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

DE LA LOYAUTÉ DE TOUTE COMPÉTITION ÉCONOMIQUE OU LES MÉRITES (REDÉCOUVERTS) DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : LPA 17 oct. 2008, n° PA200820904, p. 4

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,

contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DE LA LOYAUTÉ DE TOUTE COMPÉTITION ÉCONOMIQUE OU LES MÉRITES (REDÉCOUVERTS) DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

Cour de cassation chambre commerciale, 12 févr. 2008, no 06-17501, Société Yoplait contre Société La Fermière

Cass. com., 12 février 2008 :

Société Yoplait c/ Société La Fermière

(pourvoi no 06-17.501)

La Cour :

(...)

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Versailles, 11 mai 2006), qu'à partir de 1998, la société Yoplait a commercialisé dans le circuit de la consommation hors domicile, dans des pots en grès bicolore, un yaourt dénommé « Saveur d'autrefois » fabriqué par la société La Fermière cependant que cette dernière commercialisait ce produit sous sa propre marque dans le circuit des grandes et moyennes surfaces ; qu'en octobre 2003, la société La Fermière a informé la société Yoplait qu'elle avait conclu un accord exclusif avec la société Danone pour la fabrication d'un yaourt en pot de grès bicolore, vendu sous la marque « 1919 », destiné à être distribué en grandes et moyennes surfaces ; que la société Yoplait a assigné la société La Fermière pour actes de concurrence déloyale ;

Attendu que la société La Fermière fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle s'est rendue coupable de concurrence déloyale à l'encontre de la société Yoplait et de l'avoir condamnée à payer à cette dernière la somme de 200.000 € à titre de dommages-intérêts alors, selon le moyen, que la concurrence déloyale suppose l'existence d'une situation de concurrence ; que dès lors qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la société La Fermière commercialisait les yaourts en pots de grès litigieux auprès de la société Danone, laquelle est un concurrent de la société Yoplait et non un de ses clients, la Cour d'appel a violé les articles 1382 et 1383 du Code civil en décidant que la société La Fermière avait commis un acte de concurrence déloyale à l'égard de la société Yoplait ;

Mais attendu que l'arrêt relève qu'au printemps et à l'été 2003, alors que la société Yoplait et la société La Fermière étaient toujours en partenariat en ce qui concerne le pot « Saveur d'autrefois », la société La Fermière négociait avec la société Yoplait le lancement d'un yaourt en pot de grès destiné au circuit des grandes et moyennes surfaces, qu'elle avait parallèlement signé le 22 juillet 2003 un accord de partenariat exclusif avec la société Danone par lequel elle s'engageait à produire pour cette dernière des yaourts en pots de grès destinés au circuit grandes et moyennes surfaces, que la société La Fermière avait délibérément caché à la société Yoplait l'existence de cet accord et que celui-ci, aux termes duquel la société La Fermière devait consacrer une partie de sa capacité de production à la production de yaourts pour la société Danone, privait la société Yoplait de la possibilité d'augmenter sa production et ses ventes dans le circuit de la consommation hors domicile ; qu'en l'état de ces constatations, d'où il se déduisait que

la production de yaourt de la société La Fermière pour la société Danone concurrençait indirectement le produit commercialisé par la société Yoplait sur le circuit de la consommation hors domicile et que la société La Fermière avait causé à la société Yoplait un préjudice commercial, la Cour d'appel qui n'avait pas à caractériser une situation de concurrence directe ou effective entre les sociétés La Fermière et Yoplait, lesquelles ne sont pas des conditions de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu que le moyen pris en ses première, deuxième, quatrième, cinquième, sixième et septième branches ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(...)

NOTE

Le droit de la concurrence déloyale serait-il voué à une instabilité permanente ? La jurisprudence semble renouveler les questions en la matière, notamment s'agissant de la détermination de la qualité des parties à l'action en concurrence déloyale. Parmi les affaires retenant l'attention, celle donnant lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2008 *1* semble particulièrement illustrative.

Une action en concurrence déloyale était intentée par la société Yoplait contre la société La Fermière. Ces deux sociétés étaient partenaires : à partir de 1998, la société Yoplait a commercialisé dans le circuit de la consommation hors domicile des yaourts en pots en grès fournis par la société La Fermière. La société La Fermière commercialisait elle-même ce produit sous sa propre marque, dans le circuit des grandes et moyennes surfaces. En octobre 2003, la société La Fermière informait la société Yoplait qu'elle avait conclu un accord exclusif avec la société Danone portant sur la fabrication du même produit pour la distribution en grandes et moyennes surfaces. Durant cette période, les sociétés La Fermière et Yoplait étaient pourtant en négociation pour distribuer le produit sur ce circuit des grandes et moyennes surfaces.

La société Yoplait a assigné la société La Fermière pour actes de concurrence déloyale et la Cour d'appel de Versailles lui a donné gain de cause. Dans son pourvoi en cassation, la société La Fermière reprochait à la Cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une concurrence déloyale : elle soutenait que la concurrence déloyale suppose l'existence d'une situation de concurrence entre les parties, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la société Yoplait étant en concurrence avec la société Danone et non avec la société La Fermière. Ainsi, la Cour d'appel aurait violé les articles 1382 et 1383 du Code civil en décidant que la société La Fermière avait commis un acte de concurrence déloyale à l'égard de la société Yoplait. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation qui affirme qu'« une situation de concurrence directe ou effective (...) ne sont pas des conditions de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice ».

Cet arrêt remet en cause l'exigence d'un rapport de concurrence entre les parties pour la mise en oeuvre d'une action en concurrence déloyale. La jurisprudence n'est pas stabilisée sur cette question, et la formulation générale de l'attendu de la Cour de cassation ainsi que la publication de l'arrêt au Bulletin

civil témoignent de la portée que souhaite lui accorder la Cour, peut-être pour consacrer de manière définitive cette solution. Cet arrêt participe selon nous d'un renouvellement de la théorie classique de l'action en concurrence déloyale dont le champ d'application est encore étendu. Fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, l'action en concurrence déloyale permet de sanctionner des manquements à l'exercice loyal du commerce *2*. En effet, le préjudice concurrentiel est licite en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie *3* et de son corollaire, la libre concurrence. Une entreprise peut donc reprocher à un tiers de capter sa clientèle uniquement si les moyens employés sont déloyaux *4*, peu important désormais que le titulaire de l'action ne soit pas le concurrent de l'auteur de l'acte déloyal. Cependant, en élargissant le domaine de l'action en concurrence déloyale, la solution consacrée pose la question de l'ordonnancement de la concurrence déloyale et du parasitisme, et plus largement la question de l'articulation de la concurrence déloyale avec l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun. Il s'agit alors de déterminer si l'abandon de l'exigence d'une situation de concurrence est définitif (I), avant d'envisager les conséquences de cet élargissement du domaine de l'action en concurrence déloyale (II).

I. L'abandon incertain de l'exigence d'une situation de concurrence

La situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale. Cette solution déjà affirmée par la Cour de cassation ne semblait pas adoptée de manière définitive en jurisprudence. Si certaines décisions s'affranchissent de l'exigence de rapport de concurrence entre les parties à l'action en concurrence déloyale, d'autres se fondent sur son absence pour rejeter l'action. Ainsi, face à une évolution chaotique de la notion de parties à l'action en concurrence déloyale (A), l'arrêt consacre une certaine exclusion de l'exigence de rapport de concurrence (B).

A. De l'assouplissement de l'exigence originaire de rapport concurrentiel

Les articles 1382 et 1383 du Code civil qui constituent le fondement de l'action en concurrence déloyale ne font aucune référence à un quelconque rapport de concurrence en raison de leur formulation générale *5*. Ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont fait du rapport de concurrence une condition de l'action en concurrence déloyale conformément au sens commun du terme concurrence *6*.

Cette exigence rappelée en pratique permet de délimiter l'action en concurrence déloyale : l'action est subordonnée à l'existence d'un rapport de concurrence entre les parties *7*. Plus précisément, l'exigence d'une relation concurrentielle implique de prétendre à une clientèle commune *8*, autrement dit d'exercer des activités identiques ou similaires, renvoyant ainsi à une même spécialité des entreprises *9*. À défaut de clientèle commune, totalement ou en partie, les parties n'ont pas d'activité concurrente et aucun détournement de clientèle n'est possible *10*. Le pourvoi de l'arrêt témoigne de cette exigence classique de l'action en concurrence déloyale : pour pouvoir agir, la victime doit être concurrente de l'auteur de la déloyauté. Le pourvoi invoquait à ce titre l'absence de rapport concurrentiel pour demander le rejet de l'action en concurrence déloyale. En effet, la captation de clientèle par la société La Fermière n'était pas possible, car si cette société commercialisait elle-même les produits litigieux, c'était sur un autre circuit économique. La société La Fermière joue le rôle du fournisseur de la victime, et cette qualité ne permet pas de conclure à l'existence d'un rapport concurrentiel. Les sociétés ne se situent pas au même stade

économique dans cette configuration, et il est possible d'ajouter qu'elles n'interviennent pas sur le même circuit économique. Parce qu'elles ne s'adressent pas à la même clientèle, elles ne sont donc pas des entreprises concurrentes. C'est pourquoi, selon le pourvoi, la Cour d'appel aurait violé les articles 1382 et 1383 du Code civil en décidant que la société La Fermière avait commis un acte de concurrence déloyale envers la société Yoplait.

Cependant, si la relation concurrentielle a longtemps été une condition de l'action en concurrence déloyale, l'interprétation de cette condition est interprétée avec souplesse par la jurisprudence *11*. L'absence de situation de concurrence n'est plus un obstacle au jeu de l'action en concurrence déloyale au point que serait suffisante l'existence d'une clientèle finale identique *12*, ou l'existence d'une clientèle commune virtuelle *13*. Les décisions relèvent parfois que les parties ne sont pas dans des situations professionnelles identiques, mais qu'elles s'adressent à une même clientèle, et cet élément est suffisant pour admettre l'action en concurrence déloyale *14*.

Par conséquent, l'exigence d'un rapport concurrentiel est plus qu'assouplie : elle est vidée de son sens. En effet, qu'est-ce qu'un concurrent ? Au sens étymologique, concourir signifie s'affronter, c'est-à-dire être en compétition et se disputer la même clientèle. Dans l'affaire rapportée, le produit commercialisé est certes quasi-identique, mais les circuits de distribution sont différents. Aussi, faut-il admettre que la clientèle n'est pas commune et qu'à défaut les parties ne sont pas concurrentes stricto sensu.

Le droit positif apparaît passablement confus sur la question du rapport de concurrence *15* car les décisions varient quant à l'exigence d'un lien concurrentiel pour admettre l'exercice de l'action en concurrence déloyale. Les juges persistent parfois à constater l'existence d'une situation de concurrence alors qu'il n'existe manifestement pas de clientèle commune entre les parties *16*. Par conséquent, l'exigence d'une situation de concurrence est le plus souvent maintenue, même si elle n'est que de façade. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation ne s'embarrasse pas à justifier l'existence d'un rapport de concurrence entre les parties à l'action en concurrence déloyale. Ainsi, la solution consacre une certaine exclusion de l'exigence d'un rapport de concurrence.

B. La consécration d'une certaine exclusion de l'exigence de rapport de concurrence

Cette solution de rejet du lien concurrentiel comme condition de la faute s'inscrit dans un mouvement européen écartant l'exigence de relation concurrentielle et ouvrant l'action en concurrence déloyale à tout intervenant sur le marché *17*. Aujourd'hui, la grande majorité des législations européennes écarte l'exigence d'une situation concurrentielle pour l'exercice de l'action en concurrence déloyale *18*. En droit français, le parti pris n'est pas clair. En l'absence de législation, l'exigence de rapport concurrentiel est réitérée dans certaines décisions *19*, ce qui permet aux juges de rejeter l'action à défaut de rapport de concurrence. D'autres décisions ont affirmé à l'inverse qu'une situation de concurrence n'est pas une condition de l'action car elle ne fait pas partie des conditions légales de l'action en concurrence déloyale exigées par les articles 1382 et 1383 du Code civil *20*. Ainsi, il ressort de ces décisions que l'exigence d'une situation de concurrence a été progressivement réduite en admettant d'une part l'existence d'une concurrence entre des entreprises n'étant pas titulaires de clientèle, et en admettant d'autre part l'existence

d'une concurrence entre des entreprises n'ayant pas de clientèle commune *21*. Plus encore, la Cour de cassation a affirmé que la situation de concurrence entre les parties n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale, laquelle exige seulement l'existence d'une faute *22*. La jurisprudence a ainsi pu retenir l'existence d'une concurrence fautive entre des opérateurs intervenant à des stades économiques différents et ne s'adressant donc pas à une même clientèle *23*. L'arrêt commenté s'inscrit dans ce mouvement : il conforte des solutions jurisprudentielles déjà affirmées, en particulier quant à l'indifférence de la qualité professionnelle des parties. Ainsi, le pourvoi soutenait qu'il n'y avait pas de lien de concurrence avec la société Yoplait qui est un distributeur, alors que l'autre partie était producteur et fournisseur. En outre, la distribution des produits litigieux ne se faisait pas dans le circuit de distribution dans lequel la victime était présente. La Cour d'appel et la Cour de cassation retiennent néanmoins l'existence d'une concurrence indirecte entre les protagonistes à l'action. Les niveaux économiques différents et les circuits distincts d'intervention n'y font rien : en l'espèce, l'action en concurrence déloyale s'applique à une relation économique verticale, et il existe même une relation contractuelle entre la victime et l'auteur de l'acte déloyal. La Cour d'appel relève en effet qu'au printemps 2003, la société La Fermière et Yoplait étaient toujours en partenariat, ce qui n'a pas empêché la société La Fermière de négocier durant la même période puis de signer parallèlement le 22 juillet 2003 un accord de partenariat exclusif avec Danone par lequel elle s'engageait à produire pour Danone les produits en cause à destination du circuit des moyennes et grandes surfaces. La solution revient à admettre l'existence d'un lien concurrentiel là où il n'en existe pas, car il n'y a manifestement pas de clientèle commune entre l'auteur de la déloyauté et la victime : leurs clientèles sont situées dans des circuits économiques différents *24*.

Si l'attendu de la Cour de cassation est clair, il semble toutefois émettre une réserve : il n'opère pas en effet un rejet franc de tout rapport concurrentiel à l'image d'autres arrêts. Selon la Cour, n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale l'existence d'une situation de concurrence directe ou effective entre les sociétés. Le défaut d'effectivité de la concurrence est classique, et l'accord exclusif de l'espèce rapportée n'a d'ailleurs pas encore produit d'effet sur la production de la victime. En revanche, la formulation semble induire qu'une concurrence indirecte est nécessaire, ce qui est plus délicat à cerner. Exercer une concurrence indirecte peut consister à pouvoir porter atteinte à l'activité d'un tiers sans être avec lui en compétition directe pour la conquête d'une clientèle commune. Par cette formulation, la Cour de cassation maintient une exigence apparente de concurrence en introduisant une distinction sibylline et confuse. Il eut été plus simple de rejeter ce lien concurrentiel et de dégager un nouveau critère de délimitation du domaine de l'action en concurrence déloyale en adéquation avec la jurisprudence récente.

Le critère actuel de la faute en matière de concurrence déloyale réside selon nous dans le trouble occasionné par un comportement anormal sur le marché, indépendamment de toute situation de concurrence. Le lien concurrentiel devient un paramètre secondaire qui n'est plus déterminant de la mise en oeuvre de l'action mais de son régime. Ce qui compte, c'est la gêne créée par l'acte déloyal. Il faut admettre, à l'image du parasitisme, qu'une faute puisse être commise en dehors de tout rapport de concurrence. En conséquence, la production de yaourts de La Fermière pour Danone concurrençait

indirectement le produit commercialisé par Yoplait sur le circuit de consommation hors domicile. Le rapport indirect de concurrence tient au fait que l'auteur de la déloyauté a influé sur l'activité de la victime par la diminution future de sa capacité de commercialisation, au moyen de l'accord exclusif litigieux. La capacité de production et donc de concurrence est altérée ; les moyens concurrentiels de la victime ayant été déloyalement affaiblis, le jeu de la concurrence ne s'exerce plus de manière normale : cette rupture déloyale d'égalité dans la concurrence doit être sanctionnée *25*.

Indépendamment de la qualité et du statut juridique de la victime, le critère est celui du trouble causé par le comportement déloyal qui affecte la situation d'une entreprise et au-delà le jeu normal de la concurrence. L'auteur du comportement déloyal perturbe le jeu normal de la concurrence, il crée une rupture d'égalité dans l'exercice de l'activité et influe donc de manière anormale sur l'activité de la victime.

De l'analyse de la jurisprudence chaotique antérieure et de ce nouvel arrêt de la Cour de cassation, il résulte que les actes de concurrence déloyale n'impliquent plus nécessairement l'exigence d'une situation de concurrence. Mais si cette situation concurrentielle n'est plus le ciment fédérateur des faits de concurrence déloyale, il est des faits qui restent caractérisés par ce lien concurrentiel. C'est pourquoi la jurisprudence ne se stabilisera pas avec cet arrêt, et que la valse jurisprudentielle entre l'exigence d'une situation de concurrence ou son exclusion est selon nous destinée à durer. Cet état de la jurisprudence témoigne de la souplesse de la théorie de la concurrence déloyale étendue à l'extrême afin de sanctionner des comportements jugés inadmissibles et de moraliser le monde des affaires. L'objectif louable de moralisation du marché conduit cependant à brouiller les frontières entre les catégories juridiques *26*. Il est temps d'examiner les conséquences de l'extension du domaine de l'action en concurrence déloyale quant au régime de l'action. En effet, la difficulté de déterminer le domaine de l'action en concurrence déloyale rejaillit sur le régime de l'action, car si sa mise en oeuvre apparaît facilitée, elle paraît désormais incertaine.

II. Les conséquences de l'élargissement du domaine de l'action en concurrence déloyale : une mise en oeuvre facilitée mais incertaine de l'action

Malgré l'absence de référence aux articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour de cassation se réfère implicitement à l'action de droit commun de la responsabilité civile pour faute : elle rappelle avec clarté que l'action en concurrence déloyale « (...) exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice ». La difficulté est alors de déterminer les contours de la faute (A), ainsi que du préjudice (B) lorsque les parties ne sont pas directement concurrentes.

A. Une faute insaisissable : toute déloyauté

En l'espèce, aucune référence n'est faite dans la décision à une catégorie d'actes de concurrence déloyale *27* : est-ce à dire qu'aucun rattachement à une catégorie connue n'est possible ? Selon la Cour d'appel, alors que les parties étaient toujours en partenariat s'agissant du produit litigieux, la société La Fermière a négocié puis signé parallèlement un accord avec un concurrent, et l'existence de cet accord aurait été délibérément caché à la société Yoplait. La société La Fermière serait coupable de déloyauté envers son cocontractant initial sans que ce comportement fautif puisse être sanctionné d'un point de vue

contractuel : la déloyauté porterait sur les négociations ainsi que sur l'accord conclu avec le concurrent. La société La Fermière a été de mauvaise foi en cachant ces éléments à son partenaire. Cependant, les éléments manquent pour identifier précisément le caractère fautif du comportement incriminé. Toutefois, aucune des catégories édictées par Roubier, que ce soit le dénigrement, la désorganisation ou encore la confusion, ne correspond au comportement incriminé. Mais il faut également envisager la théorie du parasitisme afin de déterminer si le comportement reproché peut être qualifié de parasitaire.

Alors que la concurrence parasitaire ne représente qu'une nouvelle catégorie d'actes de concurrence ajoutée à la trilogie des actes de Roubier, les agissements parasitaires ont toujours été utilisés pour sanctionner des comportements anormaux commis entre non-concurrents : les juges invoquent les articles 1382 et 1383 du Code civil pour sanctionner un agissement parasitaire. Le parasitisme ne semble pas inadapté à l'espèce, sauf à considérer qu'en contractant avec un tiers concurrent l'auteur de la déloyauté a tiré profit indûment de la société victime, ce qui n'est pas évident à démontrer.

Par conséquent, aucune qualification connue ne parait adaptée à l'espèce : il faut donc admettre qu'à côté des catégories connues d'actes de concurrence déloyale, il existe des actes complémentaires de concurrence déloyale non subordonnés à un rapport concurrentiel. C'est également admettre que la déloyauté ne correspond pas nécessairement à un acte de parasitisme : ce dernier ne caractériserait donc pas l'intégralité des situations extra-concurrentielles.

Dès lors, si la concurrence déloyale n'est plus subordonnée à une situation de concurrence, la différenciation entre les actes de concurrence déloyale et ceux de parasitisme devient délicate. Le lien entre les agissements parasitaires et la concurrence déloyale doit être éclairci. Plus précisément, comment justifier désormais l'existence de la catégorie des agissements parasitaires, extérieure à la concurrence déloyale, alors que leur critère de différenciation n'est plus ? La seule vertu illustrative de cette catégorie d'actes n'est pas suffisante, et la conséquence est que cette catégorie peut être intégrée dans la concurrence déloyale *28*.

Pour autant, l'absorption logique des agissements parasitaires par la concurrence déloyale ne doit pas conduire à leur disparition : à l'image des actes de concurrence parasitaire, les agissements parasitaires pourraient conserver leur spécificité, et devenir une catégorie de faits de concurrence déloyale.

La difficulté consiste alors à identifier ce comportement fautif et à en déterminer le contenu. L'action en concurrence déloyale permet désormais d'assurer la sanction de toute déloyauté, y compris entre non-concurrents. Là où la concurrence déloyale et le parasitisme supposaient auparavant une captation de clientèle, l'appropriation du travail d'autrui ou de la valeur d'autrui, l'application faite en l'espèce de la concurrence déloyale questionne. C'est toute l'ambiguïté de la solution proposée par la Cour de cassation : on s'abstrait des catégories traditionnelles par volonté de sanctionner un comportement inadmissible. Mais la liberté procurée par le dépassement de la casuistique classique des actes de concurrence déloyale a un prix : étendre le domaine de la concurrence déloyale et rendre la faute insaisissable. Élargissant encore la concurrence déloyale, la Cour de cassation sanctionne les déloyautés quelles que soient leur forme et adapte ses solutions aux manifestations modernes de l'activité

commerciale *29*. L'agent économique doit être loyal envers ses concurrents *30*, les consommateurs mais également envers tout autre agent présent sur le marché. Cette loyauté exigée sur le marché conduit donc à imposer aux intervenants une norme générale de comportement qui vise à protéger non plus de manière subjective et individuelle l'entreprise victime, mais de manière objective le fonctionnement normal du marché.

L'extension de la concurrence déloyale est devenue considérable grâce au parasitisme, puis à travers la sanction de « toute faute commise dans le cadre de l'exercice de la liberté de la concurrence » *31*. Aussi, importe-t-il que l'exigence d'un comportement loyal de tout acteur du marché se fasse dans le respect de la liberté de la concurrence. L'élargissement de la théorie de la concurrence déloyale ne doit pas engendrer de dérive vers trop de sanctions au détriment de la libre concurrence.

Dans la mesure où l'intervention fautive sur le marché correspond à toute déloyauté, l'articulation entre le droit civil de la responsabilité délictuelle et le droit de la concurrence déloyale devient délicate. La faute ne présente guère désormais de particularité, et il est possible de considérer que l'intérêt de la concurrence déloyale réside désormais dans sa vertu illustrative des comportements concurrentiels anormaux. Mais la spécificité réduite de la faute ne fait pas disparaître la spécificité du dommage concurrentiel. Bien qu'il soit parfois difficile à caractériser, il revêt selon nous un réel particularisme qui justifie l'existence même de l'action en concurrence déloyale, conçue comme une action dérivée de l'action en responsabilité civile appliquée à l'activité économique.

B. Un préjudice largement présumé

La condition classique relative au préjudice supposait une perte ou un détournement de clientèle, ce qui impliquait l'existence d'un rapport de concurrence entre les parties. Puis les procédés déloyaux contenant une infinie potentialité d'effets préjudiciables, la jurisprudence a accepté de réparer des préjudices diversifiés, tel le trouble commercial. Le trouble commercial peut être défini comme « l'utilisation de procédés qui ont nécessairement pour effet de déstabiliser et de diminuer la capacité de concurrence d'un opérateur économique » *32*.

Lorsque ce préjudice consiste en un trouble commercial, il est apprécié souplement. La preuve du préjudice est parfois encore facilitée lorsque les juges considè-rent que le préjudice s'infère nécessairement de la faute commise. En l'espèce, le préjudice est caractérisé comme étant commercial : il consiste pour la victime à ne pas pouvoir commercialiser suffisamment la production sur le marché. Il s'agit d'un préjudice dit de développement. En imposant à la société La Fermière de consacrer une partie de sa capacité de production à Danone, cet accord aurait une influence certaine sur la production de la victime. Selon la Cour d'appel, cet accord privait Yoplait de la possibilité d'augmenter sa production et ses ventes. Un certain flou règne quant à la caractérisation du préjudice qui est largement présumé *33*.

Si le rapport concurrentiel a perdu son caractère déterminant quant à la faute dans l'action en concurrence déloyale, il peut contribuer à cerner le préjudice. En effet, il doit entrer en considération pour l'appréciation du préjudice afin de mesurer la réparation *34* : plus précisément, le lien de concurrence peut devenir caractéristique de l'existence du préjudice ou de son absence. Des juridictions ont en effet considéré que l'absence de lien concurrentiel était symptomatique d'une absence de préjudice, et elles ont

conclu de ce fait au rejet de l'action en concurrence déloyale. Certains auteurs insistent également sur ce rôle que peut jouer le lien concurrentiel quant à l'analyse du préjudice et à la recevabilité de l'action *35*. Le défaut de lien concurrentiel peut devenir un critère d'exclusion du préjudice et donc de la recevabilité de l'action. Il y aurait un dévoiement de l'utilisation de ce lien de concurrence qui glisserait de la faute au préjudice *36*.

L'élargissement de la théorie de la concurrence déloyale s'accompagne d'une certaine confusion quant aux conditions de mise en oeuvre de cette action. Dès lors qu'un lien direct de concurrence n'est pas exigé, l'incertitude et l'insécurité juridiques règnent. La Cour de cassation refuse ainsi de cloisonner l'action en concurrence déloyale et de la limiter à certains comportements délictuels : l'action en concurrence déloyale vise par son caractère disciplinaire à protéger le fonctionnement du marché afin de préserver le jeu normal et loyal de la concurrence *37*. Son objectif originaire de protection des intérêts propres à un concurrent s'est transformé en un objectif de régulation de la concurrence. Pour assurer l'efficacité économique sur le marché, la concurrence déloyale tend à assurer une loyauté de la compétition économique, et une loyauté de tout comportement y compris entre non-concurrents. La mue de la concurrence déloyale est accomplie et trouvera peut-être un parachèvement dans une consécration légale proposée par certains auteurs *38*.

Véritable outil de régulation du marché grâce à ses fonctions d'indemnisation et de dissuasion, la concurrence déloyale participe cependant d'une répression accrue des comportements des acteurs du marché. C'est pourquoi la jurisprudence devra éviter certaines dérives et veiller à assurer le respect d'une libre concurrence. Pour cela, la place occupée par la concurrence déloyale au sein du droit de la concurrence mérite encore d'être clarifiée.

1 –

(1) Cass. com., 12 février 2008, pourvoi no 06-17.501, JCP E 2008, pan. 1388 ; Contrats, conc. consom., avril 2008, comm. 103, M. Malaurie-Vignal ; Contrats, conc. consom. mai 2008, comm. 63, Ch. Caron.

2 –

(2) Y. Serra, Concurrence déloyale, Rép. com. Dalloz 1996, spéc. no 22.

3 –

(3) Principe proclamé par la loi des 2 et 17 mars 1791, dite «décret d'Allarde», ayant valeur constitutionnelle.

4 –

(4) D. Legeais, Concurrence déloyale et parasitaire, J.-Cl. Commercial 2004, fasc. 254, no 1.

5 –

(5) Même la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle qui se réfère à la concurrence déloyale dans son article 10 définit l'acte de concurrence déloyale comme «tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale».

6 –

(6) P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle, Sirey 1952, T. I, p. 498 : «Pour que l'action en concurrence déloyale puisse être exercée (...). Il faut que l'action soit introduite à raison d'un acte de concurrence, et d'autre part que cette concurrence revête un caractère de déloyauté».

7 –

(7) Cass. civ. 1re, 3 mars 1982, Bull. civ. I, no 98.

8 –

(8) Y. Chaput (sous la dir.), Clientèle et concurrence, Litec 2000.

9 –

(9) R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. PoillotPeruzzetto, Lamy Droit économique 2008, no 2711.

10 –

(10) M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, Droit de la concurrence, Précis Dalloz 2006, no 481.

11 –

(11) Y. Serra, Concurrence déloyale, préc., nos 75 et s. ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, Sirey, 4e éd. 2008, no 355.

12 –

(12) J. Passa, Domaine de l'action en concurrence déloyale, J.-Cl. Concurrence - Consommation, fasc. 240, 1998, no 14 ; v. également en ce sens : Y. Serra, Concurrence déloyale, préc., no 74.

13 –

(13) L. Vogel, Droit de la concurrence déloyale, Lawlex 2007-2008, no 8.

14 –

(14) CA Paris, 20 février 1992, D. 1993, som. comm. p. 156, obs. M.-L. Izorche : à l'occasion du dénigrement d'un grossiste à l'égard de l'exploitant d'une chaîne de magasins de détail, la Cour considère que «L'imputation de concurrence déloyale ne saurait être écartée au prétendu motif que l'entreprise dénigrée exploiterait une chaîne de magasins de détail, alors que le dénigrant est un grossiste, dès lors que les parties s'adressent à la même clientèle». Selon l'auteur, «il y avait bien une clientèle commune sans laquelle la situation de concurrence ne saurait exister».

15 –

(15) En ce sens, M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, préc., no 355.

16 –

(16) Évoquant la «conception très compréhensive de la notion de parties à l'action en concurrence déloyale» : Y. Serra, note sous Cass. com., 30 mai 2000, D. 2001, JCE, p. 2587.

17 –

(17) Évoquant la version anglo-saxonne de la concurrence déloyale admise sans concurrence («unfair competition without competition») : S. Guinchard, De la loyauté de la concurrence à la loyauté de la procédure, in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges Y. Serra, Dalloz 2006, p. 229, spéc., p. 232.

18 –

(18) Y. Picod, Pour une consécration législative de la concurrence déloyale, in Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges Y. Serra, Dalloz 2006, p. 359, spéc., p. 367 : c'est notamment le cas de la loi espagnole et de la loi suisse, et l'auteur relève que c'est désormais le cas de la législation de la plupart des pays de l'Est.

19 –

(19) V. Cass. com., 13 décembre 2005, Bull. civ. IV, no 254 ; D. 2006, JCP E 63, obs. C. Manara : cassation de l'arrêt qui n'a pas recherché si «les sociétés en litige exerçaient des activités identiques ou concurrentes et s'il en résultait un risque de confusion» ; Cass. com. 19 novembre 2002, Bull. civ. IV, no 171.

20 –

(20) S'agissant d'une concurrence déloyale par dénigrement : Cass. com., 20 novembre 2007, Contrats, conc. consom. 2008, comm. 51, M. Malaurie-Vignal.

21 –

(21) Considérant que le fait que la clientèle «soit réputée celle d'un tiers au litige est indifférente pour accueillir une action en concurrence déloyale» : Cass. com., 30 mai 2000, D. 2001, JCE p. 2587, note Y. Serra, Contrats, conc. consom. 2000, no 161, note M. Malaurie-Vignal ; CA Paris 24 septembre 1996, D. 1997, JCE p. 234, note Y. Serra.

22 –

(22) V. par exemple Cass. com., 21 novembre 2000, RJDA 2001, no 248.

23 –

(23) CA Versailles, 4 mars 1987, D. 1988, som. comm. p. 211, obs. Y. Serra : pour retenir la concurrence déloyale entre une société vendant à des particuliers et un fabricant vendant à des détaillants, la Cour d'appel relève que «la concurrence fautive peut être retenue quelle que soit la position des deux sociétés commerciales dans le circuit économique». V. cependant : CA Versailles, 12 février 1990, D. 1990, JCE p. 264, note Y. Serra : alors que les parties ne se situent pas au même stade de l'activité commerciale, la Cour retient qu'il existe un «affrontement direct» entre elles et qu'elles se disputent une clientèle finalement commune.

24 –

(24) Contra M. Malaurie-Vignal, note préc. : «Le comportement de La Fermière (en souscrivant une telle exclusivité) nuisait à Yoplait (...) ce qui signifiait que Yoplait pouvait être un concurrent direct de La Fermière sur ce marché».

25 –

(25) En ce sens, Y. Serra, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, D. 2000, JCE p. 87.

26 –

(26) Considérant qu'une loi relative à la concurrence déloyale permettrait de clarifier cette question en précisant que les parties à l'action n'ont pas à être en situation de concurrence : Y. Picod, Pour une consécration législative de la concurrence déloyale, préc., p. 359, spéc. p. 368.

27 –

(27) Sur les catégories d'actes de concurrence déloyale, v. Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2006-2007, nos 7011 et s.

28 –

(28) En faveur de l'intégration des agissements parasitaires au sein de la concurrence déloyale : Y. Picod, Pour une consécration législative de la concurrence déloyale, préc., p. 359, spéc., p. 368 ; Y. Serra, note préc., p. 2589.

29 –

(29) Afin de témoigner de cette extension, on a pu proposer de rebaptiser la théorie de la concurrence déloyale et de la théorie du parasitisme en comportements délictuels de marché : Y. Auguet, Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, LGDJ 2000, nos 472 et s. ; en faveur de la qualification de comportement délictuel des intervenants du marché : Ph. le Tourneau, Le parasitisme, Litec 1998, no 29.

30 –

(30) Y. Picod, Pour une consécration législative de la concurrence déloyale, préc. p. 359, spéc. p. 367 : l'identification du comportement fautif doit se faire par référence à la «loyauté dans la concurrence», plutôt qu'à «la loyauté du concurrent».

31 –

(31) M.-L. Izorche, Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, RTD com. 1998, p. 17 ; D. Legeais, Concurrence déloyale et parasitaire, J.Cl. Commercial 2004, fasc. 254, no 1.

32 –

(32) Y. Serra, note sous Cass com., 26 janvier 1999, D. 2000, JCE, p. 87.

33 –

(33) Il ne s'agirait que de la fonction préventive de l'action en responsabilité civile : en ce sens, J. Passa, note sous Cass. com., 20 novembre 2007, Revue Propriétés intellectuelles, avril 2008, p. 260.

34 –

(34) En ce sens, Y. Picod, D. 2006, pan., p. 2930.

35 –

(35) J.-M. Mousseron, Responsabilité civile et droits intellectuels, Mélanges A. Chavanne, Litec 1990, p. 247.

36 –

(36) En ce sens, voir notamment : Y. Picod, Pour une consécration législative de la concurrence déloyale, préc., p. 359.

37 –

(37) En ce sens, v. notamment : Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, préc., no 7012 ; Y. Serra, note préc., p. 2590.

38 –

(38) Pour une proposition d'intégration dans la loi à l'image de la plupart des législations européennes : Y. Picod, Pour une consécration législative de la concurrence déloyale, précité p. 359 ; Rapport Canivet, Restaurer la concurrence par les prix, Doc. fr. 2005, p. 97 ; doutant de l'intérêt de légiférer sur la question, même si «l'onction légale peut présenter des vertus pédagogiques» : M. Chagny, La loyauté dans les relations commerciales à la conquête du droit français de la concurrence : nouvel épisode prélégislatif, RLDC 2005, spéc. no 12.