« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA PRÉSOMPTION DE PRÉJUDICE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE DÉLOYALE ET DE PARASITISME

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 31 Mai 2021, 581

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,

contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA PRÉSOMPTION DE PRÉJUDICE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE DÉLOYALE ET DE PARASITISME

Solution. - La présomption du préjudice en matière de concurrence déloyale et parasitisme permet d'écarter toute difficulté probatoire pour des effets préjudiciables dont la preuve est délicate à rapporter pour le demandeur.

Impact. - La mise en œuvre de la responsabilité civile s'affranchit encore des conditions classiquement exigées, notamment en présumant l'existence du préjudice, pour permettre une restauration de l'équilibre entre concurrents. Mais le calcul de l'étendue du préjudice pose difficulté s'agissant d'un préjudice dont l'existence est présumée.

Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414, inédit : JurisData n° 2021-003856

LA COUR (…)

• 1. Selon l'arrêt attaqué (*CA Versailles, 11 oct. 2018*), la société Creative commerce Partners (la société CCP), qui a pour activité la vente de saunas et de spas sur son site internet www.sauna-bien-être.com, présente chacun de ses produits sous un descriptif technique assorti d'un article rédactionnel intitulé « l'avis du spécialiste », qui met en valeur ses qualités et ses spécificités.

• 2. Reprochant à la société MV, éditrice du site internet www.abri-jardin.eu par lequel elle propose à la vente les mêmes saunas d'extérieur, de reprendre à l'identique, afin d'optimiser son référencement par les moteurs de recherche, les descriptifs techniques et les « avis du spécialiste » élaborés par elle, la société CCP l'a assignée, ainsi que l'un de ses associés, M. Q, ancien dirigeant de la société Revonsbois, qui éditait le site litigieux avant sa cession à la société MV, en paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale.

(…)

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

• 3. La société CCP fait grief à l'arrêt de dire que la société MV n'a commis aucun acte de concurrence déloyale par copie servile et de rejeter ses demandes (…)

Réponse de la Cour

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

• 4. Aux termes de 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.

• 5. Pour dire que la société MV n'a commis aucun acte de concurrence déloyale par copie servile au préjudice de la société CCP et rejeter les demandes formées par cette dernière à ce titre, l'arrêt, après avoir énoncé que tout préjudice en matière de concurrence déloyale se caractérise généralement par une perte de clientèle ou par une perte de chiffre d'affaires imputable au parasite, relève que la société CCP se borne à se prévaloir d'une similitude de descriptifs techniques se rapportant à des produits identiques, sans démontrer et étayer de manière précise, concrète et tangible, l'existence d'un lien de causalité entre l'attitude parasitaire imputée à la société concurrente et le préjudice corrélatif dont elle se prévaut. Il ajoute qu'en tout état de cause, la société MV a retiré les références litigieuses dès réception de la mise en demeure et que, l'utilisation, pendant moins de deux mois, des descriptifs objet du litige n'a pu porter préjudice à la société CCP, ce que confirme la société MV qui indique que, depuis la mise en ligne du site, à savoir le 23 décembre 2015, aucune vente n'a été réalisée.

• 6. En statuant ainsi, alors que, le parasitisme économique consistant à s'immiscer dans le sillage d'autrui afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, de tels actes, même limités dans le temps, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Et sur le second moyen, pris en ses deux premières branches

Enoncé du moyen

• 7. La société CCP fait grief à l'arrêt de dire que la société MV n'a commis aucun acte de concurrence déloyale par violation des règles applicables en matière de procédures collectives et de rejeter ses demandes (…)

Réponse de la Cour

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

• 8. Pour dire que la société MV n'a commis aucun acte de concurrence déloyale au préjudice de la société CCP pour avoir repris les actifs de la société Revonsbois en violation des règles applicables en matière de procédures collectives et rejeter les demandes formées à ce titre, l'arrêt se borne à énoncer qu'il n'est pas démontré que la cession de la société Revonsbois ait fait l'objet d'une opposition du ministère public et que la situation incriminée ne paraît pas faire partie des procédés de vente garantissant la protection de la concurrence assortis de sanction pénales instituées par les articles L. 310-5 du Code de commerce pouvant par ailleurs donner prise à des actions de concurrence déloyale.

• 9. En statuant ainsi, alors que constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale, qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Par ces motifs (…) :

• Casse et annule (…). Renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée (…)

Mme Mouillard, prés., Mme Le Bras, cons.-réf.-rapp., Mme Darbois, cons. ; SCP Boullez, av.

Depuis longtemps, le préjudice en matière économique perturbe les principes classiques de la responsabilité civile. Car si la jurisprudence cherche à sanctionner les comportements délictuels des acteurs économiques troublant le bon fonctionnement du marché, la difficulté est bien souvent d'établir la preuve de l'existence d'un préjudice résultant de tels comportements ainsi que l'étendue de ce préjudice.

En l'espèce, des comportements déloyaux ont consisté pour une entreprise à s'approprier le travail réalisé par un concurrent et à s'affranchir d'une règle du marché. Ainsi, la société Creative commerce Partners (la société CCP), dont l'activité est la vente de saunas et de spas sur son site internet www.sauna-bien-être.com, présentait chacun de ses produits sous un descriptif technique assorti d'un article rédactionnel intitulé *« l'avis du spécialiste »*, qui mettait en valeur ses qualités et ses spécificités. Une autre société, la société MV, proposait à la vente les mêmes saunas d'extérieur sur le site internet www.abri-jardin.eu. La société CCP reprocha à la société MV de reprendre à l'identique, afin d'optimiser son référencement par les moteurs de recherche, les descriptifs techniques et les *« avis du spécialiste »* élaborés par elle. La société CCP a agi en concurrence déloyale pour la reprise d'éléments de son site internet, ainsi que pour le non-respect d'une disposition applicable en matière de procédure collective : elle a obtenu gain de cause en première instance, avant que le jugement ne soit infirmé par un arrêt du 11 octobre 2018 de la cour d'appel de Versailles. Dans son pourvoi en cassation, la société CCP reproche à l'arrêt d'avoir considéré que la société MV n'a commis aucun acte de concurrence déloyale par copie servile, ni par violation des règles applicables en matière de procédures collectives. Outre la qualification d'un acte déloyal, il s'agissait de déterminer l'existence d'un préjudice découlant de pratiques parasitaires et de la violation d'une réglementation. Au visa de l'article 1382 devenu 1240 du Code civil, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel en retenant qu'il existe un préjudice en cas de concurrence déloyale, fut-il moral, et que la violation du droit des procédures collectives constitue bien un acte de concurrence déloyale.

Les positions divergentes de la cour d'appel et de la Cour de cassation illustrent la distorsion toujours grandissante entre les principes classiques de la responsabilité civile et les règles dégagées par la Cour de cassation en matière de concurrence déloyale et de parasitisme. L'application des règles aboutit à instrumentaliser la responsabilité civile pour promouvoir le respect d'une certaine éthique dans la vie des affaires. Dans cette perspective, l'arrêt confirme le particularisme du préjudice résultant du parasitisme et de la violation d'une réglementation : une rupture d'égalité dans la concurrence peut induire un préjudice (1) dont l'étendue reste à déterminer (2).

1. Une rupture d'égalité dans la concurrence, source d'un préjudice présumé

L'action en responsabilité civile implique la caractérisation d'actes fautifs (A), à partir desquels la Cour de cassation impose une présomption de préjudice déjà largement admise en jurisprudence (B).

A. - La spécificité des actes fautifs

En l'espèce, deux comportements vont être qualifiés de parasitisme économique pour le premier et d'acte de concurrence déloyale pour le second, les deux étant sanctionnés sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

Tout d'abord, la société CCP se plaignait de la reprise d'éléments de son site internet. Une telle reprise peut être fautive dès lors qu'elle vise à profiter du travail et des efforts réalisés par un concurrent. En l'espèce, les éléments repris auraient amélioré la qualité du site internet du concurrent indélicat ainsi que son référencement auprès des moteurs de recherche. L'objectif était de bénéficier d'une meilleure visibilité en ligne, élément essentiel pour des entreprises dont l'activité se réalisait à distance. La Cour de cassation qualifie ces actes de parasitisme économique en les décrivant comme le fait de *« s'immiscer dans le sillage d'autrui afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »*. Il est en effet de jurisprudence constante que le parasitisme économique consiste à se placer dans le sillage d'un autre opérateur économique en profitant notamment de sa notoriété ou des investissements réalisés. En l'espèce, la société MV a bénéficié du travail réalisé par la société CCP pour assurer la promotion de ses produits, sans bourse délier : elle s'est ainsi épargnée des dépenses par la reprise des éléments figurant sur le site internet de son concurrent.

Ensuite, il était reproché à la société MV de ne pas avoir respecté l'article L. 642-3 du Code de commerce en matière de procédures collectives. Cette disposition vise à interdire aux dirigeants d'une personne morale en liquidation judiciaire de présenter une offre en vue de la reprise des actifs de la société liquidée dans un objectif de moralisation des plans de cession. Selon la cour d'appel, la violation de l'article L. 642-3 du Code de commerce ne constituait pas une faute car la situation incriminée ne figure pas au nombre des procédés de vente visés par les articles L. 310-5 et suivants du Code de commerce et en raison de l'absence d'opposition à la cession du ministère public. À l'inverse, la Cour de cassation ne subordonne pas la faute à l'existence d'un dispositif légal sanctionnant cette pratique et elle écarte également le rôle erroné retenu du ministère public : elle considère que le non-respect du droit des procédures collectives constitue bien un acte de concurrence déloyale.

En effet, la concurrence déloyale n'implique pas que l'acte litigieux soit déjà le siège d'une pratique commerciale sanctionnée par la loi. Le non-respect de la réglementation quelle qu'elle soit doit avoir pour effet « de perturber le marché en plaçant cette société dans une situation anormalement favorable par rapport à ses concurrents respectant ladite règlementation » *(Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu : Rép. com. Dalloz, V° Concurrence déloyale, 2010, n° 63Y)*.

Par conséquent, les deux comportements sont fautifs pour la Cour de cassation, car l'égalité entre les entreprises est injustement rompue, ce qui favorise la société MV au détriment de ses concurrents. Cette rupture d'égalité mérite sanction sur le fondement de la responsabilité civile, dès que la condition relative au préjudice est remplie.

B. - Le rappel de la présomption du préjudice

La Cour de cassation a depuis longtemps admis une présomption de préjudice en présence de préjudices dont l'existence est difficile ou impossible à établir. Dans ce cas, il est de jurisprudence constante qu'il s'infère nécessairement un préjudice d'un acte de concurrence déloyale, fut-il moral. Elle l'a précisément énoncé dans son arrêt de principe du 12 février 2020 *(Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : JurisData n° 2020-001762 ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 62, note M. Malaurie-Vignal ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 74, note S. Berheim-Desvaux ; Propr. industr. 2020, comm. 33, J. Larrieu ; JCP E 2020, 1363, T. d'Alès et P. Tiberghien ; JCP E 2020, 1522, obs. D. Mainguy ; D. 2020, p. 1086, note J.-S.*

Borghetti ; RDC 2020, p. 36, note S. Pellet ; RTD com. 2020, p. 313, obs. M. Chagny ; RTD civ. 2020, p. 391, obs. H. Barbier ; RTD civ. 2020, p. 401, obs. P. Jourdain ;).

S'agissant de la reprise des éléments du site internet, la Cour de cassation retient qu'« il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, de tels actes parasitisme économique, même limités dans le temps ». Elle censure l'arrêt de la cour d'appel de Versailles qui se fonde sur l'exigence d'un préjudice matériel et considère que la preuve n'est pas établie de l'existence d'un préjudice en relation causale avec les agissements parasitaires. La Cour de cassation admet que cet avantage concurrentiel indu cause nécessairement un préjudice moral, même limité dans le temps et même sans perte de chiffre d'affaires ou de clientèle *(Ph. le Tourneau, Parasitisme : JCl. Commercial, Fasc. 570, 2020, n° 14)*.

S'agissant du non-respect de l'article L. 642-3 du Code de commerce, la violation d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale constitue selon la Cour de cassation un acte de concurrence déloyale « qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur ». En effet, la société MV s'est épargnée une dépense obligatoire en ne respectant pas une réglementation impérative.

L'une comme l'autre des pratiques incriminées engendre la perte d'un avantage concurrentiel pour la victime aux dépens de laquelle l'auteur des faits renforce sa propre position concurrentielle sur le marché. Il résulte des actes fautifs un avantage concurrentiel injustifié pour le parasite. Pour la victime, il en résulte une diminution de son attractivité concurrentielle dont les effets personnellement subis sont très difficiles à établir. Aussi la Cour de cassation confirme sa conception du préjudice et de son inférence : le préjudice nécessaire suffit pour établir l'existence du préjudice que les juges ont alors l'obligation de réparer.

2. L'étendue incertaine du préjudice présumé

Le calcul de ce préjudice est particulièrement délicat et implique un mode d'évaluation aménagé (A). Cet assouplissement des principes de la responsabilité civile interroge sur la conception à retenir du préjudice et de sa réparation (B).

A. - L'aménagement du mode d'évaluation du préjudice

La présomption de l'existence du préjudice ne dispense pas le demandeur d'établir l'étendue de celui-ci. Or, en droit de la responsabilité civile, le principe de la réparation intégrale vise à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, ce qui interdit aux juges du fond de prendre en considération le profit ou l'économie réalisés par l'auteur d'un acte déloyal pour évaluer le préjudice subi. L'équilibre à retrouver ne doit pas générer de perte ni de profit pour la victime. Malgré ce totem de la réparation intégrale, les difficultés d'évaluation de certains préjudices ont déjà conduit le législateur français à modifier les règles de calcul du préjudice en matière de contrefaçon afin de pouvoir prendre en considération *« les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon » (en matière de brevet, CPI, art. L. 615-7)*.

En jurisprudence, le principe de réparation intégrale doit être conjugué avec l'impossibilité de mesurer le préjudice subi par la victime : comment déduire l'étendue d'un préjudice qui ne peut être établi et que la Cour de cassation impose de présumer ? La Cour de cassation avait jusque-là renvoyé à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais dans son arrêt du

12 février 2020, elle a admis la possibilité de prendre en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents *(J.-S. Borghetti : D. 2020, p. 1086, spéc. n° 26)*. Des aménagements au principe de réparation intégrale sont donc possibles et ils permettront de prendre en compte les économies réalisées par la société MV qui a ainsi artificiellement baissé ses coûts de revient.

En raison du temps court durant lequel les éléments repris ont été laissés en ligne, et de l'absence de ventes conclues durant cette période, aucun gain direct n'a été réalisé par l'auteur des actes de concurrence déloyale. En l'absence d'effets préjudiciables directs sur la victime, l'analyse doit se focaliser sur le parasite et sur les dépenses qu'il s'est ainsi épargné de manière déloyale. Ainsi, plusieurs éléments peuvent entrer en compte dans l'évaluation du préjudice qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui n'ont pas à justifier de leur calcul des dommages et intérêts. Parmi les éléments pouvant aider l'évaluation du préjudice, il est possible de rechercher combien le parasite aurait payé s'il avait dû réaliser les éléments repris déloyalement. Au regard de la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile, des questions se posent concernant la conception retenue du préjudice en matière de concurrence déloyale et de parasitisme.

B. - Une conception du préjudice et de sa réparation à préciser

Il est tout d'abord à craindre que cette solution ne soit source d'une importante insécurité juridique concernant le montant de l'indemnisation que les juges du fond détermineront. Les auteurs sont partagés sur ce montant qui pourrait être extrêmement faible ou à l'inverse très élevé *(S. Pellet : RDC 2020, p. 36, note préc., spéc. n° 3)*, et en tout cas avantageux pour la victime *(P. Jourdain : RTD civ. 2020, p. 401, obs. préc.)*. Ensuite, une autre difficulté concerne le non-respect de la réglementation en matière de plans de cession : le non-respect de la réglementation ne lèse pas uniquement le demandeur, mais l'ensemble des acteurs concurrents. À ce titre, la question se pose de déterminer si le demandeur doit seul bénéficier de la réparation de ce préjudice induit.

Malgré des questions qui se posent en pratique, il faut se féliciter des assouplissements apportés par la Cour de cassation pour faciliter la mise en œuvre de la responsabilité civile et ainsi assurer l'effectivité des droits des acteurs économiques.

Le non-respect de règles du marché, qu'elles soient ou non inscrites dans la loi, conduit à la Cour de cassation à considérer qu'il s'agit d'avantages concurrentiels indus ouvrant droit à réparation : la conduite répréhensible, en rompant l'égalité entre les concurrents, fausse le marché et cette rupture d'égalité est sanctionnée indépendamment de son effet individuel sur telle ou telle entreprise. Autrement dit, certaines fautes sont automatiquement sanctionnées et la concurrence déloyale et le parasitisme permettent alors d'exiger le respect d'une éthique dans la vie des affaires, là où une logique purement indemnitaire conduirait à ne pas sanctionner certains actes déloyaux et parasitaires en l'absence de preuve du préjudice . Le mode de calcul aménagé du préjudice traduit le caractère non plus indemnitaire mais restitutoire des dommages et intérêts, voire leur caractère punitif *(Comm. com. électr. 2021, comm. 36, G. Loiseau. – JCl. Commercial, Fasc. 570 préc., spéc. n° 14 et 29, Ph. le Tourneau)*. Face à tant de questionnements, une réponse avait été proposée par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 avec l'admission de l'amende civile pour punir les fautes lucratives *(Projet, art. 1266-1)*, proposition supprimée par la proposition de loi du Sénat *(Sénat, prop. de loi n° 678, 29 juill. 2020)*. La réforme du droit de la responsabilité civile tant attendue pourrait donc être l'occasion d'apporter des précisions utiles sur la réparation du préjudice et sur l'impact d'une telle réparation avec le respect d'une éthique en droit des affaires.