

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 27 janvier 2021

Cassation partielle

Mme DARBOIS, conseiller le plus
ancien faisant fonction de président

Arrêt n° 71 F-D

Pourvoi n° F 18-14.774

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 27 JANVIER 2021

La société Optical center, société par actions simplifiée, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° F 18-14.774 contre l'arrêt rendu le 6 mars 2018 par la cour d'appel de Versailles (12e chambre), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Atol, société coopérative à capital variable, dont le siège est [...],

2°/ à la société Europtic Alsace, société à responsabilité limitée unipersonnelle, dont le siège est [...], ayant son établissement principal JMB, [...],

3°/ à la société Optique du lac, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [...],

4°/ à la société Optique moderne, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

5°/ à la société Optique 2G, société à responsabilité limitée unipersonnelle, dont le siège est [...],

défenderesses à la cassation.

La société Atol a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller, les observations de la SCP Boullez, avocat de la société Optical center, de la SCP Bernard Hémery, Carole Thomas-Raquin, Martin Le Guerier, avocat de la société Atol, et l'avis de M. Douvreur, avocat général, après débats en l'audience publique du 1er décembre 2020 où étaient présentes Mme Darbois, conseiller le plus ancien faisant fonction de président, Mme Michel-Amsellem, conseiller rapporteur, Mme Champalaune, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Désistement partiel

1. Il est donné acte à la société Optical center du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre les sociétés Europtic Alsace, Optique moderne et Optique 2G.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 6 mars 2018), la société Optical center exerce directement ou sous forme de franchise une activité de vente au détail d'équipements d'optique dans près de huit cents magasins. La société coopérative à forme anonyme à capital variable Atol, qui rassemble près de cinq cents cinquante opticiens adhérents sur le territoire national, exerce une activité identique. La société Optique du lac exploite sous l'enseigne « Atol, les opticiens », un magasin de vente au détail d'équipements d'optique.

3. La société Optical center, reprochant à la société Atol, à la société Vitasol, sa centrale d'achat, ainsi qu'à quatre sociétés exerçant sous l'enseigne « Atol, les opticiens », des pratiques constitutives de concurrence déloyale, les a assignées en cessation, sous astreinte, des agissements dénoncés et en paiement de dommages-intérêts.

4. La société Atol, alléguant des actes de dénigrement, a formé une demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts.

Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

5. La société Optical center fait grief à l'arrêt d'écarter l'action en responsabilité qu'elle a formée contre la société Atol,

alors :

« 1°/ qu'une infraction pénale peut constituer un acte de concurrence déloyale ; qu'en considérant, pour écarter la responsabilité de la société Atol, que l'établissement de factures insincères par les membres de son réseau était constitutif d'une infraction pénale engageant seulement la responsabilité pénale de son auteur, sous réserve d'une éventuelle complicité de la société Atol, quand la pratique de factures insincères, visant à une prise en charge faussée par l'assurance-maladie ou par les mutuelles du coût des verres et des montures de lunettes, constituait également une faute civile pour rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce ;

2°/ que le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui permet de condamner à réparation une personne autre que celle dont la faute a causé le dommage, dès lors que ces personnes sont unies par un lien d'autorité reconnu par le droit positif ; que les sociétés coopératives de commerçants détaillants tiennent de l'article L. 124-1, 3° bis du code de commerce, le pouvoir "d'organiser entre les associés une coopération financière, notamment à travers la constitution de sociétés, exerçants sous leur contrôle direct ou indirect et ayant pour finalité d'apporter par tous moyens un soutien à l'achat, à la création et au développement du commerce, dans le respect des dispositions propres aux établissements de crédit" ; qu'il s'ensuit qu'elles sont responsables de plein droit, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce, des dommages que leurs adhérents causent à cette occasion aux tiers par des actes de concurrence déloyale ; qu'en affirmant que la société Atol, en sa qualité coopérative, ne peut être tenue responsable a priori des agissements des membres de son réseau et qu'il appartient donc à la société Optical center, au soutien de son action en concurrence déloyale, de rapporter la preuve d'une faute personnellement imputable à la société coopérative Atol, après avoir rappelé, par des motifs adoptés du jugement entrepris, que les adhérents sont propriétaires de leurs verres et montures et qu'ils en assurent la vente en toute indépendance, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la société Atol ne devait pas répondre des actes de concurrence déloyale accomplis par ses adhérents dont elle contrôlait les pratiques commerciales de jure, aux termes de l'article L. 124-1, 3° bis du code de commerce, et de facto, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce, et de la disposition précitée ;

3°/ que la société Optical center a soutenu que "la mainmise d'Atol sur l'élaboration d'un logiciel du point de vente optique et la soumission des adhérents-associés à différentes chartes qualités démontrent bien que la société animatrice du réseau se reconnaît le contrôle de ses pratiques commerciales de ses adhérents" ; qu'en s'abstenant de répondre au moyen par lequel la société Optical center a soutenu que les associées adhérentes n'étaient pas à même de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique et sont incapables de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute ; qu'en retenant, pour dégager la société Atol de toute responsabilité, qu'elle a offert de rapporter la preuve qu'elle avait mis en place des actions de prévention et de sanction afin de prévenir, et au besoin de faire cesser, toute pratique illégale de surfacturation des verres et qu'ainsi, aucune complicité ou complaisance fautive à l'égard de tels actes ne sauraient lui être reprochées, la cour d'appel a violé la disposition précitée ;

5°/ que tous ceux qui contribuent par une faute collective à la réalisation d'un acte de concurrence déloyale, sont tenus in solidum d'en réparer l'entier dommage, quand bien même il n'est pas permis de déterminer le rôle causal de chacun d'entre eux ; qu'il s'ensuit que la société coopérative de commerçants détaillants répond in solidum à l'égard des tiers des actes de concurrence déloyale commis par ses associés-adhérents au préjudice des concurrents dans l'exercice des activités énumérées par l'article L. 124-1 du code de commerce, sans qu'elle puisse s'exonérer de la responsabilité qu'elle encourt par la preuve que son implication positive dans la réalisation du dommage n'est pas établi ; qu'en considérant, par des motifs adoptés du jugement entrepris, que la notion d'entité économique unique était inapplicable en matière de responsabilité civile délictuelle, que la société Atol est une société coopérative constituée de commerçants indépendants, et que la notion d'entité économique unique est inapplicable en matière de responsabilité civile

délictuelle, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par la société Optical center, si l'existence d'un acte de concurrence déloyale ne devait pas être imputée à toutes les sociétés coopératives du réseau, sur le fondement d'une faute collective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce. »

Réponse de la Cour

6. L'arrêt, par motifs adoptés, relève que la société Atol n'exploite elle-même aucun magasin et que, constituée sous la forme d'une société coopérative de commerçants détaillants à capital variable, elle est régie par les articles L. 124-1 à L. 124-16 du code de commerce et par ses statuts, desquels il résulte que les opticiens de l'enseigne Atol disposent d'une autonomie certaine par rapport à la société Atol, en sont juridiquement indépendants et que toute subordination ainsi que tout contrôle, au sens juridique, des commerçants indépendants exerçant sous cette enseigne, est exclue. Il souligne que l'appartenance à un réseau est insuffisante pour justifier la responsabilité de la coopérative et énonce que cette responsabilité ne peut résulter que d'un fait personnel, la notion d'entité économique unique, propre au droit de la concurrence, ne trouvant pas application en matière de responsabilité civile délictuelle de droit commun fondée sur les dispositions des articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241, du code civil, dont relève la concurrence déloyale. L'arrêt retient ensuite que la société Optical center ne justifie pas par quel moyen la société Atol s'immiscerait dans la gestion des sociétés exploitées par les opticiens adhérents qui sont propriétaires de leurs verres et de leurs montures, les commercialisent et en fixent le prix de vente, gèrent leurs stocks et n'ont pas d'obligation d'approvisionnement exclusif auprès de la centrale d'achat. Il relève encore que les documents versés aux débats établissent que la société Atol a mis en place, antérieurement à l'assignation de la société Optical center, des actions de prévention visant à informer ses adhérents de la réglementation applicable et du caractère illégal des pratiques d'arrangement de factures, au moyen du magazine interne du réseau, d'affiches et affichettes anti-fraude destinées à être posées dans les magasins, ainsi que de divers courriers et d'un avenant type aux contrats de travail.

7. En l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que ni la loi ni les statuts de la société Atol n'instituaient une subordination juridique entre la société coopérative et ses adhérents mais seulement une faculté d'organiser une coopération financière, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions, dès lors inopérantes, invoquées par la quatrième branche, a pu retenir que les agissements de certains des membres du réseau Atol, pénalement répréhensibles, ne pouvaient relever que de leur fait personnel et que la société Atol, qui n'était responsable d'aucune négligence ou passivité fautive, n'avait commis aucun acte de concurrence déloyale.

8. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le second moyen de ce pourvoi

Enoncé du moyen

9. La société Optical center fait grief à l'arrêt d'écarter son action en responsabilité contre la société Optique du lac, alors :

« 1°/ que les faits de concurrence déloyale générateurs d'un trouble commercial impliquent l'existence d'un préjudice ; qu'il ressort des constatations auxquelles les juges du fond ont procédé que l'existence d'actes de concurrence déloyale ressort de deux attestations de clients mystères établissant une pratique frauduleuse courante consistant en de fausses facturations ; qu'en décidant que la société Optical center n'établissait pas la perte éventuelle de clientèle que ces agissements avaient pu générer, quand un tel préjudice s'inférait nécessairement des actes de concurrence, générateur d'un trouble commercial, dont l'arrêt constate l'existence, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce ;

2°/ que les juges du fond ne peuvent refuser d'évaluer un préjudice dont l'existence est établie en son principe sans

commettre un déni de justice ; qu'en reprochant à la société Optical center de ne fournir aucune méthode de calcul de son préjudice, quand il appartenait à la juridiction du second degré d'évaluer le montant du préjudice dont l'existence s'inférait des actes de concurrence déloyale commis par l'EURL Optique du lac au préjudice de la société Optical center, la cour d'appel a violé l'article 4 du code civil, ensemble l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce.

3°/ que l'auteur d'un acte de concurrence déloyale doit réparer le préjudice causé à la victime, peu important que des tiers subissent également un préjudice à raison de ce fait ; qu'en relevant que d'autres opticiens de réseau ou indépendants ont pu se trouver dans le périmètre de chalandise et souffrir également des actes de concurrence déloyale que la société Optical center impute à la société Optique du lac, la cour d'appel a déduit un motif inopérant, en violation de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce. »

Réponse de la Cour

10. L'arrêt retient que, si les agissements de la société Optique du lac, membre du réseau Atol, intervenus à plus de deux ans d'intervalle dans le même point de vente, laissent envisager qu'ils ne sont pas isolés mais constituent une pratique frauduleuse courante, la société Optical center ne fournit aucune méthode de calcul de son préjudice, ne vise pas les sociétés de son groupe implantées en proximité de la boutique exploitée par la société Optique du lac, ni leurs comptes, et n'établit pas que la perte éventuelle de clientèle que ces agissements ont pu générer lui ait directement préjudicié.

11. Ayant ainsi procédé à l'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, abstraction faite des motifs inopérants mais surabondants critiqués par la troisième branche, a pu déduire que la société Optical center ne démontrait pas avoir subi personnellement une perte de clientèle, seul préjudice au titre duquel elle demandait des dommages-intérêts, ni le lien de causalité entre les agissements de la société Optique du lac et le préjudice allégué, dont elle n'était, dès lors, pas tenue d'évaluer le montant.

12. Le moyen, pour partie inopérant, n'est donc pas fondé pour le surplus.

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident

Enoncé du moyen

13. La société Atol fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts, alors « que la divulgation à la clientèle d'une action en justice n'ayant pas donné lieu à une décision de justice, dépourvue de base factuelle suffisante en ce qu'elle ne repose que sur le seul acte de poursuite, constitue un acte de dénigrement ; qu'en retenant, en l'espèce, que l'annonce par la société Optical center, dans un article du magazine l'Opticien daté du 30 mai 2008, d'une "offensive judiciaire pour la rentrée", avec l'indication que "plusieurs dizaines de procès-verbaux établis par huissiers chez des opticiens partout en France. Douze grosses enseignes ont été visitées ainsi que de nombreux indépendants. Les résultats sont consternants : 95 % des visites ont démontré des fraudes avérées" ne constituait pas un dénigrement fautif, dès lors que la société Atol n'était pas expressément nommée ni spécifiquement visée, sans rechercher, comme l'y invitait la société Atol, si en faisant référence à "douze grosses enseignes", c'est-à-dire à l'intégralité ou presque des enseignes présentes sur le marché français de l'optique, Optical center n'a pas implicitement mais nécessairement visé l'enseigne Atol, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard l'article 1382, devenu 1240, du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1382, devenu 1240, du code civil :

14. Selon ce texte, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

15. Pour rejeter la demande de dommages-intérêts formée par la société Atol sur le fondement du dénigrement, l'arrêt retient qu'il est écrit dans l'article du magazine l'Opticien, du 30 mai 2008, qu'elle invoque que la société Optical center annonce une offensive judiciaire contre douze enseignes et de nombreux indépendants, sans que les déclarations de son président, qu'il reproduit, désignent expressément la société Atol, laquelle n'est donc pas visée directement et spécifiquement.

16. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la référence à « douze grosses enseignes » visée par l'action en justice dont la société Optical center annonçait l'introduction n'emportait pas désignation nécessaire de la société Atol, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande reconventionnelle formée par la société Atol au titre de la concurrence déloyale, l'arrêt rendu le 6 mars 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet, sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

Condamne la société Optical center aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Optical center et la condamne à payer à la société Atol la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept janvier deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Boullez, avocat aux Conseils, pour la société Optical center.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le premier moyen de cassation fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué D'AVOIR écarté l'action en responsabilité que la société OPTICAL CENTER a formée contre la société ATOL pour concurrence déloyale ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE les agissements de concurrence déloyale que la société Optical Center dénonce à l'encontre de la société Atol SA se fondent exclusivement sur des attestations de clients dits mystère, soit directement dépêchés par elle, soit par l'intermédiaire de la société Qualivox auprès de plusieurs enseignes du réseau coopératif Atol ; qu'indépendamment des griefs formulés à l'encontre des attestations établies en 2007, émanant de personnes qui auraient pu avoir des liens avec la directrice juridique de la société Optical Center, celles rédigées par les clients mystère recrutés par la société Qualivox, dont il n'est pas argué qu'elle exerce un commerce illicite et qui a pris soin d'avertir ses salariés de ne pas provoquer aux agissements répréhensibles, ne sauraient être écartées au regard d'une prétendue déloyauté de la preuve, ces clients ayant effectué de réels achats, en présentant des ordonnances médicales dont la fausseté n'est pas alléguée, achats qui ont mis au jour des pratiques de factures insincères visant à une prise en charge faussée par l'assurance maladie ou les mutuelles du coût des verres et montures de lunettes, ce qui constitue autant de

faits pénalement répréhensibles, qui ne peuvent ressortir que du fait personnel des personnes qui s'y sont livrés et en aucun cas d'un tiers, tel la société Atol SA, dont les éléments mis aux débats démontrent qu'elle n'a eu aucune passivité fautive face à des agissements largement dénoncés par les médias, qui pourrait permettre à la cour de retenir une prétendue complicité de sa part ; que dès lors, le jugement entrepris se verra confirmé en ce qu'il a écarté toute responsabilité de la société Atol SA dans les faits de concurrence déloyale dénoncés par la société Optical Center, laquelle a justement été déboutée de toutes ses demandes de ce chef à rencontre de cette société ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'enseigne Atol « association des techniciens en optique et lunetterie » est exploitée sous la forme de société coopérative de commerçants détaillants à capital variable depuis 1982 par Atol SA ; que celle-ci n'exploite elle-même directement aucun magasin et qu'elle est régie par les articles L. 124-1 à L. 124-16 du code de commerce et par ses statuts ; qu'ainsi la société a pour objet : / « de fournir en totalité ou en partie à ses associés les marchandises destinées à la revente ou à l'équipement de la profession, et services, le matériel et l'équipement nécessaire à l'exercice de leur commerce, / « de rationaliser la politique commerciale de ses associés par tous moyens, notamment l'étude de marché, / « de mettre en oeuvre les techniques commerciales et publicitaires propres à promouvoir les ventes des associés et l'essor de leurs entreprises, / « de constituer... les services communs de documentation, d'organisation, de formation... / que le contrat d'adhésion signé par chaque commerçant adhérent concède un droit d'utilisation de la marque et du concept de magasin Atol ; que les associés bénéficient d'un certain nombre de services (formation, assistance, publicité, droit d'usage de l'enseigne) en contrepartie de cotisations de gestion ; qu'un fonds de solidarité financière, dénommé Archipel, finance le démarrage des sociétés nouvellement créées, qui doivent au bout de 7 ans devenir propriétaire de leur fonds de commerce ; qu'en outre l'article 4 du contrat d'adhésion, sous le titre « indépendance de l'associé », précise « l'associé s'engage à exploiter personnellement son activité en y consacrant le temps et le dynamisme nécessaires afin d'optimiser son chiffre d'affaires. L'associé s'engage à exercer son activité en tant que commerçant indépendant, les droits et obligations résultant de la présente Convention excluant toute subordination. Il traitera avec les tiers en son nom propre, pour son propre compte et à ses propres risques, et ne pourra prendre d'engagements ni au nom, ni pour le compte d'Atol ; l'associé ne pourra être considéré comme le mandataire, le concessionnaire, l'agent ou l'employé d'Atol ; / L'associé exercera donc les activités commerciales visées par le présent contrat sous sa propre dénomination sociale. Il s'engage à ce que la marque Atol ne fasse pas partie de sa propre dénomination sociale » ; qu'ainsi, les opticiens de l'enseigne Atol disposent d'une autonomie certaine par rapport à Atol SA, en sont juridiquement indépendants, la nature de coopérative du réseau excluant toute subordination juridique, et tout contrôle au sens juridique des commerçants indépendants exerçant sous cette enseigne ; que l'appartenance à un réseau est insuffisante pour justifier la responsabilité de la coopérative ; que cette responsabilité ne peut résulter que d'un fait personnel, la notion d'entité économique unique étant inapplicable en matière de responsabilité civile délictuelle ; qu'en l'espèce, Optical Center ne justifie pas par quel moyen Atol s'immiscerait dans la gestion des sociétés exploitées par les opticiens adhérents qui sont propriétaires de leurs verres et de leurs montures, les commercialisent et en fixent le prix de vente, gèrent leurs stocks et n'ont pas d'obligation d'approvisionnement exclusif auprès de la centrale d'achat Atol SMC, et alors qu'Atol n'a accès ni aux bons de commande, ni aux bons de livraison ; qu'encore Optical Center ne peut se prévaloir de l'apparence selon laquelle les opticiens adhérents au réseau Atol auraient laissé croire qu'ils n'étaient que des succursales d'Atol SA, alors qu'elle ne peut sérieusement ignorer qu'Atol SA est une société coopérative réunissant des commerçants indépendants ; qu'elle ne peut davantage avancer la théorie d'une confusion de patrimoines sans imbrication établie des éléments d'actif et passif, qu'un réseau ne peut être assimilé à un groupe de sociétés et ses adhérents assimilables à des filiales ; que la présomption d'imputabilité en droit de la concurrence selon laquelle une société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale ne s'applique qu'en présence d'une société mère et d'une filiale, et n'est pas transposable en matière de responsabilité civile ; que de surcroît Atol SA ne détient aucune participation dans les sociétés des commerçants indépendants du réseau et qu'elle ne peut donc être qualifiée de société-mère ; qu'enfin, il résulte des documents versés aux débats qu'Atol a mis en place antérieurement à l'assignation d'Optical Center des actions de prévention visant à informer ses adhérents de la réglementation applicable et du caractère illégal des pratiques d'arrangement de factures, au travers du magazine interne du réseau, d'affiches et affichettes anti-fraude destinées à être affichées dans les magasins, de divers courriers et d'un avenant type aux contrats de travail ; qu'elle prouve au surplus avoir exclu deux adhérents de la coopérative pour sanctionner leurs pratiques illégales ; qu'en conséquence Optical Center n'établit pas une négligence constitutive de faute de la part d'Atol ; que le tribunal dira en définitive la notion d'unité économique inapplicable au cas d'espèce entre la coopérative Atol SA et ses adhérents commerçants indépendants, de même que la théorie de l'apparence et celle de la confusion des patrimoines ; qu'il dira

que les adhérents du réseau ne sont pas des filiales d'Atol SA, pas plus qu'Atol SA n'est leur société mère, de sorte que la théorie de l'imputabilité à la mère de la responsabilité des agissements de sa filiale est inopérante ; qu'il dira que Atol SA ne s'est pas immiscée dans la gestion des commerçants indépendants adhérant à la coopérative ; qu'il dira que les actions préventives et d'information développées par Atol SA contre la pratique des arrangements de facture excluent toute négligence fautive ; qu'il dira que la société Optical Center ne rapporte la preuve d'aucun acte de concurrence déloyale personnellement imputable à Atol SA et déboutera en conséquence Optical Center de l'ensemble de ses demandes ;

1. ALORS QU'une infraction pénale peut constituer un acte de concurrence déloyal ; qu'en considérant, pour écarter la responsabilité de la société ATOL, que l'établissement de factures insincères par les membres de son réseau était constitutif d'une infraction pénale engageant seulement la responsabilité pénale de son auteur, sous réserve d'une éventuelle complicité de la société ATOL, quand la pratique de factures insincères, visant à une prise en charge faussée par l'assurance-maladie ou par les mutuelles du coût des verres et des montures de lunettes constituait également une faute civile pour rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence, la cour d'appel a violé les articles 1382 du code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce ;

2. ALORS QUE le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui permet de condamner à réparation une personne autre que celle dont la faute a causé le dommage, dès lors que ces personnes sont unies par un lien d'autorité reconnu par le droit positif ; que les sociétés coopératives de commerçants détaillants tiennent de l'article L 124-1, 3° bis, du code de commerce, le pouvoir « d'organiser entre les associés une coopération financière, notamment à travers la constitution de sociétés, exerçant sous leur contrôle direct ou indirect et ayant pour finalité d'apporter par tous moyens un soutien à l'achat, à la création et au développement du commerce, dans le respect des dispositions propres aux établissements de crédit » ; qu'il s'ensuit qu'elles sont responsables de plein droit, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce, des dommages que leurs adhérents causent à cette occasion aux tiers par des actes de concurrence déloyale ; qu'en affirmant que la société ATOL, en sa qualité de coopérative, ne peut être tenue responsable a priori des agissements des membres de son réseau et qu'il appartient donc à la société OPTICAL CENTER, au soutien de son action en concurrence déloyale, de rapporter la preuve d'une faute personnellement imputable à la société coopérative ATOL, après avoir rappelé, par des motifs adoptés du jugement entrepris, que les adhérents sont propriétaires de leurs verres et montures et qu'ils en assurent la vente en toute indépendance, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la société ATOL ne devait pas répondre des actes de concurrence déloyale accomplis par ses adhérents dont elle contrôlait les pratiques commerciales de jure, aux termes de l'article L 124-1, 3° bis, du code de commerce, et de facto, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce, et de la disposition précitée ;

3. ALORS QUE la société OPTICAL CENTER a soutenu que « la mainmise d'ATOL sur l'élaboration d'un logiciel du point de vente optique et la soumission des adhérents-associés à différentes chartes qualités démontrent bien que la société animatrice du réseau se reconnaît le contrôle de ses pratiques commerciales de ses adhérents » (conclusions, p. 48, antépénultième alinéa) ; qu'en s'abstenant de répondre au moyen par lequel la société OPTICAL CENTER a soutenu que les associées adhérentes n'étaient pas à même de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique et sont incapables de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4. ALORS QUE les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute ; qu'en retenant, pour dégager la société ATOL de toute responsabilité, qu'elle a offert de rapporter la preuve qu'elle avait mis en place des actions de prévention et de sanction afin de prévenir, et au besoin de faire cesser, toute pratique illégale de surfacturation des verres et qu'ainsi, aucune complicité ou complaisance fautive à l'égard de tels actes ne sauraient lui être reprochées, la cour d'appel a violé la disposition précitée ;

5. ALORS QUE tous ceux qui contribuent par une faute collective à la réalisation d'un acte de concurrence déloyale, sont tenus in solidum d'en réparer l'entier dommage, quand bien même il n'est pas permis de déterminer le rôle causal de chacun d'entre eux ; qu'il s'ensuit que la société coopérative de commerçants détaillants répond in solidum à l'égard des

tiers des actes de concurrence déloyale commis par ses associés-adhérents au préjudice des concurrents dans l'exercice des activités énumérées par l'article L. 124-1 du code de commerce, sans qu'elle puisse s'exonérer de la responsabilité qu'elle encourt par la preuve que son implication positive dans la réalisation du dommage n'est pas établi ; qu'en considérant, par des motifs adoptés du jugement entrepris, que la notion d'entité économique unique était inapplicable en matière de responsabilité civile délictuelle, que la société ATOL est une société coopérative constituée de commerçants indépendants, et que la notion d'entité économique unique est inapplicable en matière de responsabilité civile délictuelle, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par la société OPTICAL CENTER, si l'existence d'un acte de concurrence déloyale ne devait pas être imputée à toutes les sociétés coopératives du réseau, sur le fondement d'une faute collective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR écarté l'action en responsabilité que la société OPTICAL CENTER a formée contre l'EURL OPTIQUE DU LAC ;

AUX MOTIFS QUE s'agissant des faits reprochés à l'Eurl Optique du Lac, à Créteil, le tribunal a justement écarté l'attestation de Y... I..., épouse Q... pour les faits du 7 mai 2008, alors qu'elle-même y déclare avoir agi pour rendre service à M... A..., dont il n'est pas contesté qu'elle était alors directrice juridique de la société Optical Center, ce qui est de nature à mettre son indépendance en cause ; que deux autres attestations sont mises aux débats la concernant : celles de T... X..., pour un achat effectué le 29 janvier 2013 et celle de H... D... pour un achat effectué le 4 juin 2015 ; que ces deux attestations de clients mystère établissent la fraude ; que le tribunal n'a toutefois pas retenu de condamnation à l'encontre de l'Eurl Optique du Lac en considération d'actes isolés, insuffisants pour caractériser, selon lui, une pratique volontaire et organisée de détournement de clientèle ; que si de tels agissements, intervenus à plus de deux ans d'intervalle dans le même point de vente laissent envisager qu'ils ne sont pas isolés mais constituent une pratique frauduleuse courante, force est cependant de constater que la société Optical Center ne fournit aucune méthode de calcul de son préjudice, ne vise pas les sociétés de son groupe implantées en proximité de l'Eurl Optique du Lac, ni leurs comptes et n'établit pas que la perte éventuelle de clientèle que ces agissements ont pu générer lui ait directement préjudicié, d'autres opticiens de réseau ou indépendants ayant pu se trouver dans le périmètre de chalandise visé et souffrir de ces agissements ou, par ailleurs, en être à l'origine ; que, par substitution de motifs, le préjudice de la société Optical Center n'étant pas établi, la cour confirmera donc l'absence de condamnation de l'Eurl Optique du Lac, décidée par le tribunal ;

1. ALORS QUE les faits de concurrence déloyale générateurs d'un trouble commercial impliquent l'existence d'un préjudice ; qu'il ressort des constatations auxquelles les juges du fond ont procédé que l'existence d'actes de concurrence déloyale ressort de deux attestations de clients mystères établissant une pratique frauduleuse courante consistant en de fausses facturations ; qu'en décidant que la société OPTICAL CENTER n'établissait pas la perte éventuelle de clientèle que ces agissements avaient pu générer, quand un tel préjudice s'inférait nécessairement des actes de concurrence, générateur d'un trouble commercial, dont l'arrêt constate l'existence, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce ;

2. ALORS QUE les juges du fond ne peuvent refuser d'évaluer un préjudice dont l'existence est établie en son principe sans commettre un déni de justice ; qu'en reprochant à la société OPTICAL CENTER de ne fournir aucune méthode de calcul de son préjudice, quand il appartenait à la juridiction du second degré d'évaluer le montant du préjudice dont l'existence s'inférait des actes de concurrence déloyale commis par l'EURL OPTIQUE DU LAC au préjudice de la société OPTICAL CENTER, la cour d'appel a violé l'article 4 du code civil, ensemble l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce ;

3. ALORS QUE l'auteur d'un acte de concurrence déloyale doit réparer le préjudice causé à la victime, peu important que des tiers subissent également un préjudice à raison de ce fait ; qu'en relevant que d'autres opticiens de réseau ou indépendants ont pu se trouver dans le périmètre de chalandise et souffrir également des actes de concurrence déloyale que la société OPTICAL CENTER impute à l'EURL OPTIQUE DU LAC, la cour d'appel a déduit un motif inopérant, en violation de l'article 1382 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce. Moyens produits AU POURVOI INCIDENT

par la SCP Bernard Hémery, Carole Thomas-Raquin, Martin Le Guerier, avocat aux Conseils, pour la société Atol.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Atol de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts au titre de la concurrence déloyale ;

AUX MOTIFS QUE, « sur la demande de la société Atol SA au titre du dénigrement :

que déboutée en première instance de sa demande indemnitaire à l'encontre de la société Optical Center au titre du dénigrement, la société Atol SA la maintient en cause d'appel à hauteur de 2 000 000 euros, outre une demande de publicité de la décision ;

qu'elle fait valoir que la société Optical Center a insinué dans les médias pendant 8 ans qu'Atol SA avait fait l'objet d'une action en justice alors que cette action n'avait pas encore donné lieu à une décision ;

mais la société Optical Center lui oppose justement qu'à l'appui de ses dires, elle produit un seul article du magazine l'Opticien, daté du 30 mai 2008, qui écrit qu'elle « annonce une offensive judiciaire pour la rentrée », douze enseignes et de nombreux indépendants ayant été visités, sans nommer expressément la société Atol SA. Y sont adjoints un extrait du site d'Europe 1 du 6 novembre 2015 informant laconiquement du fait que la société Optical Center a, notamment, agi contre la société Atol SA, sans lui prêter la paternité de cette information, et un autre du site du magazine Challenges du 10 juillet 2017 se contentant de relayer l'information de décisions de justice rendues et donc publiques, notamment du débouté de la société Optical Center à l'encontre de la société Atol SA en première instance, l'article étant intitulé : « Fraude à la mutuelle, Optical Center range les armes » ;

que ces seuls éléments à caractère informatif, reflets de la presse économique, ne sont pas de nature à caractériser le dénigrement dont la société Atol SA se prévaut et c'est donc à bon droit que le tribunal l'a déboutée de sa demande de ce chef et de sa demande subséquente de publication de la décision, ce que la cour confirme » (cf. arrêt p. 16) ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « sur la demande en dommages et intérêts pour concurrence déloyale du fait de dénigrement :

Attendu que Atol SA reproche à Optical Center une attitude constitutive d'un véritable dénigrement ; que celui-ci serait caractérisé par l'insinuation dans les médias qu'Atol ferait l'objet d'une action en justice ; que cependant Atol indique dans ses écritures qu'Optical Center agit indifféremment contre toutes les enseignes concurrentes du secteur, qu'elle n'établit pas qu'à travers les déclarations du président d'Optical Center elle est directement et spécifiquement visée ; que le comportement fautif d'Optical Center n'est ainsi pas démontré ; qu'Atol SA sera déboutée de ce chef de demande » (cf. jugement p. 9 § 1) ;

ALORS QUE la divulgation à la clientèle d'une action en justice n'ayant pas donné lieu à une décision de justice, dépourvue de base factuelle suffisante en ce qu'elle ne repose que sur le seul acte de poursuite, constitue un acte de dénigrement ; qu'en retenant, en l'espèce, que l'annonce par la société Optical Center, dans un article du magazine L'opticien daté du 30 mai 2008, d'une « offensive judiciaire pour la rentrée », avec l'indication que « plusieurs dizaines de procès-verbaux établis par huissiers chez des opticiens partout en France. Douze grosses enseignes ont été visitées ainsi que de nombreux indépendants. Les résultats sont consternants : 95 % des visites ont démontré des fraudes avérées » ne constituait pas un dénigrement fautif, dès lors que la société Atol n'était pas expressément nommée ni spécifiquement visée, sans rechercher, comme l'y invitait la société Atol, si en faisant référence à « douze grosses enseignes », c'est-à-dire à l'intégralité ou presque des enseignes présentes sur le marché français de l'optique, Optical Center n'a pas implicitement mais nécessairement visé l'enseigne Atol, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil.