dir. de P. Kahn et C. Kessedjian, Travaux du CREDIMI, vol. 16, Litec, Dijon, 1996, pp.13-23.

F. PARISI & E. CARBONARA, "Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules", 2007, disponible sur <http://papers.ssrn.com>.

E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2004, pp.117-143.

E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », dans *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, sous la dir. de A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2004, pp.31-49.

E. PATTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », *Cahiers de Méthodologie juridique n°3, R.R..J.* 1988-4, pp.813-823.

L. PERREAU-SAUSSINE, « Les mal-aimés du règlement Rome II : les délits commis par la voie de média », *D*. 2009, p. 1647.

T. PETCH, "The Rome II Regulation : An Update" et "The Rome II Regulation : An Update : Part 2", *J.I.B.L.R.* 2006, vol.21, pp.449-455 et pp. 509-518.

F. PICOD, « Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs », dans F. OSMAN (sous la dir. de), *Vers un code européen de la consommation? Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp.73-85.

V. PIRONON, « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », dans S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du Colloque du 20 septembre 2007, Travaux du CREDIMI, vol.31, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2008, pp. 111-128.

V. PIRONON, « Les pratiques commerciales déloyales entre droit international privé et droit communautaire », dans *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 545-557.

V. PIRONON, « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement « Rome II » : bonne ou mauvaise idée ? », *Europe* 2008, pp. 6-9.

A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », *Revue internationale de droit comparé* 1974, vol. 26, pp. 467-504.

J.-P. PIZZIO, « L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs », *Droit et Patrimoine* 2002, pp. 59-70.

F. POCAR, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *Trav. Com. fr. DIP* 1985-1988, pp.71-88.

E. POILLOT, « Droit de la consommation. Janvier 2008-décembre 2008 », *D.* 2009, p.393.

S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, Chron., pp.177-182.

S. POILLOT-PERUZZETO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *Trav. Com. fr. DIP*, 2002-2004, pp.67-116.

E. PUTMAN, « Droit de la concurrence et ordre concurrentiel », dans Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, 2003, pp.515-522.

L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation », *RCDIP*1993, pp.401-424.

M. RAINELLI, « Réflexions sur la loyauté dans le commerce international », dans J. LAROCHE (Ed.), *La loyauté des relations internationales*, L'Harmattan, Paris, 2001, p.213-229.

G. RAYMOND, « Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », *Contrats, Conc., Conso*. 2006, n°1 p.5.

B. REMICHE, « Droit de la concurrence et droit de la concurrence déloyale : objets différents et objectif commun », L.I.D.C., Congrès de Cambridge, Second rapport international concernant la question n°3, *Revue internationale de la concurrence* 1996, pp.29-39.

O. REMIEN, "European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice", *CMLR* 2001, pp.53-86.

C REYMOND, « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *Trav. Com. fr. DIP* 1988-1989, pp.97-119.

S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp.39-53.

M. E. SOLIMINE, "The Law and Economics of Conflict of Laws", *American Law and Economic Review* 2002, p.208.

F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois en droit européen », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002, pp.242-256.

F. RIGAUX, « Les concepts indéterminés en droit international privé et en droit communautaire », dans *Estudos em homagem à Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaço*, vol. I, 2002, pp.623-647.

P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTDcom* 1948, pp.541-591.

G. RÜHL, "Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2006, disponible sur le site http://ssrn.com/abstract=920999.

J. J.A. SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp.263-268.

G. SCHRICKER, "The Efforts Towards Harmonization of the Law of Unfair Competition in the European Economic Community", *I.I.C.* 1973, vol.4, n°2, pp.201-226.

G. SCHRICKER, "European Harmonization of Unfair Competition Law – A futile Venture?", *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 1991, vol.22, n°6, pp.788-801.

P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les règles de conflit de lois », *RCDIP*2003, pp.37-76.

P. SANDERS, "Codes of Conduct and Sources of Law", dans *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pp. 281-298.

Y. SERRA, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 2002, pp.287-296.

Y. SERRA, *Verbo* Concurrence déloyale, *Rép. com. Dalloz*, 2004.

E. SERVERIN, « La part des procédures amiables dans le traitement des litiges en droit européen de la consommation », *Droit et Patrimoine* 2003, pp.30-37.

S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, Vol.24, n°1 (1995), pp.1-28.

J.R. SHELTON, "Competition Policy: What Chance for International Rules?", *RDAI* 1999, n°4, pp.457-470.

A. SINAY-CITERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », dans *Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp.738-748.

P. STONE, « The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », *The European Legal Forum*, 4-2004, pp. 213-272.

J. STUYCK, "La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs », *Concurrence et consommation* 1994, pp.95-109.

J. STUYCK, E. TERRYN et T. VAN DYCK, « La proposition de directive « pratiques commerciales déloyales »: quel marché unique pour le consommateur? », *Revue européenne du droit de la consommation* 2003, vol.4, pp.239-294.

J. STUYCK, E. TERRYN et T. VAN DYCK, "Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in the Internal Market", *Common Market Law Review* 2006, pp.107-152.

S. C. SYMEONIDES, « Tort Conflicts and Rome II: A View from Across », in *Festschrift fûr Erick JAYME*, vol. 2, Sellier, Mûnchen, pp. 935-954.

S. C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts: A missed Opportunity", 56 *American Journal of Comparative Law* (2008), pp. 1-46.

F. TERRE, « Rapport introductif », dans *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p.4.

A. TROLLER, "Unfair Competition", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Private international law, Chap. 34, Unfair competition, 1980, pp.3-17.

E. ULMER, « Le droit de la concurrence déloyale et le marché commun », *La propriété industrielle* 1963, n°2, pp.33-44.

G. VAN HECKE, « L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence », dans *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, Institut universitaire des hautes études internationales, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993, pp.72-79.

R. VANDER ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », dans D. DE RIPAINSEL-LANDY, A. GERARD, A. LIMPENS-MEINENTZHAGEN, J.-V. LOUIS, P. SOLDATOS, R. VANDER ELST, G. VANDERSANDEN, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Préf. de M. WAELBROECK, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, pp.1-14.

P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, pp.397-437.

P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. FUCHTS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2004, pp. 185-203.

P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation. Nature de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *D.* 2006, p. 2464.

T. VERBIEST, « Proposition de règlement « loi applicable aux obligations non contractuelles » (Rome II) : adaptée aux nouvelles technologies de la communication ? « , Comm. Com. Electro. 2003, pp. 10-12.

G. VITELLINO, "Rome II From an Internal Market Perspective", in *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non Contractual Obligations in Europe: the Rome II Proposal*, CEDAM, Padova, 2006, pp.271-300.

R. WÄGENBAUR, « La législation de la Communauté européenne en matière de concurrence déloyale », dans *Un droit de la concurrence déloyale en formation ?*, Actes du colloque de Lausanne, Comparativa, Librairie Droz, Genève, 1994, pp.9-27.

N. WATTE, C. BARBE, Y. DEKETELAERE, M. EKELMANS, A. NUYTS et C. TUBEUF, « Observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », disponible sur le site <http://www.dipulb.be>.

R. J. WEINTRAUB, "The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither?", *Texas International Law Journal* 2008, pp.401-426.

W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, pp.657-674.

M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *RCDIP*2002, pp.1-37, et pp. 289-313.

M. WILDERSPIN, « Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes », *Europe* 2007, n°6, pp.26-28.

J. ZILLER, "Constitutional Boundaries to Self-Regulation: a Comparative Appraisal", in F. CAFFAGGI (Ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 147-159.

DOCUMENTS DE TRAVAIL EMIS PAR DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES OU DES GROUPES DE TRAVAIL :

B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Study JLS/C4/2005/03.

Conférence de La Haye de droit international privé, *Etude exploratoire sur la loi applicable en matière de concurrence déloyale*, A. DYER, Doc. prél. n°2, novembre 1987, également publié dans la Revue Internationale de la Concurrence 1989, pp.9-26.

Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport de synthèse des travaux de la commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Bureau permanent, Doc. prél. n°8, novembre 1997.

Conférence de La Haye de droit international privé, *Note sur les conflits de lois en matière de concurrence déloyale : rappel et mise à jour*, Bureau permanent, Doc. prél. n°5, avril 2000.

Conférence de la Haye de droit international privé, *Etude de faisabilité sur l'administration du droit étranger. Rapport sur la réunion du 23-24 février 2007*, Bureau Permanent, Doc. prél. n°21 A, mars 2007.

Conférence de la Haye de droit international privé, *Etude de faisabilité sur l'administration du droit étranger. Tableau résumant le statut et l'accès au droit étranger dans un échantillon de ressorts*, Bureau permanent, Doc. prél. N°21B, mars 2007.

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien, 2005, 282 p., également disponible sur le site <http://www/.egtl.org>.

Groupe européen de droit international privé, *Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, disponible sur le site <www.gedip-egpil.eu>.

Hamburg Group for Private International Law, « Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations », *RabelsZ*, Bd.67 (2003), pp.1-56.

House of Lords, European Union Commitee, 8th Report of Session 2003-04, *The Rome II Regulation. Report with Evidence*.

International League Against Unfair Competition, 30 April to 4 May, publiée dans *Industrial Property*, March 1968, p. 76.

Institut of International Law, *Yearbook*, Vol. 60, Part II, Session of Cambridge 1983, pp. 292-303.

Ligue Internationale pour le Droit de la Concurrence, Rapport du Congrès d'Amsterdam, question B (Les objectifs des règles relatives à la concurrence déloyale devraient-ils être de protéger les concurrents, les consommateurs ou d'autres intérêts ? Comment des conflits entre ces objectifs devraient-ils être résolus ? », disponible sur le site <www.lidc.org>.

UNIDROIT, « Observations préliminaires pour une étude comparative en matière de concurrence déloyale », 1957.

M. DOGAUCHI et T. HARTLEY, *Rapport explicatif sur l'avant-projet de convention sur les accords exclusifs d'élection de for*, Doc. prél. n°26, décembre 2004, disponible sur le site <http://hcch.net>.

M. DOGAUCHI et T. HARTLEY, *Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*.

DOCUMENTS EMIS PAR LES AUTORITES COMMUNAUTAIRES, PROPOSITIONS DE TEXTES :

Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes le 20 février 1979 dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon), *J.O.C.E.*, 03/10/1980, n°C256, p.2.

Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.* n°C372, 9/12/1997.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 relative au programme de La Haye, COM (2005) 184 final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tempere et futures orientations », COM (2004) 401 final.

Communication de la Commission relative à l'article 4, paragraphe 3 de la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, concernant les entités qualifiées pour intenter une action au titre de l'article 2 de ladite directive, JOCE C39/02 du 16 février 2006.

Décision 1149/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 septembre 2007 établissant, pour la période 2007-2013, le programme spécifique « Justice civile » dans le cadre du programme général « Droits fondamentaux et justice ».

JURISPRUDENCE

• Jurisprudence communautaire

CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, Rec., p.837

CJCE, *Mines de Potasse d'Alsace*, 30 novembre 1976, aff.21/76, Rec., p.1735 ; *JDI* 1977, p.728, note A. Huet ; *RCDIP*1977, p.563, note P. Bourel ; D. 1977, p.614, note G. A.L. Droz.

CJCE, 20 février 1979, *Rewezentral AG c/ bundesmonopolverwaltung fûr Branntwein*, aff. 120/78, Rec., p.649.

CJCE, 17 juin 1981, aff. C-113/80, Rec.p.I-1625.

CJCE, *Beele*, 2 mars 1982, aff. 6/81, Rec., p.0707.

CJCE, *Peters*, 22 mars 1983, aff. 34/82, Rec. p. 987.

CJCE, *Prantl*, 13 mars 1984, aff. 16/83, Rec., p.1299.

CJCE, *Rosler*, 15 janvier 1985, aff. 241/83.

CJCE, *Miro*, 26 novembre 1985, aff. 182/84, Rec., p.3731

CJCE, *Kalfélis*, 27 septembre 1988, aff. 189/87, Rec., p. 5565 ; RCDIP1989, p.215, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p.457, note A. Huet ; D. 1989, somm. comm. p.254, obs. B. Audit.

CJCE, *Dumez*, 11 janvier 1990, aff. C-220/88, Rec.p.I-0049.

CJCE, *GB-INNO-BM*, 7 mars 1990, aff.C-362/88, Rec., p.I-0667.

CJCE, *Hagen*, 15 mai 1990, aff. C-365/88, Rec. p. I-1845.

CJCE, *Pall c/ Dahlhausen*, 13 décembre 1990, aff. C-238/89, Rec., p.I-4827

CJCE, *Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.*, 25 juillet 1991, aff. C-288/89, Rec., p.I-4007

CJCE, *Francovich et Bonifaci*, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357 ; *Europe* 1991, chron. 1, note D. Simon ; *JCP* 1992.II.21783, note A. Barav; *JDI* 1992, p.426, note V. Constantinesco ; *RTDE* 1992, p.27, note F. Schockweiler.

CJCE, *Reichert II*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec.p. ; *RCDIP*1992, p.715, note B. Ancel ; *JDI* 1993, p.461, note A. Huet.

CJCE, *Jacob Handte*, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Rec. p.I-3967.

CJCE, *Yves Rocher*, 18 mai 1993, aff. C-126/91, Rec., p.I-2361

CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. Jointes C-267/91 et C-268/91, Rec.p.I-6097

CJCE, *Hunermund e.a*., 15 décembre 1993, aff. C-292/92, Rec., p.I-6787

CJCE, *Schindler*, 24 mars 1994, aff. C-275/92, Rec., p.I-1039.

CJCE, *Leclerc-Siplec*, 9 février 1995, aff. C-412/93, Rec., p.I-179

CJCE, *Fiona Shevill*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec., p.I-415 ; *D*. 1996, p. 61, note A. Parléani ; *Europe* 1995, chron. n°7, L. Idot.

CJCE, *Alpine Investments*, 10 mai 1995, aff. C-384/93, rec., p.I-1141

CJCE, *Antonio Marinari c/ Llyod's Bank*, 19 septembre 1995, aff. C-364/93, Rec., p.I-2719 ; *JDI* 1996, p.562, note J.-M. Bischoff ; *Europe* 1995, Comm. n°11, p.19, note L. Idot.

CJCE, *Van Schijndel*, 14 décembre 1995, aff. C-430 et C-431/93, Rec. p. I-4705 ; *Europe* 1996, comm. n°57.

CJCE, *De Agostini et TV-Shop*, 9 juillet 1997, aff. jointes C-34/95 à C-36/95, Rec., p.I-3843.

CJCE, *La Réunion européenne*, 27 octobre 1998, aff. C-51/97, Rec. p, I-6511 ; JDI 1999, p.625, obs. F.L. ; RCDIP1999, p.322, note H. Gaudemet-Tallon.

CJCE, *Van Uden*, 17 novembre 1998, aff. 391/95, Rec. p.I-7091 ; *Rev.crit. DIP* 1999, p.340, note J. Normand ; *JDI* 1999, p.613, note A. Huet ; *Rev. arb*. 1999, p.143, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTDCom* 2000, p.340, note J.-Cl. Dubbary et E. Loquin ; *D*. 2000, p.378, note G. Cuniberti.

CJCE, *Pfeiffer Großhandel GmbH c/ Lowa Warenhandel GmbH*, 11 mai 1999, aff.C-255/97, Rec., p.I-3913.

CJCE, *Estée Lauder*, 13 janvier 2000, aff. C-220/98, Rec., p.I-117.

CJCE, *Commission c/ France*, 24 février 2000, aff. C-434/97, Rec. p.I-1129.

CJCE, *Océano Grupo*, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941.

CJCE, *Ingmar*, 9 novembre 2000, aff. C- 381/98, Rec. p. I- 9305; *JDI* 2001, p. 521, note J.-M. Jaquet ; *RCDIP*2001, p.107, note L. Idot.

CJCE, *Gourmet International Products*, 8 mars 2001, aff. C-405/98, Rec., p.I-1795.

CJCE, *Besix*, 19 février 2002, aff. C256/00, Rec. p. I-1699.

CJCE, *Rudolf Gabriel*, 11 juillet 2002, Aff. C-96/00, Rec. p.I-6367.

CJCE, *Tacconi*, 17 septembre 2002, aff. C-334/100, Rec. p. I-XXX; *RCDIP*2003, p.668, note P. Rémy-Corlay.

CJCE, 1er octobre 2002, *Henkel*, aff.C-167/00, Rec.2002, p.I-8111.

CJCE, *Kraner*, 25 mars 2004, aff. C-71/02, Rec., p.I-3025.

CJCE, *Kronhofer*, 10 juin 2004, aff. C-168/02, Rec.p.I, 6009 ; *RCDIP*2005, p.326, note H. Muir-Watt ; *Europe* 2004, Comm. n°26, p.18, obs. L. Idot ; *The European Legal Forum* 3-2004, p.187, note F. Blobel.

CJCE, *Engler*, 20 janvier 2005, aff. C-27/02, Rec. p.I-481.

CJCE, *Saint Paul Dairy Industries*, 28 avril 2005, aff. C-104/03.

CJCE, *Owusu*, 1er mars 2005, aff. C-281/02.

CJCE, *Kapferer*, 16 mars 2006, aff. C-234/04, Rec. p. I-2585.

CJCE, *Mostaza Claro*, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, Rec. p. I-10421.

CJCE, *Rampion et Godart*, 4 octobre 2007, aff. C-429/05.

CJCE, *Ilsinger*, 14 mai 2009, aff. C-180/06.

CJCE, *Zuid-Chemie BV*, 16 juillet 2009, aff. C-189/08.

• Jurisprudence française

Cour de Cassation

Cass., Ch. Civ., 25 mai 1948, *RCDIP*1949, p.89, note Batiffol ; *D*. 1948, p.357, note P. L.-P., *S*. 1949, p.1.21, note Niboyet ; *J.C.P*. 1948.II.4532, note Vasseur ; *Grands arrêts* n°19, note B. Ancel et Y. Lequette.

Cass., Ch. civ., 22 juin 1955, *RCDIP*1955, p.723, note Batiffol ; *D*. 1956, p. 73, note Chavrier ; *Grands arrêts* n°27, note Ancel et Lequette.

Cass., 1ère civ., 30 mai 1967, *RCDIP* 1967, p. 728, note BOUREL, *JDI* 1967, p. 622, note B. G., *D.*1967, p. 629, note Malaurie.

Cass., com., 29 mai 1967, *Bull.*IV, ,n°211.

Cass., com., 10 décembre 1974, n°72-13950, *Bull.*IV, n°325.

Cass., com., 11 février 1980, n°78-12.626, *Bull. civ*., IV, n°66.

Cass., 1ère civ., 4 novembre 1981, n°79-15656, *Bull. civ.* I, n°326.

Cass., 1ère civ., 8 février 1983, *Bull.civ.* I, n°51, *J.D.I.* 1984, p. 123, note G. Légier.

Cass., com., 26 mai 1983, n°81-14433, *Bull.IV*, n°149.

Cass., com., 6 janvier 1987, n°85-14.434, D. 1988, Somm., p.211, obs. Y. Serra.

Cass., 1ère civ., 4 décembre 1990, *Coveco*, *RCDIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau.

Cass., com., 9 février 1993, n°91-10885.

Cass., com., 16 novembre 1993, *Amerford*, *RCDIP* 1994, p.332, note P. Lagarde ; *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. Donnier ; *Grands arrêts* n°77.

Cass., com., 25 juin 1996, pourvoi n°94-13661.

Cass., 1ère civ., 14 janvier 1997, *Soc. Gordon and Breach Science Publishers et autres c. Association The American Institute of Physics et autres*, *Bull.civ.*I, n° 14, p.8, *RCDIP* 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF, *JCP G* 1997.II.22903, note H. MUIR-WATT, contra : *D.* 1997, p. 177, note M. SANTA-CROCE.

Cass., 1ère civ., 6 mai 1997, *Soc. Hannover International*, *RCDIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau.

Cass., com., 26 janvier 1999, pourvoi n°96-22457.

Cass., 1ère civ., 13 avril 1999, Compagnie Royale Belge, *RCDIP* 1999, p. 698, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *JCP* 2000.II.10261, note G. Légier ; *JDI* 2000, p. 315, note B. Fauvarque-Cosson ; *Gaz. Pal.* 2000, n°62, p. 42, obs. M.-L. Niboyet.

Cass., 1ère civ., 11 mai 1999, *Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres*, *RCDIP* 2000, p.199, note J.-M. BISCHOFF, *JDI*

1999, p. 1049, note G. LEGIER, *JCP G* 1999.II.10183, note H. MUIR-WATT, *D.* 1999, somm., p. 295, *JCP G* 2000.I.197, n°1, note G. VINEY.

Cass., 1ère civ., 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans* ; *RCDIP* 1999, p.707, note H. Muir-Watt ; *Gaz. Pal.* 1er-2 mars 2000, p.39, note M.-L. Niboyet ; *Grands arrêts* n°77.

Cass., 1ère civ., 26 mai 1999, *Belaid*, *Bull. civ*. I, n°172 ; *RCDIP* 1999, p.707, note H. Muir-Watt ; *JCP* 1999.II.10192, note F. Mélin ; *Defrénois* 1999, p.1261, obs. J. Massip ; *Grands arrêts* n°78.

Cass., com., 25 janvier 2000, pourvoi n°97-21210.

Cass., com., 13 février 2001, pourvoi n° 98-14805.

Cass., com., 7 mars 2000, *M.P. c/ Société nationale de télévision France 2*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

Cass., com., 21 mars 2000, *Soc. Maquet c/ Soc. Becker Holding et autres*, *RCDIP*2000, p.792, note A. Sinay-Cytermann.

Cass., com., 30 mai 2000, pourvoi n°97-10575.

Cass., com., 27 juin 2000, pourvoi n°98-14984.

Cass., com., 19 décembre 2000, pourvoi n°98-22915.

Cass., com., 31 janvier 2001, pourvoi n°98-20621.

Cass., 1ère civ., 3 avril 2001, *M. X c/ White*, *RCDIP*2001, p. 513, note H. Muir-Watt.

Cass., 1ère civ., 15 mai 2001, n°99-17132, *Bull. civ*. I, n°134, p.88 ; *JDI* 2001, p.1121, note A. Huet ; *JCP G* 2001.10634, p.220, note J. Raynayd ; *D.* 2002, n°17, Jurisp., p.1397, note B. Audit.

Cass., crim., 15 mai 2001, pourvoi n°00-85242, *Bull. crim*. n°122, p.367.

Cass., 1ère civ., 2 octobre 2001, pourvoi n°99-20486 .

Cass., com ; 9 octobre 2001, pourvoi n°00-17007.

Cass., com., 18 juin 2002, pourvoi n°99-21236.

Cass., com., 3 décembre 2002, pourvoi n°99-21888, *Bull.* IV, n°189, p.215.

Cass., 2ème civ., 23 janvier 2003, *JCP* 2003.II.10110, note J.-F. Barbieri.

Cass., com., 28 janvier 2003, pourvoi n°00-18732.

Cass., 1ère civ., 6 mai 2003, pourvoi n°01-01774, *Bull.civ*. I, n°101, p.79.

Cass., com., 1er juillet 2003, n°01-13052.

Cass., 1ère civ., 28 octobre 2003, *Bull. civ*. I, n°219.

Cass., 1ère civ., 9 décembre 2003, *Bull. civ*. I, n°245, p.195 ; *RCDIP* 2004, p.632, note O. Cachard ; *Petites Affiches* 2005, p. 5, note C. Brière.

Cass., com., 28 janvier 2004, pourvoi n°02-20493.

Cass., 1ère civ., 30 mars 2004, n°01-12939, *Bull. civ*. I, n°99, p.80.

Cass., com., 28 avril 2004, pourvoi n°02-11762.

Cass., com., 17 mars 2004, pourvoi n°02-13242.

Cass., com., 28 septembre 2004, pourvoi n°00-21982.

Cass., 1ère civ., 16 novembre 2004, pourvoi n°02-11866.

Cass., com., 14 décembre 2004, pourvoi n°02-10663.

Cass., com., 11 janvier 2005, n°02-18381, Bull. IV, n°8, p.8.

Cass., 1ère civ., 11 janvier 2005, n°01-02473, *Bull. civ*. I, n°21 ; RCDIP2006, p. 85, note M. Scherer ; Gaz. Pal. 2006, n°56, p. 21, note M.-L. Niboyet.

Cass., com., 11 janvier 2005, *SA Auchan France c/ Société Levi Strauss Continental*, pourvoi n°02-10566 ; *Contrats- Conc.- Conso*. 2005, Comm. n°89, p.19.

Cass., com., 11 janvier 2005, n°02-18381, Bull. IV, n°8, p.8.

Cass., 1ère civ., 22 février 2005, *Sté Auchan France c/ Fédérations des unions commerciales*, *RJDA* 7/05, n°910, p.780 ; *Revue Lamy de la concurrence* 2005, n°233, p.89.

Cass., 1ère civ., 28 juin 2005, *Bull. civ.* I, n°289 ; *RCDIP*2005, p.645, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *D.* 2005, p.2853, note N. Bouche ; *Droit et Patrimoine* novembre 2005, p.107, obs. M.-E. Ancel ; *Gaz. Pal.* 24-25 février 2006, p.20, obs. M.-L. Niboyet.

Cass., com., 28 juin 2005, *Itraco*, *Bull. civ.* IV, n°138 ; *RCDIP*2005, p.645, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *D.* 2005, p.2853, note N. Bouche ; *Droit et Patrimoine* novembre 2005, p.107, obs. M.-E. Ancel ; *Gaz. Pal.* 24-25 février 2006, p.20, obs. M.-L. Niboyet.

Cass., 1ère civ., 8 novembre 2005, pourvoi n°02-18512, *Bull. civ.* I, n°402, p.336 ; *RTDciv* 2006, n°1, chron. 2, p.43, obs. P. Jhery.

Cass., com., 6 décembre 2005, pourvoi n°05-10929.

Cass., com., 13 décembre 2005, pourvoi n°04-10075.

Cass., 1ère civ., 13 décembre 2005, pourvoi n°03-21154.

Cass., 1ère civ., 17 janvier 2006, pourvoi n°02-12745, *Bull. civ*. I, n°19 ; *Procédures* 2006, p. 14, note C. Nourissat.

Cass., 1ère civ., 31 janvier 2006, pourvoi n°03-16980.

Cass., 1ère civ., 28 février 2006 ; *Droit et patrimoine*, Déc. 2006, p. 76, note M.-E. Ancel.

Cass., 1ère civ., 30 octobre 2006, n°04-11629; *Bull. civ.* I, n°443, p.379.

Cass., 1ère civ., 21 novembre 2006, *Enfant Mikhaïl* ; *RCDIP*2007, p.575, note H. Muir-Watt.

Cass., 1ère civ., 28 novembre 2006, n°05-19838, Bull. civ. I, n°522, p.462.

Cass., 1ère civ., 18 janvier 2007, n°05-20529, Bull. civ. I, n°26, p.23.

Cass., 1ère civ., 16 mars 2007, pourvoi n°06-16.423.

Cass., com., 20 mars 2007, n°04-19679, *Bull. IV*, n° ; *JCP G* 2007.II.10088, note M.-E. Ancel.

Cass., 1ère civ., 27 mars 2007, Bull. civ. I, n°, *Rev. Lamy droit civil* 2007, p.22, note C. Kleitz ; *D.* 2007, n°16, pp.1074-1075, note I. Gallmeister.

Cass., 1ère civ., 10 mai 2007, pourvoi n°05-16569.

Cass., 1ère civ., 19 septembre 2007, pourvoi n°06-20208.

Cass., 1ère civ., 22 janvier 2009, pourvoi n°05-20176.

Cass., 1ère civ., 28 janvier 2009, n°08-15393.

Cass., 1ère civ., 11 février 2009, n°07-13088.

Cass., 1ère civ., 25 mars 2009, pourvoi n°08-14119.

Cours d'appel

CA Paris, 14e ch. A, 1er mars 2000, n°1999/22738, disponible sur le site <www.legalis.net>.

CA Paris, 11 septembre 2000, RJDA 2001, n°5, p.645 ; CA Versailles, 12ème Ch., 15 février 2001, PIBD 2001, III, p.516.

CA Paris, 14e ch.B, 15 juin 2001, n°2001/04387, disponible sur le site <www.legifrance.gouv.fr>.

CA Paris, 19 septembre 2001, disponible sur le site <www.legalis.net>.

CA Colmar, 9 juillet 2002, n°02/02114, disponible sur le site <www.legifrance.gouv.fr>.

CA Pau, 27 mai 2003, n°01-01343, disponible sur le site <www.legifrance.gouv.fr>.

CA Rouen, 11 septembre 2003

CA Versailles, 9 octobre 2003, Microsoft France c/ Synx Relief et autres, disponible sur le site <www.legalis.net>.

CA Versailles, 12e ch.sect. 2, 16 septembre 2004, *SARL Ecco France c/ SARL Ecco France Diffusion*, Juris-Data n°2004-276813, cité par M.-E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente », *Comm. commerce électro.* 2006, Etudes n°23, pp.14-19.

CA Versailles, 16 septembre 2004, n°2003-02914.

CA Paris, 13 mai 2005, n°03/12092, *D.* 2005, Pan., p.2464, obs. Y. Auguet.

CA Grenoble, 12 octobre 2005, disponible sur <www.legifrance.fr>.

CA Versailles, 12 janvier 2006, disponible sur <www.legifrance.fr>.

CA Paris, 4ème Chambre, Section A, 26 avril 2006, *Universal International c/ Oneseal*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

CA Paris, 28 juin 2006, *Google France, Google Inc. et S.A. Louis Vuitton Malletier* .

CA Versailles, 2 novembre 2006, *S.à r.l. Overture et société Overture Services Inc. c/ S.A. Accor*, n°05/1753.

Cour d'Appel de Versailles, 28 septembre 2006, n°322.

CA Pau, *S.à r.l. Société Puyolaise d'articles chaussants c/ Société Florett*, 16 juillet 2007, n°06/01761.

CA Lyon, 31 janvier 2008, n°06/05922.

CA Lyon, 22 mai 2008, *Société Elektrosta S.A. et société Joao R. Matos S.A.*

CA Dijon, 09 septembre 2008, n°07/01612, disponible sur <www.lamylinereflex.fr>.

CA Nancy, 1er octobre 2008, *Petroleum Accessoires Inc. et SA Hydro René Leduc*, n°06/02023.

Tribunaux

TGI Paris, 3ème Chambre, 27 mars 1998, *L'Oréal, Parfums Guy Laroche, The Polo Lauren Company, Cacharel et Ralph Lauren c/ PLD Enterprises*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

Tribunal de Commerce de Paris, Ordonnance de référé, 9 novembre 2000, *Tegam International c/ Sun 7, SARL Secusys*

TGI Nanterre, Ordonnance de référé du 8 janvier 2001, *SFR c/ ETE*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

TGI Mâcon, Ordonnance de référé, 24 avril 2001, *Louis S. c/ Serge-René Q., Bruno P.*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

TGI Toulouse, Ordonnance de référé, 5 juin 2002, *Association Domexpo c/ SARL NFrance Conseil, Monsieur S.*

TGI Béziers, Ordonnance de référé, 05 août 2003, *Novartis Pharma c/ Francine F.*, disponibles sur le site <www.legalis.net>.

TGI Point à Pitre, ch. Com., 23 avril 2004, *Casaboubou c/ Amen*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

T. Com. Paris, 15e ch., 15 octobre 2004, Conex c/ Tracing Server, disponible sur le site <www.legalis.net>.

TGI Paris, 3e Ch., 2e sect., 4 février 2005, *Louis Vuitton Malletier c/ Google*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

TGI Paris, 3ème Ch., 7 février 2006, *TWD Industries c/ Google France, Google Inc.*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

TGI Paris, 3ème Ch., 2ème sect., 14 décembre 2007, *Kenzo et autres c/ Ebay Inc., Ebay International AG*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

TGI Paris, 11 janvier 2008, n°03/04457.

TGI Paris, 3ème Ch., 2ème sect., 16 mai 2008, *RueduCommerce c/ Carrefour Belgium*, disponible sur sur le site <www.legalis.net>.

TGI Paris, 1ère Ch. B, 30 juin 2008, *Christian Dior Couture c/ Ebay Inc., Ebay International AG*, disponible sur le site <www.legalis.net>.

• Jurisprudence arbitrale

Sentence CCI n°1990 rendue en 1972 ; *J.D.I.* 1974, p.897, note Y.D.

Interim award ICC n°4367 rendue en 1984, disponible sur www.westlaw.com.

Sentence CCI n°5477 rendue en 1988, *J.D.I* 1988, p.1204, note G. A. A.

Sentence CCI n°7319 rendue en 1992, *Yearbook Commercial Arbitration* 1999, A.J. van den Berg (ed.), vol. XXIVa, pp. 141-148.

Sentence n°57/94 rendue en 1995, *Yearbook Commercial Arbitration* 1997, A.J. van den Berg (ed.), vol. XXII, pp. 182-190.

Sentence CCI n°8817 rendue en 1997, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000*, J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher, p. 415.

Sentence CCI n°10988 rendue en 2003, *J.D.I* 2006, p.1408, note B. D.

Annexe 1 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales

PRATIQUES COMMERCIALES RÉPUTÉES DÉLOYALES EN TOUTES CIRCONSTANCES

Pratiques commerciales trompeuses

1) Pour un professionnel, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas.

2) Afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire.

3) Affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas.

4) Affirmer qu'un professionnel (y compris ses pratiques commerciales) ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue.

5) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits en question ou des produits équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit et du prix proposé (publicité appât).

6) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué, et ensuite:

a) refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité,

ou

b) refuser de prendre des commandes concernant cet article ou de le livrer dans un délai raisonnable,

ou

c) en présenter un échantillon défectueux,

dans le but de faire la promotion d'un produit différent (amorcer et ferrer).

7) Déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause.

8) S'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'État membre dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction.

9) Déclarer ou de toute autre manière donner l'impression que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas.

10) Présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel.

11) Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage). Cette disposition s'entend sans préjudice de la directive 89/552/CEE.

12) Formuler des affirmations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit.

13) Promouvoir un produit similaire à celui d'un fabricant particulier de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit provient de ce même fabricant alors que tel n'est pas le cas.

14) Créer, exploiter ou promouvoir un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits.

15) Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas.

16) Affirmer d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard.

17) Affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations.

18) Communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché.

19) Affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable.

20) Décrire un produit comme étant "gratuit", "à titre gracieux", "sans frais" ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article.

21) Inclure dans le matériel promotionnel une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit commercialisé alors que ce n'est pas le cas.

22) Faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur.

23) Créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit est disponible dans un État membre autre que celui dans lequel le produit est vendu.

Pratiques commerciales agressives

24) Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu.

25) Effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle.

26) Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice de l'article 10 de la directive 97/7/CE, et des directives 95/46/CE et 2002/58/CE.

27) Obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels.

28) Dans une publicité, inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle.

29) Exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées).

30) Informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés.

31) Donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait,

- soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent,

- soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût.

Règlement Rome II

Règlement (CE) no 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil
du 11 juillet 2007
sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 61, point c), et son article 67,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social européen <1>,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité au vu du projet commun approuvé le 25 juin 2007 par le comité de conciliation <2>,

considérant ce qui suit:

(1) La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice. Pour la mise en place progressive de cet espace, la Communauté doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.

(2) Conformément à l'article 65, point b), du traité, ces mesures doivent viser, entre autres, à favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence.

(3) Le Conseil européen, réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999, a approuvé le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et des autres décisions émanant des autorités judiciaires en tant que pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile et a invité le Conseil et la Commission à adopter un programme de mesures destinées à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle.

(4) Le 30 novembre 2000, le Conseil a adopté un programme commun de mesures de la Commission et du Conseil destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale <3>. Le programme décrit les mesures relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois comme des mesures facilitant la reconnaissance mutuelle des décisions.

(5) Le programme de La Haye <4>, adopté par le Conseil européen le 5 novembre 2004, préconise que les travaux sur les règles de conflit de lois en ce qui concerne les obligations non contractuelles ("Rome II") soient poursuivis avec détermination.

(6) Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite.

(7) Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence

judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale <5> (Bruxelles I) et les instruments relatifs à la loi applicable aux obligations contractuelles.

(8) Le présent règlement devrait s'appliquer quelle que soit la nature de la cour ou du tribunal saisi.

(9) Les actions fondées sur des actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique ("acta iure imperii") devraient englober les cas où sont mis en cause des fonctionnaires agissant au nom de l'État ainsi que la responsabilité de l'État, y compris lorsqu'il s'agit d'actes commis par des agents publics officiellement mandatés. Par conséquent, ces cas devraient être exclus du champ d'application du présent règlement.

(10) Les relations de famille devraient englober les liens de filiation, de mariage, d'alliance et les liens collatéraux. La mention, à l'article 1er, paragraphe 2, des relations qui ont des effets comparables au mariage et aux autres relations de famille devrait être interprétée conformément au droit de l'État membre dans lequel le tribunal est saisi.

(11) Le concept d'obligation non contractuelle varie d'un État membre à l'autre. Celui-ci devrait donc être entendu, aux fins du présent règlement, comme un concept autonome. Les règles relatives aux conflits de lois contenues dans le présent règlement devraient s'appliquer également aux obligations non contractuelles fondées sur la responsabilité objective.

(12) La loi applicable devrait également s'appliquer à la responsabilité délictuelle.

(13) L'application de règles uniformes, quelle que soit la loi désignée, permet d'éviter des risques de distorsions de concurrence entre les justiciables de la Communauté.

(14) L'exigence de sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction de cas individuels sont des éléments essentiels d'un espace de justice. Le présent règlement prévoit que les facteurs de rattachement les plus appropriés permettent d'atteindre ces objectifs. Par conséquent, le présent règlement prévoit une règle générale et des règles spécifiques ainsi que, pour certaines dispositions, une "clause dérogatoire" qui permet de s'écarter de ces règles s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Cet ensemble de règles crée donc un cadre flexible de règles de conflit de lois. Dans le même temps, la juridiction saisie est à même de traiter les cas individuels de manière appropriée.

(15) Si le principe "lex loci delicti commissi" est la solution de base en matière d'obligations non contractuelles dans la quasi-totalité des États membres, l'application concrète de ce principe en cas de dispersion des critères de rattachement dans plusieurs pays varie. Cette situation est source d'insécurité quant au droit applicable.

(16) Le recours à des règles uniformes devrait améliorer la prévisibilité des décisions de justice et assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée. Le rattachement au pays du lieu où le dommage direct est survenu ("lex loci damni") crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective.

(17) Il convient de déterminer la loi applicable en fonction du lieu où le dommage survient, indépendamment du ou des pays où pourraient survenir des conséquences indirectes. Ainsi, en cas de

blessures physiques causées à une personne ou de dommages aux biens, le pays où les blessures ont été subies ou les biens endommagés devrait être entendu comme celui où le dommage survient.

(18) La règle générale consacrée par le présent règlement devrait être la "lex loci damni", prévue à l'article 4, paragraphe 1. L'article 4, paragraphe 2, devrait être considéré comme créant une exception à ce principe général, en ce qu'il établit un rattachement spécial lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays. L'article 4, paragraphe 3, devrait être entendu comme une "clause dérogatoire" à l'article 4, paragraphes 1 et 2, applicable s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays.

(19) Il convient de prévoir des règles spécifiques pour les faits dommageables pour lesquels la règle générale ne permet pas de trouver un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence.

(20) En matière de responsabilité du fait des produits, la règle de conflit de lois devrait prendre en compte les objectifs que sont la juste répartition des risques dans une société moderne caractérisée par un degré élevé de technicité, la protection de la santé des consommateurs, la stimulation de l'innovation, la garantie d'une concurrence non faussée et la facilitation des échanges commerciaux. La mise en place d'un système en cascade de facteurs de rattachement, assorti d'une clause de prévisibilité, constitue une solution équilibrée eu égard à ces objectifs. Le premier critère dont il convient de tenir compte est la loi du pays dans lequel la personne lésée avait sa résidence habituelle quand le dommage est survenu, si le produit a été commercialisé dans ce pays. Les autres critères de la cascade sont pris en considération si le produit n'a pas été commercialisé dans ce pays, sans préjudice de l'article 4, paragraphe 2, et indépendamment de la possibilité d'un lien manifestement plus étroit avec un autre pays.

(21) La règle spéciale prévue à l'article 6 ne déroge pas à la règle générale énoncée à l'article 4, paragraphe 1, mais elle la précise. En matière de concurrence déloyale et d’actes restreignant la libre concurrence, la règle de conflit de lois devrait protéger les concurrents, les consommateurs et le public en général, et garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché. Le rattachement à la loi du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être permet, d'une manière générale, de réaliser ces objectifs.

(22) Les obligations non contractuelles résultant d'actes restreignant la concurrence, prévues à l'article 6, paragraphe 3, devraient s'appliquer aux infractions au droit de la concurrence tant national que communautaire. La loi applicable aux obligations non contractuelles de ce type devrait être celle du pays du marché affecté ou susceptible de l'être. Au cas où le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur devrait pouvoir, dans certains cas, choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie.

(23) Aux fins du présent règlement, la notion de restriction du jeu de la concurrence devrait couvrir les interdictions visant les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un État membre ou dans le marché intérieur, ainsi que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante dans un État membre ou dans le marché intérieur lorsque de tels accords, décisions, pratiques concertées ou abus sont interdits par les articles 81 et 82 du traité ou par la loi d'un État membre.

(24) Le "dommage environnemental" devrait être entendu comme une modification négative d'une ressource naturelle telle que l'eau, les sols ou l'air, une détérioration d'une fonction assurée par cette ressource au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public, ou une détérioration de la diversité biologique.

(25) En matière d'atteintes à l'environnement, l'article 174 du traité, qui postule un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur, justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée. Le moment où le demandeur en réparation peut choisir la loi applicable devrait être déterminé conformément à la loi de l'État membre où se trouve le tribunal saisi.

(26) En ce qui concerne les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, il convient de préserver le principe "lex loci protectionis", qui est universellement reconnu. Aux fins du présent règlement, l'expression "droits de propriété intellectuelle" devrait être interprétée comme visant notamment le droit d'auteur, les droits voisins, le droit sui generis pour la protection des bases de données ainsi que les droits de propriété industrielle.

(27) Le concept exact d'action en responsabilité du fait de grève ou de lock-out varie d'un État membre à l'autre et est régi par les règles internes de chaque État membre. C'est pourquoi le présent règlement considère comme un principe général que, pour protéger les droits et obligations des travailleurs et des employeurs, c'est la loi du pays dans lequel ladite action a été engagée qui doit s'appliquer.

(28) La règle spéciale sur les actions en responsabilité du fait de grève ou de lock-out qui est énoncée à l'article 9 l'est sans préjudice des conditions auxquelles l'exercice de telles actions est soumis, selon la législation nationale, et sans préjudice du statut juridique des organisations représentatives des travailleurs ou des syndicats prévu dans le droit des États membres.

(29) Il convient de prévoir des règles spéciales en cas de dommage causé par un fait autre qu'un fait dommageable, tel qu'un enrichissement sans cause, une gestion d'affaires ou une "culpa in contrahendo".

(30) Le concept de "culpa in contrahendo" est autonome aux fins du présent règlement, et il ne devrait pas nécessairement être interprété au sens du droit national. Il devrait inclure la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles. L'article 12 ne s'applique qu'aux obligations non contractuelles présentant un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat. Par conséquent, si une personne subit des dommages corporels au cours de la négociation d'un contrat, l'article 4 ou d'autres dispositions pertinentes du présent règlement devraient s'appliquer.

(31) Afin de respecter le principe de l'autonomie des parties et de renforcer la sécurité juridique, les parties devraient pouvoir choisir la loi applicable à une obligation non contractuelle. Ce choix devrait être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de la cause. Lorsque la juridiction établit l'existence d'un accord convenu entre les parties, elle est tenue de respecter leurs intentions. Il convient de protéger les parties faibles en entourant ce choix de certaines conditions.

(32) Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. En particulier, l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être

considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie.

(33) En vertu des règles nationales existantes en matière d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière, lors de la quantification des dommages-intérêts accordés au titre du préjudice corporel dans les cas où l'accident survient dans un État autre que celui où la victime a sa résidence habituelle, la juridiction saisie devrait prendre en compte toutes les circonstances de fait pertinentes concernant ladite victime, y compris, notamment, les pertes totales et les coûts du traitement et des soins médicaux.

(34) En vue d'assurer un équilibre raisonnable entre les parties, il convient de tenir compte, le cas échéant, des règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays où l'acte dommageable a été commis, même lorsque l'obligation non contractuelle est régie par la loi d'un autre pays. Il convient d'interpréter l'expression "règles de sécurité et de comportement" comme renvoyant à toute la réglementation ayant un lien avec la sécurité et le comportement, y compris, par exemple, les règles en matière de sécurité routière en cas d'accident.

(35) Il convient d'éviter une situation où les règles de conflits de lois sont dispersées entre de multiples instruments et où il existe des différences entre ces règles. Toutefois, le présent règlement n'exclut pas la possibilité d'insérer des règles de conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles dans les dispositions de droit communautaire concernant des matières particulières.

Le présent règlement ne devrait pas affecter l'application d'autres instruments fixant des dispositions destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur, dans la mesure où ces dispositions ne peuvent s'appliquer conjointement avec la loi désignée par les règles du présent règlement. L'application des dispositions de la loi applicable désignée par les règles du présent règlement ne devraient pas restreindre la libre circulation des biens et des services telle qu'elle est réglementée par les instruments communautaires, par exemple la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") <6>.

(36) Le respect des engagements internationaux souscrits par les États membres justifie que le présent règlement n'affecte pas les conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties au moment de l'adoption du présent règlement. Afin de rendre les règles en vigueur en la matière plus accessibles, la Commission devrait publier la liste des conventions concernées au Journal officiel de l'Union européenne, en se fondant sur les informations transmises par les États membres.

(37) La Commission soumettra au Parlement européen et au Conseil une proposition concernant les procédures et conditions selon lesquelles les États membres seraient autorisés à négocier et à conclure en leur propre nom avec des pays tiers, à titre individuel et dans des cas exceptionnels, des accords portant sur des questions sectorielles et contenant des dispositions relatives à la loi applicable aux obligations non contractuelles.

(38) Étant donné que l'objectif du présent règlement ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions ou des effets du présent règlement, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut adopter des mesures, conformément au principe

de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

(39) Conformément à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Royaume-Uni et l'Irlande participent à l'adoption et à l'application du présent règlement.

(40) Conformément aux articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption du présent règlement et n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application,

ONT ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

CHAPITRE I

CHAMP D'APPLICATION

Article premier

Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Il ne s'applique pas, en particulier, aux matières fiscales, douanières et administratives, ni à la responsabilité encourue par l'État pour les actes et omissions commis dans l'exercice de la puissance publique ("acta iure imperii").

2. Sont exclues du champ d'application du présent règlement:

a) les obligations non contractuelles découlant de relations de famille ou de relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables, y compris les obligations alimentaires;

b) les obligations non contractuelles découlant des régimes matrimoniaux, des régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions;

c) les obligations non contractuelles nées de lettres de change, de chèques, de billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable;

d) les obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés, des associations et des personnes morales concernant des matières telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, des associations et des personnes morales, de la responsabilité personnelle des associés et des organes pour les dettes de la société, de l'association ou de la personne morale et de la responsabilité personnelle des auditeurs vis-à-vis de la société ou vis-à-vis de ses organes chargés du contrôle légal des documents comptables;

e) les obligations non contractuelles découlant des relations entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires d'un trust créé volontairement;

f) les obligations non contractuelles découlant d'un dommage nucléaire;

g) les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation.

3. Le présent règlement ne s'applique pas à la preuve et à la procédure, sans préjudice des articles 21 et 22.

4. Aux fins du présent règlement, on entend par "État membre", tous les États membres, à l'exception du Danemark.

Article 2

Obligations non contractuelles

1. Aux fins du présent règlement, le dommage vise toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une "culpa in contrahendo".

2. Le présent règlement s'applique également aux obligations non contractuelles susceptibles de survenir.

3. Toute mention dans le présent règlement:

a) d'un fait générateur de dommage concerne également le fait générateur du dommage susceptible de se produire; et

b) d'un dommage concerne également le dommage susceptible de survenir.

Article 3

Caractère universel

La loi désignée par le présent règlement s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

CHAPITRE II

FAITS DOMMAGEABLES

Article 4

Règle générale

1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.

2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

Article 5

Responsabilité du fait des produits

1. Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 2, la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage causé par un produit est:

a) la loi du pays dans lequel la personne lésée avait sa résidence habituelle au jour du dommage, si le produit a été commercialisé dans ce pays; ou à défaut

b) la loi du pays dans lequel le produit a été acheté, si le produit a été commercialisé dans ce pays; ou à défaut

c) la loi du pays dans lequel le dommage est survenu, si le produit a été commercialisé dans ce pays.

Toutefois, la loi applicable est celle du pays dans lequel la personne dont la responsabilité est invoquée a sa résidence habituelle, si cette personne ne pouvait raisonnablement pas prévoir la commercialisation du produit ou d'un produit du même type dans le pays dont la loi est applicable en vertu des points a), b) ou c).

2. S'il résulte de toutes les circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

Article 6

Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable.

3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être.

b) Lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet État membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire, cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'État membre de cette juridiction.

4. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14.

Article 7

Atteinte à l'environnement

La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit.

Article 8

Atteinte aux droits de propriété intellectuelle

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée.

2. En cas d'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire, la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument communautaire pertinent est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit.

3. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14.

Article 9

Responsabilité du fait de grève ou de lock out

Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 2, la loi applicable à l'obligation non contractuelle relative à la responsabilité d'une personne agissant en qualité de travailleur ou d'employeur ou celle d'une organisation représentant les intérêts professionnels des personnes susvisées du fait des dommages causés par une grève ou un lock-out en cours ou terminé est la loi du pays dans lequel cette grève ou ce lock-out est ou a été engagé.

CHAPITRE III

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE, GESTION D'AFFAIRES ET "CULPA IN CONTRAHENDO"

Article 10

Enrichissement sans cause

1. Lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause, y compris un paiement indu, se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cet enrichissement sans cause, la loi applicable est celle qui régit cette relation.

2. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 et que les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait donnant lieu à l'enrichissement sans cause survient, la loi applicable est celle de ce pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit.

4. S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique.

Article 11

Gestion d'affaires

1. Lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'une gestion d'affaires se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cette obligation non contractuelle, la loi applicable est celle qui régit cette relation.

2. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 et que les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait donnant lieu au dommage survient, la loi applicable est celle de ce pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel la gestion d'affaires s'est produite.

4. S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'une gestion d'affaires présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique.

Article 12

"Culpa in contrahendo"

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu.

2. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est:

a) celle du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent; ou

b) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait générateur du dommage se produit, la loi de ce pays; ou

c) s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays.

Article 13

Applicabilité de l'article 8

Aux fins du présent chapitre, l'article 8 s'applique aux obligations non contractuelles résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

CHAPITRE IV

LIBERTÉ DE CHOIX

Article 14

Liberté de choix

1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle:

a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage;

ou

b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage.

Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers.

2. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.

3. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par un accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for.

CHAPITRE V

RÈGLES COMMUNES

Article 15

Portée de la loi applicable

La loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du présent règlement régit notamment:

a) les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent;

b) les causes d'exonération, de limitation et de partage de responsabilité;

c) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée;

d) dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'État dont il relève, les mesures que ce tribunal peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation;

e) la transmissibilité du droit à réparation, y compris par succession;

f) les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi;

g) la responsabilité du fait d'autrui;

h) le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance fondées sur l'expiration d'un délai, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension d'un délai de prescription ou de déchéance.

Article 16

Dispositions impératives dérogatoires

Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle.

Article 17

Règles de sécurité et de comportement

Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité.

Article 18

Action directe contre l'assureur du responsable

La personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit.

Article 19

Subrogation

Lorsqu'en vertu d'une obligation non contractuelle, une personne ("le créancier") a des droits à l'égard d'une autre personne ("le débiteur") et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si et dans quelle mesure celui-ci peut exercer les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.

Article 20

Responsabilité multiple

Si un créancier a des droits à l'égard de plusieurs débiteurs responsables au titre de la même obligation et que l'un de ceux-ci l'a désintéressé en totalité ou en partie, le droit qu'a ce dernier d'exiger une compensation de la part des autres débiteurs est régi par la loi applicable à son obligation non contractuelle envers le créancier.

Article 21

Validité formelle

Un acte juridique unilatéral relatif à une obligation non contractuelle est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit l'obligation non contractuelle en question ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu.

Article 22

Charge de la preuve

1. La loi régissant l'obligation non contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations non contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve.

2. Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées par l'article 21, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi.

CHAPITRE VI

AUTRES DISPOSITIONS

Article 23

Résidence habituelle

1. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale.

Lorsque le fait générateur a été commis ou que le dommage a été subi dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle.

2. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal.

Article 24

Exclusion du renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 25

Systèmes non unifiés

1. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'obligations non contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement.

2. Un État membre dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations non contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces unités territoriales.

Article 26

Ordre public du for

L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 27

Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire

Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles.

Article 28

Relation avec des conventions internationales existantes

1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles.

2. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement.

CHAPITRE VII

DISPOSITIONS FINALES

Article 29

Liste des conventions

1. Au plus tard le 11 juillet 2008, les États membres communiquent à la Commission les conventions visées à l'article 28, paragraphe 1. Après cette date, les États membres communiquent à la Commission toute dénonciation de ces conventions.

2. Dans un délai de six mois après leur réception, la Commission publie au Journal officiel de l'Union européenne:

i) la liste des conventions visées au paragraphe 1;

ii) les dénonciations visées au paragraphe 1.

Article 30

Clause de révision

1. Au plus tard le 20 août 2011, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement. Ce rapport contient:

i) une étude sur la manière dont est pris en compte le droit étranger par les différentes juridictions et sur la mesure dans laquelle les juridictions des États membres mettent en pratique le droit étranger conformément au présent règlement;

ii) une étude sur les effets de l'article 28 du présent règlement en ce qui concerne la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

2. Au plus tard le 31 décembre 2008, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen une étude relative à la loi applicable aux obligations non contractuelles découlant des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, en prenant en compte les règles applicables à la liberté de la presse ainsi qu'à la liberté d'expression dans les médias et les questions de conflit de loi liées à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données <7>.

Article 31

Application dans le temps

Le présent règlement s'applique aux faits générateurs de dommages survenus après son entrée en vigueur.

Article 32

Date d'application

Le présent règlement est applicable à partir du 11 janvier 2009, à l'exception de l'article 29, lequel est applicable à partir du 11 juillet 2008.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres, conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Fait à Strasbourg, le 11 juillet 2007.

Par le Parlement européen

Le président

H.-G. Pöttering

Par le Conseil

Le président

M. Lobo Antunes

<1> JO C 241 du 28.9.2004, p. 1.

<2> Avis du Parlement européen du 6 juillet 2005 (JO C 157 E du 6.7.2006, p. 371), position commune du Conseil du 25 septembre 2006 (JO C 289 E du 28.11.2006, p. 68) et position du Parlement européen du 18 janvier 2007 (non encore parue au Journal officiel). Résolution législative du Parlement européen du 10 juillet 2007 et décision du Conseil du 28 juin 2007.

<3> JO C 12 du 15.1.2001, p. 1.

<4> JO C 53 du 3.3.2005, p. 1.

<5> JO L 12 du 16.1.2001, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) no 1791/2006 (JO L 363 du 20.12.2006, p. 1).

<6> JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

<7> JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

Déclaration de la Commission sur la clause de réexamen (Article 30)

La Commission, sur l'invitation du Parlement européen et du Conseil dans le cadre de l'article 30 du règlement "Rome II", soumettra, au plus tard en décembre 2008, une étude sur la situation dans le domaine de la loi applicable aux obligations non contractuelles résultant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité. Elle tiendra compte de tous les aspects de la situation et prendra des mesures appropriées en cas de besoin.

Déclaration de la commission sur les accidents de la route

Consciente de la disparité des pratiques suivies dans les États membres en ce qui concerne le niveau des indemnisations accordées aux victimes d'accidents de la route, la Commission est disposée à examiner les problèmes spécifiques que rencontrent les résidents de l'UE impliqués dans des accidents de la route dans un État membre autre que celui où ils résident habituellement. À cet effet, elle mettra à la disposition du Parlement européen et du Conseil, avant la fin de l'année 2008, une étude portant sur toutes les possibilités, notamment en matière d'assurance, d'améliorer la situation des victimes transfrontalières; cette étude préparerait la voie à un livre vert.

Déclaration de la Commission sur le traitement de la loi étrangère

Consciente de la disparité des pratiques suivies dans les États membres en ce qui concerne le traitement de la loi étrangère, la Commission publiera, au plus tard quatre ans après l'entrée en vigueur du règlement "Rome II" et en tout cas dès qu'elle sera disponible, une étude horizontale sur l'application de la loi étrangère en matière civile et commerciale par les juridictions des États membres, eu égard aux objectifs du programme de La Haye. Elle est également disposée à prendre des mesures appropriées en cas de besoin.

TABLE DES MATIERES

Introduction générale **6**
§1 – La concurrence déloyale : illicéité ou manquement à un devoir moral ? 6
§2 – La concurrence déloyale : l'harmonisation de la règle de conflit de lois 9
PARTIE I – La cohérence des règles **19**
TITRE 1 – L'élaboration des règles **21**
Chapitre 1 – La diversité des règles de droit matériel **23**
Section 1 – Les finalités du droit de la concurrence déloyale 24
§.1. La régulation des comportements entre professionnels 24
A. - L'autonomie au regard des règles relatives à la propriété intellectuelle 25
B. - L'autonomie au regard des règles relatives aux actes restreignant la concurrence 27
§.2. La régulation des comportements entre professionnels et consommateurs 30
Section 2 Les marges de manœuvre des Etats membres 37
§1 La matière des actes de concurrence déloyale 38
A La diversité encadrée 38
a) La coopération interétatique 39
b) L'harmonisation des législations nationales 40
B La diversité tolérée 46
§2 La matière des pratiques commerciales déloyales 49
A Les directives sectorielles : l'équivalence du résultat 50
B La directive cadre : l'équivalence formelle 51
§3 – Les mécanismes de régulation privée 54
A – Le contenu des codes de conduite 55
B – La réception des codes de conduite 58
Chapitre 2 - L'uniformisation de la règle de conflit de lois **63**
§1 Le système du *Règlement Rome II* 64
A – La réalisation du marché intérieur 65
a) La justification de l'intervention communautaire 65
b) Le champ d'application géographique du *Règlement Rome II* 67

B – L'objectif de sécurité juridique 70
§2 Le consensus difficile 74
A Les influences nationales 75
B L'évolution de la rédaction de la règle de conflit de lois applicable en matière de concurrence déloyale 78
Section 2 La *lex fori* et la loi étrangère en matière de concurrence déloyale 83
§1 L'articulation de la règle de compétence judiciaire et de la règle de conflit de lois 83
A Le constat de l'application de la *lex fori* par les juridictions françaises 84
B La méthode du conflit de lois dans le *Règlement Rome II* 86
§2 L'articulation des normes 89
A La règle de conflit de lois écartée 91
B – La règle de conflit de lois encadrée 93
a) La portée du principe de reconnaissance mutuelle dans le *Règlement Rome II* 94
b) Les mécanismes correcteurs envisagés 95
1. Les clauses de marché intérieur 95
2. Les libertés fondamentales du *Traité CE* 98
TITRE 2 – La mise en œuvre de la règle de conflit de lois 104
Chapitre 1 - L'unité factice de la règle de conflit de lois 106
Section 1 La qualification en cascade 108
§1 La qualification autonome 110
A – L'affirmation du recours aux notions autonomes du droit communautaire 110
B Les catégories de rattachement spéciales autonomes 112
a) Les actes restreignant la concurrence 112
b) Les pratiques commerciales déloyales 113
§2 La qualification *lege fori* 116
a) Les actes de concurrence déloyale affectant les relations de concurrence et les intérêts collectifs des consommateurs 117
b) Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé 119
Section 2 – Les fondements de la règle applicable 122
§1 La règle de compétence spéciale 123
A - L'option offerte en matière de faits dommageables 124

a) L'option de compétence 124
b) L'interprétation stricte de la règle de compétence spéciale 127
B L'option offerte en matière de contrats conclus par les consommateurs 129
§2 La règle de conflit de lois spéciale 132
A La localisation des obligations non contractuelles 133
B La localisation des comportements déloyaux 136
a) La fragmentation commandée par la spécificité de la matière 138
1. La fonction de l'action en concurrence déloyale en droit français 139
2. Les fondements des articles 6, points 1 et 2 du *Règlement Rome II* 141
b) La fragmentation commandée par l'existence d'une réglementation commune. 146
Chapitre 2 - Le rôle des parties et du juge 152
Section 1 – L'extranéité relevée 154
§1 L'extranéité relevée par les parties 155
A Le rétablissement direct du choix de loi 156
a) Les fondements du refus 157
b) Le moment du choix 159
B Le rétablissement indirect du choix de loi 162
a) La compétence d'une loi étrangère revendiquée par l'une des parties 162
b) La compétence de la *lex fori* revendiquée par l'ensemble des parties 164
§2 L'extranéité relevée par le juge 166
A La règle de conflit de lois, règle de procédure 167
a) La transposition du critère de la nature des droits litigieux 168
b) Les limites de la transposition du critère de la nature des droits litigieux 170
B La règle de conflit de lois, règle de droit communautaire dérivé 172
a) L'office du juge national et les règles de droit matériel 173
b) L'office du juge national et les règles de droit international privé 177
Section 2 - La liberté d'appréciation du juge 181
§1 - La flexibilité dans le *Règlement Rome II* 182
§2 La flexibilité en matière de concurrence déloyale 185
Partie II – L'équilibre entre les intérêts en présence 193
Titre 1 – Le choix de la compétence 195
Chapitre 1 – Le choix individuel 197
Section 1 – La cessation de l'acte ou du dommage 199

§1 L'action en cessation dans les relations de consommation 199
A La qualité pour agir 200
B Le for de l'action en cessation 202
§2 La saisine du juge des référés dans les relations entre professionnels 205
A L'importance pratique du règlement du provisoire 206
B Le for du règlement du provisoire 207
Section 2 – La réparation du dommage 213
§1 L'acceptation large de la compétence dans les relations entre professionnels 214
A Les attentes du professionnel lésé 214
B La réaction des juridictions françaises 217
a) Le rattachement des cas classiques de concurrence déloyale 217
1. Le délit simple de concurrence déloyale 218
2. Le délit complexe de concurrence déloyale 220
b) Le rattachement des actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet 222
§2 La qualification de l'action intentée par un consommateur 228
Chapitre 2 – Le choix mutuel 233
Section 1 – L'admission du choix 236
§ 1 La voie restreinte 236
A Le choix d'un for plus favorable 237
B La compétence de l'arbitre 240
§2 La voie ouverte 244
A Le choix de l'arbitrage 245
B Le choix du for 249
a) L'incertitude en l'absence de clause d'élection de for 250
b) L'incertitude en présence d'une clause d'élection de for vague 253
Section 2 Les fondements du choix entre professionnels 259
§1 L'équilibre entre les intérêts mutuels et individuels 259
§2 - Les enjeux de l'accès à l'information 263
A – L'information disponible au regard de la jurisprudence des juridictions étatiques 263
B – L'information disponible au regard des sentences arbitrales 267
Titre 2 – La loi appropriée 274
Chapitre 1 – L'équilibre établi 275

Section 1 – Les actes de concurrence déloyale affectant les intérêts d'un concurrent déterminé....276
§1 L'acte de concurrence déloyale localisé dans un seul Etat....277
A - La *lex loci damni*....277
B - La loi de la résidence habituelle....279
C - La clause d'exception....281
§2 L'acte de concurrence déloyale localisé dans plusieurs Etats....283
A La dissociation de l'acte de concurrence déloyale et du dommage....284
B L'éparpillement du dommage résultant de l'acte de concurrence déloyale....286
a) L'opportunité de l'application distributive....287
b) Les alternatives possibles....290
Section 2 – Les pratiques commerciales déloyales....294
§1 – Le consommateur partie faible....294
A – La localisation de l'obligation non contractuelle et la localisation du contrat....295
B – La localisation de l'obligation non contractuelle en l'absence de choix de loi....299
§2 – Les consommateurs et les professionnels acteurs du marché....300
A – La localisation des actes de concurrence déloyale affectant l'intérêt général....301
B – La localisation de la publicité déloyale....305
Chapitre 2 – L'équilibre rétabli....311
Section 1 – Le respect des intérêts de l'auteur....313
§1 – La loi désignée et le principe du pays d'origine....314
A – Les règles non harmonisées relatives aux actes de concurrence déloyale....314
a) Le contrôle restreint de la loi désignée dans les cas classiques de concurrence déloyale....315
b) Le contrôle classique de la loi désignée pour les actes de concurrence déloyale commis sur l'Internet....317
B – Les règles harmonisées relatives aux pratiques commerciales déloyales....320
a) Le contrôle de la loi applicable à la publicité....321
1. Le contrôle de la loi applicable à la publicité traditionnelle....321
2. L'application du principe du pays d'origine à la publicité en ligne ou télévisée325
b) Le contrôle de la loi désignée en matière de pratiques commerciales déloyales 327
§2 – La loi désignée et les règles de comportement du lieu du fait générateur....329
A - L'identification des règles de sécurité et de comportement....330

B Les rôles respectifs du juge et de l'auteur 333
Section 2 – Le respect des intérêts du consommateur 338
§1 – Le respect imposé 338
A – Loi de l'Etat de résidence du consommateur *v.* loi de l'Etat du professionnel .339
B – Loi de l'Etat membre de résidence du consommateur *v.* loi de l'Etat tiers d'origine du professionnel.....342
§2 – Le respect mesuré 345
Conclusion générale 351
bibliographie.....355
Annexe 1 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales 396
Règlement Rome II.....399
Table des matières.....414