

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'interdiction du dénigrement entre entreprises au regard de leur liberté d'expression, note d'observations sous Liège (7e ch.), 17 mars 2021

Denis, Lise-Anne

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2022

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Denis, L-A 2022, 'L'interdiction du dénigrement entre entreprises au regard de leur liberté d'expression, note d'observations sous Liège (7e ch.), 17 mars 2021', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, no. 84, pp. 88-102.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Note d'observations¹

L'interdiction du dénigrement entre entreprises au regard de leur liberté d'expression

INTRODUCTION

L'arrêt² de la cour d'appel de Liège du 17 mars 2021³ traite du dénigrement entre entreprises en tant que pratique du marché déloyale. L'affaire oppose le groupe de presse *Sudpresse* au site *web* parodique *Nordpresse*, exploité par la société *Vincestonian*. Suite à un article publié en 2019 par les journaux du groupe *Sudpresse* et diffusé également en ligne, la société *Vincestonian* a entamé une campagne sur le site *web* et la page *Facebook* de *Nordpresse* afin d'éloigner les annonceurs de *Sudpresse*, invoquant que, ce faisant, ils soutenaient des articles aux détails sordides et allant à l'encontre de la morale. L'article en cause titrait «Viol collectif filmé d'une gamine de 13 ans». Il lui était notamment reproché d'inciter les lecteurs au clic. Ces sollicitations des annonceurs ont par ailleurs été fructueuses puisque certains d'entre eux se sont laissés convaincre par la campagne de *Nordpresse*.

Bien que la société *Vincestonian* invoque que cette campagne avait à cœur le respect de la déontologie journalistique et l'amélioration de la presse, en date du 10 janvier 2020, il a été décidé par le juge du tribunal de l'entreprise de Liège (division Namur) que cette dernière, bien qu'exploitant le site *web Nordpresse* qui n'est pas à proprement parler un site d'information, n'en demeure pas moins une société concu-

rente de *Sudpresse* vis-à-vis des annonceurs publicitaires, ces derniers pouvant être clients des deux entreprises. Le tribunal de l'entreprise de Liège juge donc que la campagne menée par *Vincestonian* constitue un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché. Il a en outre été considéré que le discours dénigrant ne relevait pas de la liberté d'expression de l'entreprise *Vincestonian*, ne s'agissant pas d'un message objectif, exact, pertinent et complet concernant un concurrent. De plus, l'objectif sous-jacent de cette campagne de dénigrement était de contraindre *Sudpresse* à changer radicalement sa ligne éditoriale, portant de ce fait atteinte à la liberté de presse du groupe. Ces considérations ont été confirmées par la cour d'appel de Liège dans l'arrêt commenté.

Nous nous attachons à analyser, dans le présent commentaire, l'intersection entre droit de la concurrence et liberté d'expression des entreprises. Nous présentons dans un premier temps une analyse du dénigrement entre entreprises et y confrontons certaines considérations liées à la liberté d'expression dans un second temps.

I. LE DÉNIGREMENT COMMERCIAL COMME PRATIQUE INTERDITE

Comme énoncé dans l'arrêt, le fait, pour une entreprise, d'en dénigrer une autre peut être constitutif d'une pratique du marché déloyale au sens de l'article VI.104 du Code de droit économique (ci-après, «CDE»). Le dénigrement peut en outre, au regard du Code de droit économique, être invoqué dans deux autres cas. D'une part, le dénigrement est

² Lise-Anne Denis. Chercheuse au CRIDS/NaDI, Université de Namur.

³ Sur cette affaire, voy. Q. VAN ENIS et A. MICHEL «Chronique de jurisprudence 2018-2020. Médias, liberté d'expression et nouvelles technologies», *R.D.T.I.*, 2021/1-2, p. 147.

expressément mentionné comme l'une des causes d'illicéité de la publicité comparative⁴. D'autre part, la communication d'éléments dénigrants à l'égard d'une autre entreprise est listée comme constituant une pratique du marché trompeuse⁵.

Finalement, certaines dispositions d'autorégulation, tel que l'article 12 du Code ICC⁶, interdisent également le dénigrement entre entreprises. Nous ne nous y attarderons cependant pas dans le cadre de cette note.

A. Définition du dénigrement

On retrouve diverses définitions du dénigrement dans la doctrine, telles que «l'allégation de nature à jeter, dans l'esprit de la clientèle, le discrédit sur le concurrent, son entreprise, ses produits ou ses prestations»⁷ ou encore «l'atteinte hautement préjudiciable à tout commerçant quel qu'il soit, par laquelle un coup est porté à sa réputation par un acte calomnieux, diffamatoire ou même par une simple critique permettant de l'identifier»⁸. La mention d'une simple critique dans cette seconde définition mérite cependant davantage de nuance (*cf infra*).

La notion de dénigrement ne requiert donc pas que les informations communiquées à l'égard d'une autre entreprise soient fausses⁹:

l'important demeure qu'elles portent atteinte à l'entreprise visée, ce qui peut découler «des termes utilisés ou du ton employé»¹⁰. Il n'est en outre pas requis que l'entreprise ciblée par les propos dénigrants le soit directement ni que l'auteur soit de mauvaise foi¹¹.

Il est nécessaire d'établir une distinction, dans les échanges entre entreprises, entre une simple critique et un message dénigrant. En effet, une critique implique que soient tenus des propos objectifs, exacts, pertinents et complets¹². Elle devient cependant dénigrante lorsqu'elle est de nature à porter hautement atteinte aux intérêts de l'entreprise visée et est caractérisée par une intention malveillante. La frontière entre ces deux notions est par ailleurs fondamentale au regard de l'appréciation de la liberté d'expression de l'entreprise, le franchissement de celle-ci vers le dénigrement pouvant attribuer un caractère nécessaire à une ingérence (*cf infra*). Les conditions de chaque cas d'interdiction doivent cependant être remplies pour que le dénigrement puisse être interdit et que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression que cette interdiction entraîne soit autorisée (*cf infra*).

Le dénigrement entre entreprises peut prendre la forme d'un dénigrement de prix¹³, d'un dénigrement de produit¹⁴, d'une critique de procédés commerciaux¹⁵ ou encore de la diffusion d'un jugement de manière incomplète et tendancieuse¹⁶.

⁴ CDE, art. VI.17, § 1, 5°.

⁵ CDE, art. VI.105.

⁶ Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale de la Chambre de commerce internationale de l'Organisation mondiale des entreprises, art. 12: «La communication commerciale ne doit pas dénigrer une quelconque personne ou catégorie de personnes, une entreprise, une organisation, une activité industrielle ou commerciale, une profession ou un produit ou tenter de lui attirer le mépris ou le ridicule public».

⁷ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *Les pratiques loyales*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 136.

⁸ Bruxelles (9^e ch.), 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010/5, p. 229; O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *ibid.*, p. 136.

⁹ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *ibid.*, p. 136; D. GOL, «Actualités en matière de pratiques du marché», in

Chroniques d'actualité en droit commercial, N. THIRION (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 156.

¹⁰ Trib. entr. Liège (prés.), 17 novembre 2020, *R.D.C.*, 2021/4, p. 502.

¹¹ M. ISGOUR, «L'atteinte à l'image de marque des personnes morales», *A&M*, 2007/3, p. 218.

¹² Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 526.

¹³ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *ibid.*, p. 138.

¹⁵ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *ibid.*, p. 141.

¹⁶ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *ibid.*, p. 142.

B. Le dénigrement comme acte contraire aux pratiques honnêtes du marché

L'article VI.104 du Code de droit économique, qui a été appliqué dans l'affaire opposant *Sudpresse* à la société *Vincestonian*, a pour objet d'interdire les pratiques du marché déloyales entre entreprises. Il prévoit qu'«est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises». Cet article représente la concrétisation de l'obligation générale de prudence dans les relations entre entreprises¹⁷ et émane du droit de la concurrence^{18,19}. Il vise dès lors à «garantir une concurrence saine sur le marché»²⁰. L'expression «pratique du marché», adoptée depuis la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après «L.P.M.C.») en 2010²¹, est destinée à la distinguer des pratiques commerciales²² déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs^{23,24}.

Suivant cette disposition, trois conditions sont requises pour interdire la pratique: il doit s'agir (i) d'une pratique du marché, (ii) qui ne doit pas être assimilée à une pratique honnête et (iii) qui porte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises.

Les «pratiques du marché» déterminent le contexte dans lequel le comportement en cause devra être jugé. La notion fait référence au fait que cette appréciation devra tenir compte du ou des marché(s) dans le(s)quel(s) les entreprises impliquées sont actives²⁵.

La deuxième condition implique que la pratique du marché ne peut être assimilée à une pratique honnête. Selon H. Jacquemin, cette honnêteté «renvoie au standard minimum de fair-play ou de loyauté dont les entreprises doivent faire preuve»²⁶.

Quant à la troisième condition, le fait que la pratique entraîne la simple possibilité de porter atteinte aux intérêts d'une autre entreprise l'exempte de devoir apporter la preuve d'un dommage²⁷. Les intérêts professionnels visés par la disposition font référence aux intérêts économiques de l'entreprise visée²⁸.

L'article VI.104/1, introduit dans le Code de droit économique par la loi du 4 avril 2019, poursuit l'encadrement amorcé par l'article VI/104 en listant trois exemples de catégories de pratiques du marché déloyales: les

¹⁷ J. STUYCK, «Le droit de la concurrence en Belgique – Protection de/ou contre la concurrence?», *J.T.*, 2000/23, p. 484.

¹⁸ J. STUYCK, «Pratiques du commerce et concurrence: vers un nouvel équilibre?», *D.C.C.R.*, 2011/2, pp. 4 et 18; O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSSELE, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹ Au vu de la définition du dénigrement énoncée plus haut, il n'est cependant pas indispensable que les entreprises impliquées dans de telles pratiques soient concurrentes, malgré l'origine de la disposition dans le droit de la concurrence.

²⁰ J. STUYCK, «Pratiques du commerce et concurrence...», *op. cit.*, p. 4.

²¹ Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 mai 2010.

²² Ce terme, issu de la directive 2005/29/CE, est cependant désormais peu cohérent étant donné l'abandon progressif de la commercialité en droit belge qui s'est notamment traduit par l'abrogation du Code de commerce en 2018.

²³ J. STUYCK, «Pratiques du commerce et concurrence...», *op. cit.*, p. 3.

²⁴ Bien que l'on puisse considérer qu'il n'existe pas une frontière nette entre ces deux types de pratiques.

À ce sujet, voy. E. TERRYIN et D. VOINOT, *Droit européen des pratiques commerciales*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 164-165.

²⁵ Certaines pratiques du marché, telles que le dénigrement, ne requérant pas de concurrence entre les entreprises impliquées, plusieurs marchés pourraient être en cause.

²⁶ H. JACQUEMIN, «Les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs ou des entreprises», *Les pratiques du marché*, L. DE BROUWER (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 101.

²⁷ H. JACQUEMIN, *ibid.*, p. 102.

²⁸ D. GOL, *op. cit.*, p. 148.

pratiques trompeuses, agressives ou favorisant un acte considéré comme un manquement au livre VI du Code de droit économique ou à certains articles spécifiques²⁹. Avant l'introduction de cet article et la modification des suivants (désormais liés à ces trois catégories), l'interdiction des pratiques du marché déloyales était davantage gouvernée par la norme générale contenue à l'article VI.104 étant donné que peu de pratiques concrètes étaient visées par les articles ultérieurs. L'ajout de cet article introductif établit en outre un parallélisme avec l'article VI.93 du même code prévoyant plusieurs catégories de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs. Les trois catégories désormais spécifiées à l'article VI.104/1 font référence à des comportements bien déterminés, d'autres pratiques n'appartenant pas à l'une d'entre elles peuvent cependant toujours être couvertes par la notion générale de pratique du marché déloyale figurant à l'article VI.104. La Cour de cassation a en outre estimé que la violation de tout texte normatif impératif par une entreprise peut être considérée comme un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché³⁰. Il a également été établi ultérieurement que la notion de pratique honnête du marché couvrirait tant des normes formulées que non formulées³¹.

Ont ainsi été reconnues comme des pratiques du marché déloyales le débauchage de

personnel³², le détournement de clientèle³³, le parasitisme³⁴, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'une entreprise³⁵ ou encore le dénigrement³⁶.

En ce qui concerne l'application de l'article VI.104 au dénigrement, il est utile de préciser qu'il n'est pas requis que les entreprises impliquées soient concurrentes³⁷ ni que l'entreprise dénigrante poursuive une intention concurrentielle³⁸ pour que le dénigrement soit une pratique interdite. Cependant, comme précisé par Olivia Battard, Johanne Ligot et Frédéric Vanbossele, « (...) l'examen de la jurisprudence permet de constater que tout est question de nuance et il faut relever que l'illégalité ou non de la critique dépend souvent à la fois de l'intention de son auteur ainsi que de son degré de neutralité et d'objectivité »³⁹. Il en résulte que l'on conclura probablement plus souvent à l'illégalité et au caractère dénigrant d'une critique émise par une entreprise à l'égard d'un concurrent plutôt qu'à l'égard d'une autre entreprise qui n'est pas active sur le même marché. Le fait que la société *Vincestonian* soit concurrente de *Sudpresse* vis-à-vis des annonceurs publicitaires a manifestement joué un rôle important dans l'affaire qui fait l'objet de cette note⁴⁰.

Ainsi, le dénigrement d'une entreprise par une autre est interdit en vertu de cette disposi-

²⁹ CDE, art. VI.104/1.

³⁰ J. STUYCK, « Le droit de la concurrence en Belgique. Protection de/ou contre la concurrence? », *J.T.*, 2000/23, p. 484; Cass., 2 mai 1995, *R.D.C.*, 1995, 631, note I.V. Bien que cette analyse ait été émise vis-à-vis de la L.P.C.C., celle-ci est transposable à la L.P.M.C. et dès lors à la disposition du Code de droit économique qui en est issue (cf. D. GOL, *op. cit.*, p. 148).

³¹ H. JACQUEMIN, *ibid.*, p. 100. Bien que cette analyse ait été émise sous l'égide de la L.P.M.C., elle peut être transposée au Code de droit économique étant donné que l'article VI.104 a été repris mot pour mot de cette loi.

³² D. GOL, *op. cit.*, p. 154.

³³ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 160.

³⁴ H. JACQUEMIN, *ibid.*, p. 102.

³⁵ D. GOL, *op. cit.*, p. 149.

³⁶ D. GOL, *op. cit.*, p. 156.

³⁷ Bruxelles (9^e ch.), 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010/5, p. 229: « Il n'y a pas d'exigence de concurrence entre les vendeurs pour l'application de l'article 93 de la L.P.C.C. La prohibition du dénigrement est plus qu'une règle de loyauté concurrentielle. Elle est une norme générale de comportement économique ».

³⁸ Comm. Audenarde (prés.), 10 mars 2011, *A&M*, 2012, p. 383.

³⁹ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁰ Liège (7^e ch.), 17 mars 2021, pp. 11-12.

tion. En effet, «le dénigrement est par nature une pratique concurrentielle déloyale. Il s'agit d'une norme générale et absolue, en ce sens que le dénigrement ne peut jamais être justifié ou excusé»⁴¹.

L'interdiction du dénigrement par l'article VI.104 permet aux entreprises ciblées par des propos dénigrants d'introduire une action en cessation⁴², y compris si la pratique du marché déloyale n'a pas encore débuté mais est imminente⁴³. Il semble que seules les entreprises visées par le dénigrement puissent être considérées comme «intéressées» et être dès lors titulaire de l'action en cessation⁴⁴, au contraire des associations de consommateurs; ces dernières étant explicitement exclues de la liste des titulaires en ce qui concerne les actions en cessation basées sur l'article VI.104⁴⁵.

Le dénigrement peut être à l'origine d'un détournement de clientèle constituant également une pratique du marché déloyale⁴⁶. Ce dernier cas de figure requiert quant à lui que les entreprises en cause soient effectivement concurrentes et s'adressent à la même clientèle. Le dénigrement peut en outre être accompagné d'une incitation à la rupture d'un contrat⁴⁷.

C. Le dénigrement comme pratique trompeuse

Les pratiques trompeuses représentent une catégorie particulière de pratiques du marché déloyales envers toute personne autre qu'un consommateur et sont couvertes par cinq dispositions du livre VI du Code de droit économique⁴⁸. L'article VI.105 liste un ensemble de

pratiques déterminées considérées comme constitutives de pratiques trompeuses, tandis que les articles VI.105/1 à VI.109 visent des cas plus spécifiques, telles que les omissions trompeuses ou encore les systèmes de promotion pyramidale.

En ce qui concerne le dénigrement, l'article VI.105⁴⁹ précise expressément que, constitue une pratique trompeuse, le fait pour une entreprise de communiquer des éléments dénigrants à l'égard d'une autre entreprise, de ses biens, de ses services ou de son activité⁵⁰.

Étant donné que la notion de dénigrement n'implique pas que les informations communiquées soient fausses (*cf supra*), il est curieux que ce cas de figure soit couvert par un article dédié aux pratiques trompeuses. Cependant, le paragraphe premier de la disposition spécifique, d'une part, qu'une pratique du marché issue de la liste est réputée être trompeuse si «elle contient des informations fausses et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur une entreprise», mais ajoute, d'autre part, que les pratiques listées sont interdites «même si les informations présentées sont factuellement correctes, et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision relative à une transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement». L'inclu-

⁴¹ Trib. entr. Liège (prés.), 17 novembre 2020, *R.D.C.*, 2021/4, p. 502.

⁴² CDE, art. XVII.1^{er}.

⁴³ CDE, art. XVII.9.

⁴⁴ CDE, art. XVII.7, § 1, 1^o.

⁴⁵ CDE, art. XVII.7, § 1, 4^o.

⁴⁶ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, pp. 161 et 166.

⁴⁷ H. JACQUEMIN, *ibid.*, p. 109.

⁴⁸ CDE, art. VI.105 à VI.109.

⁴⁹ L'article VI.105 contenant la définition des pratiques trompeuses a été modifié par la loi du 4 avril 2019 et remplace la disposition introduite dans le CDE par la loi du 21 décembre 2013 interdisant certains types de publicité, tels que les publicités comportant des éléments dénigrants. Cette même disposition était identique à l'article 96, 2^o, de la L.P.M.C. (à ce sujet, voy. O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 135). L'introduction de la communication d'éléments dénigrants dans la liste des pratiques trompeuses semble dès lors étendre quelque peu la portée de l'interdiction qui ne visait auparavant que la publicité.

⁵⁰ CDE, art. VI.105, § 1, 10^o.

sion du dénigrement dans cette disposition s'explique donc par une interprétation large de la notion de « pratiques trompeuses ».

Malgré l'introduction de cette catégorie de pratiques trompeuses, l'article VI.104 conserve tout son intérêt vis-à-vis du dénigrement entre entreprises. À cet égard, il est nécessaire de distinguer les cas où le dénigrement d'une entreprise par une autre a pour effet de dissuader les autres entreprises de traiter avec l'entreprise dénigrée des cas où ce sont les consommateurs qui seront dissuadés de s'adresser à cette même entreprise.

Vis-à-vis du premier type de cas, l'article VI.105 semble pouvoir couvrir un grand nombre de pratiques impliquant le dénigrement d'une entreprise par une autre lorsque celles-ci ont pour conséquence qu'une entreprise est dissuadée de commercer avec l'entreprise dénigrée. Dans de tels cas, l'article VI.104 n'aura donc que peu d'intérêt. La seule limite à cette considération provient de la condition d'application de la disposition sur les pratiques trompeuses, celle-ci exigeant que les éléments dénigrants soient au moins susceptibles d'amener une entreprise à prendre une décision relative à une transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement. Tous les cas de dénigrement couverts par l'article VI.105 seront ainsi également prohibés par l'article VI.104 puisqu'ils constituent une pratique du marché déloyale⁵¹, l'inverse n'étant cependant pas vrai. Certains cas de dénigrement pourraient ainsi échapper à l'application de l'article VI.105 s'ils ne sont pas de nature à convaincre quelque entreprise que ce soit de modifier son comportement vis-à-vis de l'entreprise ciblée. Cependant, il n'est pas certain que ces mêmes cas puissent alors être couverts par l'article VI.104 : on peut douter du fait que la communication d'éléments dénigrants dénuée d'un tel impact

puisse alors remplir la condition d'atteinte aux intérêts professionnels de l'entreprise visée. En effet, si le dénigrement n'entraîne ou n'est pas susceptible d'entraîner la modification du comportement d'autres entreprises vis-à-vis d'elle, ce même dénigrement sera probablement moins susceptible de porter atteinte à ses intérêts professionnels.

En revanche, il en va différemment pour les pratiques dénigrantes impactant seulement le comportement des consommateurs vis-à-vis de l'entreprise dénigrée. En effet, de tels cas ne sont pas visés par l'article VI.105 mais demeurent inclus dans la notion de pratique du marché déloyale visée à l'article VI.104 puisqu'ils suscitent une atteinte aux intérêts professionnels de cette entreprise.

En ce qui concerne l'exigence ou non que l'entreprise visée par les propos dénigrants et l'entreprise qui en est à l'origine soient concurrentes, il semble que le champ d'application et la définition du dénigrement soient identiques pour les cas où il représenterait une pratique trompeuse ou une pratique du marché déloyale. En effet, il ressort, d'une part, de l'analyse de la disposition que l'article VI.105 remplace (disposition issue de la L.P.M.C. qui interdisait la publicité comportant des éléments dénigrants)⁵² que la définition et le champ d'application du dénigrement restent identiques pour les pratiques du marché déloyales et la publicité dénigrante. D'autre part, les pratiques trompeuses demeurant une catégorie de pratique du marché déloyale, nous ne voyons pas de raison qui justifierait qu'une différence soit faite au sein de la notion de dénigrement lorsque celle-ci s'applique à l'un ou l'autre type de pratique. La concurrence n'est dès lors selon nous pas requise.

L'interdiction du dénigrement par l'article VI.105 permet également aux entreprises ciblées par

⁵¹ CDE, art. VI.104/1, § 1, 1°.

⁵² À ce sujet, voy. note 49.

JURISPRUDENCE

des propos dénigrants d'introduire une action en cessation⁵³, y compris si la pratique trompeuse n'a pas encore débuté mais est imminente⁵⁴. Les titulaires de l'action en cessation semblent pouvoir être dans ce cas tant les entreprises que les consommateurs ou associations de consommateurs, tous pouvant être considérés comme intéressés⁵⁵. En effet, au contraire de l'action en cessation basée sur l'article VI.104, les associations de consommateurs ne sont pas exclues de la liste des titulaires pour ce qui est des actions basées sur l'article VI.105. Cela peut signifier que les consommateurs et les associations de consommateurs peuvent également avoir un intérêt à requérir la cessation de pratiques trompeuses.

Il semble que cette disposition eût pu s'appliquer dans l'affaire opposant *Sudpresse* à la société *Vincestonian* étant donné que la communication d'éléments dénigrants par cette dernière a effectivement poussé certains annonceurs à prendre la décision de cesser leur collaboration avec *Sudpresse*.

D. Le dénigrement dans la publicité comparative

La publicité comparative est certainement le cas de figure pour lequel le dénigrement est le plus souvent évoqué dans la doctrine et la jurisprudence. La publicité comparative est également encadrée par le livre VI du Code de droit économique⁵⁶ et est définie comme

« toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent »⁵⁷. Quant à la notion de publicité, elle recouvre « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre »⁵⁸. Le fait que la publicité puisse n'avoir qu'un but indirect de promotion des produits⁵⁹ de l'entreprise de laquelle elle émane a pour conséquence qu'un grand nombre de communications émanant d'entreprises seront couvertes par cette définition. En effet, la stratégie de communication d'une entreprise aura le plus souvent pour objectif, même indirect, de promouvoir la vente de biens ou de services qu'elle offre. Sont notamment considérées comme promouvant indirectement la vente des produits d'une entreprise les communications destinées à promouvoir l'image de l'entreprise qui les vend⁶⁰. Il n'est en outre pas nécessaire qu'une publicité s'adresse à des clients potentiels pour être considérée comme telle, ce qui fait qu'un simple courrier peut constituer une publicité⁶¹. Il suffit alors que ces communications contiennent la mention d'un concurrent ou de ses produits pour qu'elles tombent dans le régime de la publicité comparative.

L'article VI.17 du Code de droit économique prévoit donc que la publicité comparative ne sera licite que si un ensemble de huit conditions est respecté. Il s'agit en effet d'une source

⁵³ CDE, art. XVII.1^{er}.

⁵⁴ CDE, art. XVII.9.

⁵⁵ CDE, art. XVII.7, § 1, 1^o.

⁵⁶ Mise à part la référence à l'article VI.105 ajoutée par la loi du 4 avril 2019, cette disposition du CDE a été reprise mot pour mot de l'article 19 de la L.P.M.C., lui-même repris de l'article 23bis de la L.P.C.C., transposant la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 (Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2009-2010, n° 2340/1, p. 45).

⁵⁷ CDE, art. I.8, § 1, 14^o.

⁵⁸ CDE, art. I.8, § 1, 13^o.

⁵⁹ La notion de produits recouvre tant les biens que les services, bien que la vente soit mentionnée (CDE, art. I.1, § 1, 4^o).

⁶⁰ Comm. Audenarde (prés.), 10 mars 2011, *A&M*, 2012, p. 383.

⁶¹ Trib. entr. Liège (prés.), 17 novembre 2020, *R.D.C.*, 2021/4, p. 499.

d'abus potentiels importante⁶² qui entraîne un risque de concurrence déloyale⁶³.

L'une de ces conditions est qu'elle ne soit pas trompeuse au sens de l'article VI.105⁶⁴, ce qui recouvre donc le cas de la communication d'éléments dénigrants étudié dans la section précédente. Cela signifie que si cette communication peut être assimilée à une publicité comparative, elle sera interdite sur la base tant de l'article VI.105 que de l'article VI.17.

Ensuite, il est requis qu'une publicité comparative « n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situations d'un concurrent »⁶⁵. La notion de dénigrement invoquée ici ne semble pas varier par rapport à celle analysée plus haut. Nous pouvons dès lors réitérer la définition vue précédemment et les précisions quant à la véracité des informations dénigrantes communiquées.

Une publicité comparative qui ne remplit pas les conditions listées à l'article VI.17 pourra en outre être constitutive d'une pratique du marché déloyale au sens de l'article VI.104 étant donné qu'une publicité comparative illécite représente un manquement au livre VI du CDE⁶⁶.

En revanche, le dénigrement dans la publicité comparative se distingue en un point des deux cas de figure précédemment mentionnés. En effet, pour que l'interdiction d'une publicité comparative soit établie pour non-respect de l'une des conditions, il est requis que les entreprises impliquées soient concurrentes. Ainsi, elles devront être actives sur le même marché

pour que le dénigrement soit interdit sur cette base et leurs produits devront être substituables du point de vue du consommateur⁶⁷, ce qui n'est pas requis dans le cadre du dénigrement comme pratique du marché déloyale ou comme pratique du marché trompeuse.

L'interdiction du dénigrement par l'article VI.17 permet aux entreprises ciblées par les propos dénigrants d'introduire une action en cessation⁶⁸, cette action devra cependant être dirigée contre l'annonceur de la publicité incriminée⁶⁹. Il semble que les consommateurs et associations de consommateurs puissent également être intéressés à introduire une telle action.

À nouveau, cette disposition aurait selon nous pu s'appliquer dans l'affaire qui fait l'objet de ce commentaire, les communications émises par la société *Vincestonian* pouvant être qualifiées de publicité puisqu'elles ont pour but, même indirect, de promouvoir l'image de l'entreprise auprès des annonceurs. La mention expresse de *Sudpresse* en des termes peu flatteurs en fait donc une publicité comparative dénigrante. Le fait que les deux entreprises soient concurrentes confirme cette analyse.

E. Interactions entre ces trois cas d'interdiction du dénigrement

De l'analyse de ces trois possibilités d'interdiction du dénigrement, il s'ensuit qu'une échelle d'interdiction est en réalité applicable aux propos dénigrants d'une entreprise envers une autre. Trois cas de figure peuvent ainsi être distingués.

Lorsque les deux entreprises sont concurrentes et que la communication dénigrante peut être qualifiée de publicité comparative, ce dénigrement sera interdit sur la base des articles VI.17,

⁶² O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 257.

⁶³ L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. 3, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 651.

⁶⁴ CDE, art. VI.17, § 1, 1^o.

⁶⁵ CDE, art. VI.17, § 1, 5^o.

⁶⁶ CDE, art. 104/1, § 1, 1^o.

⁶⁷ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁸ CDE, art. XVII.1^{er}.

⁶⁹ CDE, art. XVII.10.

JURISPRUDENCE

§ 1, 1°, et VI.104. Si les propos dénigrants amènent ou sont susceptibles d'amener une autre entreprise à prendre une décision relative à une transaction avec l'entreprise dénigrée qu'elle n'aurait pas prise autrement, ils seront également interdits sur la base des articles VI.105, § 1, 8° et VI.17, § 1, 5°.

Lorsque les entreprises sont ou non concurrentes et que, bien que ne constituant pas une publicité comparative, les propos dénigrants amènent ou sont susceptibles d'amener une autre entreprise à prendre une décision relative à une transaction avec l'entreprise dénigrée qu'elle n'aurait pas prise autrement, le dénigrement sera interdit sur la base des articles VI.105, § 1, 8°, et VI.104.

Lorsque les entreprises sont ou non concurrentes, que la communication dénigrante ne peut pas être qualifiée de publicité comparative et qu'elle n'est pas susceptible d'amener une autre entreprise à prendre une décision relative à une transaction avec l'entreprise dénigrée qu'elle n'aurait pas prise autrement, mais que ces mêmes propos portent ou peuvent tout de même porter atteinte aux intérêts professionnels de l'entreprise dénigrée, ils seront interdits sur la base de l'article VI.104 uniquement.

Il apparaît que les nuances entre ces trois cas de figure sont relativement minces et que les cas concernés par l'article VI.104 seul semblent être limités au dénigrement ayant un impact sur l'attitude des consommateurs vis-à-vis de l'entreprise dénigrée mais ne dissuadant pas d'autres entreprises de traiter avec celle-ci. En effet, dès que le dénigrement entraîne cet effet dissuasif vis-à-vis des autres entreprises, il sera le plus souvent interdit par l'article VI.105 également. Par exemple, la décision du tribunal de l'entreprise de Liège du 17 novembre 2020⁷⁰ conclut que les propos dénigrants reprochés en l'espèce (un courrier adressé par un médecin à un autre critiquant le manque d'éthique et de support scientifique du test médical promu par un troisième et concurrent du propre test de l'auteur) sont couverts par ces trois cas d'interdiction. Ce chevauchement a en tous les cas pour effet d'assurer que les cas de dénigrement d'une entreprise seront le plus souvent interdits par le Code de droit économique⁷¹.

Conditions remplies par le dénigrement entre ets.	Entre entreprises concurrentes	Qualifié de publicité comparative	Qualifié de pratique trompeuse	Qualifié de pratique du marché déloyale
Interdit sur la base de Article VI.104				×
Articles VI.104 et VI.17, § 1, 1°	×	×		×
Articles VI.105, § 1, 8°, et VI.104			×	×
Articles VI.104, VI.17, § 1, 1°, VI.105, § 1, 8° et VI.17, § 1, 5°.	×	×	×	×

⁷⁰ Trib. entr. Liège (prés.), 17 novembre 2020, *R.D.C.*, 2021/4.

⁷¹ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 135.

II. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LA VIE DES AFFAIRES

A. Considérations générales

Le fait pour une entreprise d'invoquer sa liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 19 de la Constitution belge, est une parade évidente face à une accusation de dénigrement. En effet, la critique d'un concurrent peut être considérée comme relevant de l'exercice de cette liberté⁷² étant donné que la liberté d'expression recouvre autant « les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »⁷³. La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « la Cour ») a en outre précisé que les informations à caractère commercial bénéficiaient de la protection de l'article 10⁷⁴.

Une entreprise a dès lors le droit d'en critiquer une autre, même dans un contexte concurrentiel⁷⁵. Il en va cependant différemment lorsque la frontière entre critique et dénigrement est franchie. En ce qui concerne les rapports entre le dénigrement dans un contexte économique et la liberté d'expression, la cour d'appel de Bruxelles a en effet considéré que « le droit à la liberté d'expression est sans incidence sur le fait que l'information dans les échanges commerciaux doit être objective, exacte, relevante [pertinente] et complète. Si une entreprise a le droit de formuler des critiques à

propos des pratiques et des affirmations d'une autre entreprise, elle doit le faire d'une manière qui ne porte pas, sans nécessité, préjudice à la réputation de cette entreprise »⁷⁶. Il semble que la limitation de la liberté d'expression provoquée par l'interdiction du dénigrement entre entreprises requiert donc seulement que les propos dénigrants soient tenus « dans les échanges commerciaux », mais n'impliquent pas nécessairement que les entreprises soient concurrentes pour que ces propos justifient une ingérence dans le droit à la liberté d'expression de l'entreprise responsable.

Même si cela paraît justifié, limiter la parole d'une entreprise de cette manière en lui interdisant d'en dénigrer une autre demeure néanmoins une ingérence dans sa liberté d'expression. Partant, il convient de l'analyser au regard de l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « Convention » ou « CEDH »). La Constitution consacre également un tel droit en son article 19⁷⁷; nous nous concentrerons cependant davantage sur son équivalent conventionnel en ce que les garanties nationales ne l'emportent sur la Convention que dans le cas où elles confèrent une protection plus étendue en vertu de la « clause de sauvegarde » de l'article 53 de la Convention⁷⁸. Il semble que ce ne soit pas le cas pour la liberté d'expression des entreprises

⁷² Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *markt intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 35.

⁷³ Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49.

⁷⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France*, 5 mars 2009, § 34.

⁷⁵ Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 526.

⁷⁶ Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 526.

⁷⁷ Const., art. 19: « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

⁷⁸ L'article 53 de la CEDH prévoit qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie »; à ce sujet, voy. K. LEMMENS, « La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation

(sous réserve d'une précision liée à l'exigence de légalité, *cf. infra*)⁷⁹.

B. Application des conditions de l'article 10.2 de la CEDH au dénigrement entre entreprises

L'article 10 de la Convention européenne⁸⁰ prévoit ainsi que « toute personne a droit à la liberté d'expression ». Cette affirmation est ensuite nuancée au paragraphe suivant qui énonce que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

Trois conditions cumulatives s'en dégagent et devront être respectées pour toute ingérence dans le droit à la liberté d'expression : un juge devra donc veiller à ce que la légalité, la légitimité et la nécessité de la mesure qu'il ordonne ou qui lui est soumise soient rencontrées en l'espèce. Nous allons dès lors appliquer ces trois exigences aux mesures dérivant de l'interdiction du dénigrement entre

entreprises prévue aux articles VI.104, VI.105 et VI.17 du Code de droit économique. Ces trois articles peuvent en effet constituer la base légale d'actions en cessation pouvant mener à la condamnation d'une entreprise ou à différentes mesures constituant des ingérences dans la liberté d'expression. En pratique, les mesures visant la cessation de propos dénigrants pourront prendre la forme de la cessation pure et simple des propos litigieux, de leur suppression de sites internet sur lesquels ils auraient été diffusés ou de la publication de la décision déclarant les propos comme dénigrants et imposant leur cessation.

(i) Légalité de l'ingérence

En ce qui concerne l'exigence de légalité de l'ingérence, celle-ci se réfère au fait que toute ingérence doit être prévue par une « norme énoncée avec assez de précision pour permettre à chacun – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁸¹. La Cour admet cependant que ces normes ne présentent pas une précision absolue étant donné leur besoin d'adaptabilité aux évolutions de la société⁸². Il est cependant exigé que la norme soit accessible et prévisible⁸³.

En ce qui concerne la liberté d'expression telle que consacrée par l'article 19 de la Constitution, toute ingérence à celle-ci requiert une base légale au sens formel du terme, soit une loi, un décret ou une ordonnance⁸⁴. Cette exigence doit être respectée étant donné

de réparation d'une faute civile non plus?», *R.C.J.B.*, 2012/3, p. 441.

⁷⁹ Un exemple de cas où l'étendue de la protection fournie par la Constitution diverge de celle conférée par la Convention est notamment l'interdiction des mesures préventives dans le domaine de la liberté d'expression. À ce sujet, voy. K. LEMMENS, *ibid.*, p. 442.

⁸⁰ Cet article est d'application directe et est appliqué par la Cour constitutionnelle elle-même de manière autonome. À ce sujet, voy. N. BONBLED, « La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux », *R.B.D.C.*, 2005/3-4, p. 421.

⁸¹ Voy. entre autres Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, § 29.

⁸² Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, § 29; K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 439.

⁸³ Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 49.

⁸⁴ K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 438.

qu'elle confère davantage de protection de la liberté d'expression (*cf supra*).

Dans le cas de l'interdiction du dénigrement, cette condition semble à première vue remplie étant donné que trois articles du Code de droit économique définissent trois cas de figure dans lesquels cette interdiction doit être décidée. Une nuance doit cependant être apportée vis-à-vis de l'interdiction du dénigrement qui a été déduite par la jurisprudence de l'article VI.104. En effet, celle-ci n'est pas réellement prévue par le texte de l'article. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme admet de manière assez large la légalité d'une ingérence prévue par une norme ouverte ou vague. En effet, elle a notamment considéré que «l'expérience montre l'impossibilité d'arriver à une précision absolue et beaucoup de lois, du fait de la nécessité d'éviter une rigidité excessive comme de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins vagues»⁸⁵. À notre sens, l'interdiction du dénigrement issue de l'article VI.104 remplit donc l'exigence de légalité prescrite par la Convention malgré le fait qu'il s'agisse d'une norme ouverte assez «vague». Le fait qu'une telle pratique ne soit pas admise entre entreprises semble en effet suffisamment prévisible.

En tous les cas, dès lors que des propos dénigrants émis par une entreprise rencontrent les conditions des interdictions prévues aux articles VI.17 et VI.105 du Code de droit économique, l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression que l'ordre de cessation de ce dénigrement entraîne pour l'entreprise concernée sera légale.

En outre, l'absence de définition du dénigrement semble nécessaire en ce que la notion doit garder une certaine flexibilité afin de

s'adapter aux évolutions de la société. La notion est suffisamment prévisible et remplit à notre sens la condition de légalité.

(ii) But légitime de l'ingérence

Afin que l'ingérence à la liberté d'expression soit admise, celle-ci doit poursuivre l'un des buts légitimes énumérés par l'article 10.2 de la CEDH.

Dans le cas de l'interdiction du dénigrement entre entreprises, les mesures menant à sa cessation sont légitimées par la protection de la réputation ou des droits de l'entreprise dénigrée, comme cela a été confirmé par le premier juge de l'affaire opposant *Sudpresse* à la société *Vincestonian*⁸⁶. La condition de légitimité est donc également remplie.

(iii) Nécessité de l'ingérence

Afin qu'une ingérence au droit à la liberté d'expression soit autorisée, elle doit être «nécessaire dans une société démocratique». À ce sujet, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ores et déjà précisé que les États devaient disposer d'une marge de manœuvre afin de juger de la nécessité d'une ingérence dans un contexte commercial, une telle marge de manœuvre étant particulièrement indispensable dans le domaine de la concurrence déloyale⁸⁷.

Cette exigence de nécessité peut se diviser en trois sous-conditions⁸⁸: l'ingérence doit être

⁸⁶ Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 524.

⁸⁷ Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *markt intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 33; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mouvement raélien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, § 62.

⁸⁸ Cette approche «tryptique» de la proportionnalité est mentionnée par Q. Van Enis comme étant issue de l'analyse de la jurisprudence administrative allemande et représentant le témoin d'une convergence des approches du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. À ce sujet, voy. Q. VAN ENIS, «Filtrage et blocage de contenus sur internet au regard du droit

⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède*, 24 mars 1988, § 61.

pertinente, elle doit répondre à une nécessité sociale impérieuse et elle doit être proportionnée⁸⁹. Nous allons dès lors les appliquer de manière générale aux mesures menant à la cessation d'une pratique dénigrante par une entreprise envers une autre, bien que l'analyse doive être évidemment adaptée à chaque cas d'espèce.

En ce qui concerne la première sous-condition, la mesure réalisant l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression doit être apte à réaliser le but poursuivi⁹⁰. Pour ce qui est du dénigrement, on peut effectivement considérer que des mesures imposant sa cessation puissent permettre de protéger les droits et la réputation des entreprises victimes de propos dénigrants. Une mesure ordonnant la suppression des propos d'un site *web* ou des réseaux sociaux de même que l'obligation de publier la décision concluant au dénigrement⁹¹ peuvent en effet contribuer à protéger la réputation de l'entreprise visée.

Pour ce qui est de la deuxième sous-condition, la mesure de celle-ci doit être la moins invasive vis-à-vis du droit concerné⁹². Les ordres de cessation prononcés à l'encontre d'une pratique dénigrante devront donc toujours être ceux qui impactent le moins la liberté d'expression de l'entreprise à l'origine de cette pratique, pour autant qu'elles permettent effectivement d'atteindre l'objectif de protection de la réputation de l'entreprise dénigrée (*cf supra*). Le juge prononçant la cessation de la pratique dénigrante doit de ce fait veiller à

la précision de l'ordre de cessation prononcé⁹³: dans l'affaire qui nous occupe, cette considération a d'ailleurs mené le tribunal de commerce de Liège à refuser de condamner la société *Vincestonian* «à supprimer toute autre information mensongère accusant [*Sudpresse*] et/ou sa direction et/ou ses journalistes de ne pas respecter la déontologie, la loi, la morale et les humains»⁹⁴, cette demande étant trop générale et imprécise et de ce fait trop restrictive. Cela a été par la suite confirmé par la cour d'appel de Liège. Vis-à-vis des autres mesures, celle-ci a en revanche précisé que «les mesures ordonnées répondent par ailleurs à un besoin social impérieux, dès lors que le comportement litigieux de l'appelante tend à mettre en cause la viabilité économique d'un organe de presse et à inférer ainsi sur la ligne de conduite de sa rédaction, lequel organe bénéficie tout autant que l'appelante, en cette qualité, de la protection étendue dévolue à la presse au regard de l'article 10 CEDH précité».

Enfin, la troisième sous-condition exige que l'ingérence respecte un équilibre entre le but légitime poursuivi et l'atteinte à la liberté d'expression qu'elle engendre⁹⁵. Cette condition implique dès lors qu'une mise en balance doive être effectuée entre le droit à la liberté d'expression de l'entreprise dénigrante et le droit à la protection de sa réputation de l'entreprise dénigrée (c'est-à-dire, son droit au respect de la vie privée)⁹⁶. Dans le cas du dénigrement entre entreprises, les ordres de cessation découlant de l'application du livre VI du Code de droit économique doivent donc être mesurés par rapport à l'objectif de protection de la réputation des entreprises. Cette exigence semble

à la liberté d'expression», in *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, C. DE TERWAGNE et Q. VAN ENIS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 154-155.

⁸⁹ Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 524.

⁹⁰ Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 154.

⁹¹ Cela ayant été décidé en première instance (Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 528) et confirmé en appel.

⁹² Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 154.

⁹³ Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 528.

⁹⁴ Trib. entr. Liège (cess.), 10 janvier 2020, *A&M*, 2018-2019/4, p. 528.

⁹⁵ Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 154.

⁹⁶ Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *markt intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 34.

pouvoir permettre des mesures assez restrictives pour la liberté d'expression de l'entreprise condamnée: en effet, les propos dénigrants tenus par une entreprise à l'égard d'une autre peuvent avoir des conséquences dévastatrices pour la réputation de cette dernière, il semble donc tout à fait justifié d'assurer la cessation de telles pratiques par des mesures atteignant le même degré de gravité vis-à-vis de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression qu'elles occasionnent.

Les ordres de cessation émis à l'encontre d'une entreprise pour ses propos dénigrants à l'égard d'une autre entreprise semblent dès lors le plus souvent rencontrer cette condition de nécessité, pour autant qu'ils atteignent un degré de précision suffisant et demeurent proportionnés au degré de gravité de l'atteinte à la réputation en cause.

CONCLUSION

En ce qui concerne l'intersection entre droit de la concurrence et liberté d'expression des entreprises, il ressort dans un premier temps de cette note d'observation que les mesures visant la cessation du dénigrement d'une entreprise par une autre, interdit sur la base des articles VI.104, VI.105 ou VI.17 du Code de droit économique, rencontrent dans la plupart des cas les conditions de l'ingérence à la liberté d'expression requises par l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour autant que l'ordre de cessation prononcé soit suffisamment précis et apte à protéger la réputation de l'entreprise dénigrée. Partant, dès que la pratique d'une entreprise peut être qualifiée de dénigrement à l'égard d'une autre (et se distingue donc d'une simple critique par le ton adopté ou un manque d'objectivité ou d'exactitude) et entre dans les conditions de l'une des interdictions prévues par le livre VI du CDE, l'ingérence dans sa liberté d'expression provoquée par un ordre

de cessation sera généralement considérée comme légale, légitime et nécessaire. Cette considération est également soutenue par la marge d'appréciation dont disposent les Etats vis-à-vis de l'appréciation de la nécessité d'une mesure restreignant la liberté d'expression en matière commerciale.

Dans un second temps, cette analyse démontre que la liberté d'expression d'une entreprise s'exprimant dans un contexte commercial est plus restreinte que celle d'une personne physique, en raison du fait que des propos tenus dans ce contexte à l'égard d'une autre entreprise, et en particulier à l'égard d'une entreprise concurrente, pourront être considérés comme constituant une pratique du marché déloyale justifiant une ingérence. Le fait que des propos dénigrants émis par une entreprise à l'égard d'autres puissent lui être bénéfiques justifie particulièrement, selon nous, que sa liberté de parole soit davantage limitée.

Au sujet de l'interdiction du dénigrement commercial telle que prévue par le Code de droit économique, nous pouvons regretter qu'elle prenne la forme de trois cas de figure distincts, dont les champs d'application se recouvrent partiellement. En effet, la distinction entre des situations qui seront souvent toutes rencontrées par une pratique dénigrante semble compliquer l'analyse. Le dénigrement en tant que pratique trompeuse ou véhiculé par une publicité comparative sera quasiment toujours également constitutif d'une pratique du marché déloyale au sens de l'article VI.104. Il aurait peut-être été préférable qu'une interdiction générale de dénigrement soit prévue en tant que pratique du marché déloyale sans être incluse dans la notion de pratique trompeuse qui ne semble pas s'y prêter adéquatement. Quant à l'interdiction de la publicité comparative dénigrante, elle semble plus restrictive que les deux interdictions précédentes et ne présente à nouveau pas de réel intérêt supplé-

mentaire. L'inclusion du dénigrement dans ces deux derniers cas semble avoir pour seul avantage qu'une association de consommateurs puisse également être titulaire de l'action en cessation dirigée contre l'entreprise à l'origine du dénigrement.

Vis-à-vis de l'arrêt commenté, les considérations en matière de dénigrement et de liberté d'expression que nous venons d'émettre confirment le bien-fondé de la condamnation de la société *Vincestonian*. En effet, les propos tenus à l'encontre de *Sudpresse* manquent sans aucun doute d'objectivité et présentent un ton malveillant. En l'occurrence, le fait que la société *Vincestonian* ait un intérêt économique direct à entretenir la mauvaise réputation de *Sudpresse* justifie évidemment que de tels propos dénigrants soient condamnés.

En revanche, nous pouvons émettre certaines critiques vis-à-vis de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Liège.

Tout d'abord, cet arrêt semble sous-entendre qu'il est nécessaire que les deux sociétés impliquées soient concurrentes pour que l'interdiction du dénigrement comme pratique du marché déloyale ainsi que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression que les ordres de cessation impliquent soient légales. Or, l'interdiction et l'ingérence requièrent simplement que des propos dénigrants soient tenus dans un contexte commercial et non dans un contexte de concurrence. Le simple fait que la société *Vincestonian* soit une entreprise était donc suffisant pour que cette interdiction s'applique et que sa liberté d'expression puisse être limitée sur cette base. La concurrence n'était donc pas requise pour que soit respectée la condition de légalité. En revanche, la concurrence entre ces deux entreprises nous convainc de la nécessité de l'ingérence dans la

liberté d'expression de *Vincestonian*. L'intérêt économique de *Vincestonian* à entretenir la mauvaise réputation de *Sudpresse* justifie que sa campagne de dénigrement soit condamnée.

Enfin, il semble qu'une légère incohérence quant à l'implication de la liberté d'expression vis-à-vis de l'interdiction du dénigrement se soit glissée dans le raisonnement émis dans les deux décisions. En effet, tant le tribunal de l'entreprise en première instance que la cour d'appel citent un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles invoquant que la liberté d'expression est sans incidence sur le fait que l'information dans les échanges commerciaux doit être objective, exacte, pertinente et complète, mais en déduisent par la suite que la société *Vincestonian* « n'a pas émis un message objectif, exact, relevant [pertinent] et complet concernant un de ses concurrents, message qui relèverait de sa liberté d'expression ». L'utilisation de l'expression « relever de la liberté d'expression » semble défendre que des critiques ne remplissant pas ces quatre critères ne feraient alors pas partie du champ de protection de cette liberté. Or, si c'était effectivement le cas, interdire de tels propos ne constituerait pas une ingérence dans le droit à la liberté d'expression et ne requerrait pas la réunion des conditions prévues à l'article 10.2 de la Convention. Selon nous, des critiques pouvant être qualifiées de dénigrantes n'échappent pas à la protection de la liberté d'expression, celle-ci incluant précisément les idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent ». En revanche, le fait qu'elles soient émises dans un contexte commercial peut justifier que l'appréciation de la nécessité de mesures visant à les interdire soit plus large et conduise plus facilement à ce qu'une telle ingérence soit permise.

Lise-Anne DENIS