

Études et doctrine

Chronique

par Marie-Anne Frison-Roche

Professeur

Université d'Angers

Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II

Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme

1. Une approche globale et simple du droit de la concurrence paraît de plus en plus nécessaire. En effet, ce qui est frappant, dans cette matière, certes comme dans beaucoup d'autres, c'est la sophistication des instruments juridiques, la complication de la branche notamment par la perspective communautaire, la confusion, voire l'inversion des rôles qui conduit la doctrine universitaire à faire de la pratique et l'Administration à faire, avec la même abondance, de la doctrine dans des publications *ad hoc*. Peut-on soupçonner que même le spécialiste finit par ne plus s'y retrouver ? Nous sommes désormais face à un amoncellement de règles, ici plutôt de décisions, dont l'informatique accroît considérablement la disponibilité, et qui ont fini par recouvrir d'autant de strates les principes juridiques classiques qui justifiaient la matière.

2. Retrouver les principes, ce n'est pas un jeu universitaire, ni une démarche d'historien du droit. C'est une *exigence pratique*. En effet, et de la façon la plus quotidienne, se reporter aux principes d'une matière, c'est :

— Obliger à l'interprétation des textes dans le sens des principes qui ont justifié leur existence. Lorsqu'un texte technique est susceptible de plusieurs interprétations – ce qu'il est toujours – le praticien peut imposer la supériorité de l'interprétation conforme aux principes.

— Limiter les textes existants dès l'instant qu'ils sont contraires aux principes, et donc par définition constituent des dispositions exceptionnelles, par une interprétation restrictive de leur domaine, de leur portée, de leurs conditions d'application, etc. Lorsque les textes sont à venir, les principes permettent de s'insurger contre leur perspective ...

— Obliger au respect des principes en dehors de tout texte particulier, parce que l'existence des principes

ne dépend pas des textes qui les reprennent et qu'un juge doit donner effet à un principe, indépendamment de tout texte.

3. La démonstration est particulièrement probante en matière de concurrence déloyale et de parasitisme puisque la jurisprudence s'y est harmonieusement développée sans qu'un acharnement législatif soit nécessaire. Tout est venu de l'article 1382 du Code civil, lequel tient sa puissance et sa fortune de la généralité extrême de ses termes, visant n'importe quel auteur, n'importe quelle victime, n'importe quelle faute, n'importe quel préjudice. Mais le droit positif est pris à son propre piège, parce qu'à la richesse des hypothèses de sanction offerte par l'article 1382 du Code civil correspond hélas la pauvreté de la sanction elle-même qui n'est jamais qu'une réparation.

4. Mais remontons plus encore dans les principes. Pourquoi sanctionner la concurrence déloyale et le parasitisme ? Il ne suffit pas de répondre que le droit positif le veut. Le droit positif ne peut rien fonder et un fondement légitime doit dominer le droit positif, selon l'effet attaché aux principes décrits auparavant. Or, pourquoi doit-on sanctionner les comportements de concurrence déloyale et de parasitisme ? Par nécessité morale ou par une nécessité de nature économique propre au marché ? Tout l'enjeu de l'avant-projet de loi *instaurant diverses mesures de lutte contre la concurrence déloyale* est là.

5. La question première est celle des sources du droit de la concurrence déloyale (1).

Il convient donc d'aborder successivement la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme issue de la puissance normative de l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire la source positive, avant d'envisager la

(1) Voir les réflexions fondamentales de Cl. Champaud, Les sources du droit de la concurrence déloyale au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France, *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz 1985 p. 61 spéc. n° 40 : « Le point de savoir quelles sont les véritables sources de la répression de la concurrence déloyale soulève un remarquable problème doctrinal que la doctrine commercialiste a remarquablement escamoté dans son ensemble »

question de la concurrence déloyale et du parasitisme entre morale et marché, c'est-à-dire le fondement légitime.

I. La source positive de la théorie de la concurrence déloyale et du parasitisme

6. Chacun le répète à l'envi, dans une sorte d'unanimité qui devrait alerter par cela même : la source de la théorie de la concurrence déloyale et du parasitisme est dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Il en résulte une grande richesse prétorienne quant aux hypothèses de sanction, mais une limite inhérente aux types et aux montants des sanctions, ce qui est actuellement préoccupant.

A. La richesse imaginative quant aux hypothèses de sanction

7. A partir de l'article 1382 du Code civil, est née la jurisprudence sanctionnant la concurrence déloyale, puis une petite sœur est venue, dans celle sanctionnant le comportement parasite (2). La jurisprudence rappelle ce lien de filiation par ses visas (3).

1. Le contrôle des comportements déloyaux entre concurrents

8. C'est la *concurrence déloyale proprement dite*. Un acteur économique cherche, à propos d'un produit ou service, ou à propos d'un signe distinctif (nom commercial, dénomination sociale, enseigne), à créer une confusion dans l'esprit du consommateur, afin que, ce dernier prenant l'un pour l'autre, soit ainsi détournée indûment la clientèle de l'autre acteur économique, victime de ce stratagème.

9. La qualification de concurrence déloyale conserve son intérêt même lorsque la confusion coïncide avec une contrefaçon puisque la jurisprudence admet que l'existence d'une faute autre que la contrefaçon proprement dite conserve ouverte l'action en concurrence déloyale. En outre, il est des situations dans lesquelles un droit de propriété industriel n'existe pas, lorsque le produit n'a fait l'objet d'aucun brevet par exemple. Dans ce cas, le constat d'une copie servile suffira à caractériser la déloyauté. Par exemple, la copie à l'identique d'une montre Cartier, alors même que celle-ci était tombée dans le domaine public, constituait une concurrence déloyale (4).

10. Concernant les *signes distinctifs*, la confusion sera blâmable dès l'instant que l'assimilation trompeuse sera aisée, au regard d'un consommateur moyennement vigilant (et l'on sait que la dérive du droit de la consommation vers un droit des incapacités

pousse à prendre comme modèle du consommateur moyen le consommateur parfaitement crétin...). Un exemple peut être pris de cette absence de réflexion présumée : un vendeur d'eau minérale commercialise son eau avec une étiquette comportant un rose dégradé, le bleu pour les lettres et le blanc pour le milieu. Lors du procès que lui intente l'entreprise commercialisant l'eau d'Évian, le défendeur démontre par sondage que le consommateur n'opère pas de confusion. Mais le Tribunal estime que les personnes ainsi interrogées réfléchissent avant de répondre à un sondage alors que le consommateur ne réfléchira pas en achetant l'eau et pourra donc commettre la confusion (5). Peut-être pourrait-on remettre en cause cette assimilation du consommateur et de l'enfant en bas âge.

11. D'une façon plus générale, il pourra donc s'agir de l'imitation d'un emballage, d'un nom commercial, d'une prononciation, d'un graphisme, etc. Prenons un exemple qui a le mérite d'être amusant (premier mérite de l'exemple pour le pédagogue) : dénommer un magasin *Galerias Layette*, c'est se comporter comme un concurrent déloyal à l'égard des *Galerias Lafayette* (6). D'autres sont tout aussi éclairants : le nom commercial *John Lobb* est protégé, indépendamment de toute propriété industrielle, contre l'imitation qu'en constitue le nom *Lobb's* (7).

12. Un deuxième mode constitutif de la concurrence déloyale est le *dénigrement*. La clientèle d'un acteur économique est ainsi détournée par un autre à son profit en jetant le discrédit sur le premier, quelles que soient les modalités utilisées, prospectus, simples paroles, etc., dès l'instant que ces manœuvres sont destinées aux tiers, même si elles prennent la forme prétendument objective de la publicité comparative, et que le procédé ne respecte pas les conditions strictement posées par la loi du 8 janvier 1992 autorisant une publicité véritablement comparative. Ainsi, par exemple, la grande distribution ne peut impunément qualifier le petit commerce d'« attrape-nigaud » (8)...

13. Un troisième et dernier comportement caractéristique de la déloyauté est la *désorganisation* de l'entreprise concurrente. Le dommage est notamment constitué par l'affaiblissement des moyens de production ou de commercialisation, notamment par le détournement de personnel et par la divulgation de secrets industriels ou plus largement de savoir-faire (9).

2. Le contrôle des comportements déloyaux entre entreprises non concurrentes

14. La *concurrence déloyale* postule par définition un rapport de concurrence. C'est pourquoi il a suffi de poser, car l'article 1382 n'impose aucun lien préalable, ni juridique ni économique, entre auteur et victime du trouble, que seraient également sanctionnés les agissements parasitaires. L'expression de concurrence

(2) Voir, notamment, J. Azéma, Le droit français de la concurrence, coll. « Thémis », PUF ; J.-J. Burst, Concurrence déloyale et parasitisme, coll. « Droit usuel », Dalloz 1993 ; Y. Serra, Le droit français de la concurrence, Coll. « Connaissance du droit », Dalloz 1993 ; P. Roubier, Théorie générale de l'action en concurrence déloyale, Rev. trim. civ. 1948, 542.

(3) Cass. com. 8 mars 1982, Bull. civ. IV p. 80 n° 89 ; Cass. com. 22 mars 1982, JCP 1982.IV.201.

(4) Cass. com. 4 janvier 1984, Bull. civ. IV p. 6 n° 8.

(5) TGI Paris 25 janvier 1990, JCP (éd. E) 1991.I.59, n° 23, obs. J. J. Burst et J.-M. Mousseron ; PIBD 1990.III.402.

(6) CA Aix 5 novembre 1927, API 1928 p. 317.

(7) TGI Paris 5 mai 1987, RDPI 1987.14 p. 100.

(8) CA Bordeaux 3 mars 1971, D 1971 som. 222 ; Gaz. Pal. 1971.2.398 note J.-Cl. Fourgoux.

(9) J.-M. Mousseron, Aspect juridique du know how, Cah. dr. entr. 1979/1 p. 2 s.

parasitaire est ambiguë : il s'agit d'une notion hybride désignant le parasitisme entre concurrents, en présence notamment de réseaux de distribution sélective. Il s'agira alors de sanctionner un acteur économique qui profite indûment des investissements d'un concurrent (10). Mais le cas de figure s'intègre si aisément dans le cadre de la concurrence déloyale qu'il n'y apporte guère et, en ce qu'il engendre au contraire une certaine confusion avec l'agissement parasitaire, lequel s'exerce entre non-concurrents, on a pu penser que l'expression même de « concurrence parasitaire » était sans doute à rejeter (11).

15. La sanction de l'*agissement parasitaire* est plus audacieuse parce que les relations entre concurrents directs ne sont plus en cause. Il faut d'ailleurs noter le rôle de la doctrine dans cette innovation prétorienne (12), comme c'est souvent le cas lorsque les mailles des textes de référence sont à ce point lâches.

L'agissement parasitaire, sanctionné à ce titre, est désigné par cette métaphore biologique très explicite : celui qui se nourrit de l'effort d'autrui entame la valeur économique dont ce dernier avait permis la constitution. Le parasite devra indemniser l'auteur de l'investissement. La jurisprudence utilise elle-même l'image du « sillage » en se référant au fait de « profiter des efforts d'un concurrent dont le produit connaît un succès dans le sillage duquel on tente à moindres frais de se placer » (13). Les arrêts ne répugnent pas à plus encore de bucolisme en évoquant le « règne végétal ou animal » (14) lorsqu'il s'agit de stigmatiser le coucou installé dans le nid d'autrui.

16. Ainsi, dans une économie de plus en plus désincarnée, où le produit vendu est essentiellement constitué du rêve qui l'enveloppe, où le prestige et la communication sont des valeurs mises en avant, et aussi puissantes qu'éphémères, toutes sortes d'investissements (15), y compris et surtout immatériels, peuvent être ainsi protégés par la sanction de l'agissement parasitaire. Ainsi, la cristallerie qui s'installe dans la ville de Baccarat peut se faire reprocher cet agissement parasitaire (16). C'est l'importance grandissante de l'immatériel dans l'économie, des idées comme valeurs premières dans une société en pénurie d'inven-

tion et de projet, qui ont conduit une doctrine à proposer que l'on revienne sur la conception classique selon laquelle les idées ne peuvent en rien être protégées, alors que, dans un monde sans imagination, l'idée est le bien le plus précieux. La théorie du parasitisme pourrait être utilisée à cette fin (17). A tout le moins, cela montre que les hypothèses de sanction ont vocation à s'étendre. Cela n'en rend que plus frappante la pauvreté imaginative quant aux modes de sanction.

B. La pauvreté imaginative quant aux modes de sanction

1. L'économie classique de l'article 1382

17. L'article 1382 du Code civil est déjà pris entre deux feux qu'il s'efforce de concilier : la sanction d'un comportement fautif et la réparation d'un dommage subi. Il en assure l'équilibre et le lien en mettant à la charge du fautif l'indemnisation de la victime. Mais l'indemnisation de la victime est la limite de la sanction et le principe de la réparation intégrale interdit une sanction qui excède les contours du dommage.

18. Or, si la sanction susceptible d'être prononcée – et il faut déjà tenir compte du fait que cela n'est qu'une perspective à assez long terme en raison de la lenteur de la justice institutionnelle – est en toute hypothèse d'un montant moindre que le profit immédiatement acquis, non seulement l'entreprise peut mais elle doit, par rationalité économique, enfreindre la loi. Les théories sociologiques nouvelles qui présentent l'intégralité des comportements juridiques comme des transactions économiques, y compris en matière pénale (je tue et j'en paie le prix), ne peuvent que renforcer la légitimité de cette approche.

2. La nécessité d'intégrer la rationalité économique

19. Si l'on ne veut pas qu'il en soit ainsi, et que le droit se contente de facturer, avec retard, à l'entreprise le prix de son comportement économiquement profitable, il faut alors aller vers des sanctions au montant plus élevé que le *quantum* du dommage, ou aller vers des sanctions détachées du dommage, comme par exemple le discrédit porté socialement sur l'entreprise, par des mises au pilori modernes, telles que publication dans les journaux, etc. Aux entreprises aussi, il peut s'agir de faire honte.

20. Ainsi, si l'on veut que le droit ne soit pas seulement une transaction offerte au contrevenant mais que son effectivité entrave le comportement qu'il réprime, on doit nécessairement aller dans cette voie. Cela éviterait, à l'avenir, que les parties qui ont perdu juridiquement dans « l'affaire *Champagne* » – jurisprudence dont on nous affirme qu'elle est « l'illustration parfaite de l'intérêt de la théorie des agissements parasitaires », puisqu'il s'agit d'une pure usurpation de notoriété (18) – aient gagné économiquement et s'en vantent (19).

(10) CA Versailles 20 octobre 1993, ci-dessous Décisions du mois n° 751, *a contrario*.

(11) Ph. le Tourneau, Le parasitisme dans tous ses états, D. 1993.chron.310 ; J.-J. Burst précité note 2, n° 3, p. 3.

(12) Voir spéc. J. Dupichot, Pour une réflexion doctrinale sur la nécessaire sanction du parasitisme économique : vers un particularisme des sanctions ou vers un retour du droit commun ?, Gaz. Pal. 1987.1. doct. p. 348, mais aussi E. Agostini, Les agissements parasitaires en droit comparé, JCP 1987.I.3284 ; X. Desjeux, Le droit de la responsabilité civile comme limite du principe de la liberté du commerce et de l'industrie : à propos de la sanction de la copie, JCP (éd. E) 1985.II.14490 ; La copie du médicament : un acte de concurrence parasitaire, JCP (éd. E) 1987.II.14929 ; J.-M. Mousseron, Entreprise, parasitisme et droit, Cah. dr. entr. 1992/6 ; Y. Saint-Gal, Concurrence parasitaire et agissements parasitaires, RIPIA 1957 p. 19 et le Colloque du 13 mai 1987, Le parasitisme économique, quelles solutions juridiques ? Gaz. Pal. - Litec 1989.

(13) CA Paris 8 juin 1989, PIBD 1989.III.645.

(14) CA Paris 18 mai 1989, JCP (éd. E) 1990.II.15698 obs. J.-J. Burst et J.-M. Mousseron.

(15) J.-M. Mousseron, Parasitisme et recherche et développement, Dossiers Brevets 1987.III.

(16) Cass. com. 17 mai 1982, Rev. trim. com. 1982.553 obs. A. Champagne et J. Azéma.

(17) Ph. le Tourneau, Le parasitisme dans tous ses états, précité note 11.

(18) CA Paris 15 décembre 1993, RJDA 3/94 n° 352 ; D. 1994.145 note Ph. le Tourneau ; Voir aussi A. Le Tarnec, Appellations d'origine et marques, A propos de l'affaire du parfum « Champagne », Gaz. Pal. du 23 janvier 1994.

(19) M. A. Frison-Roche, L'affaire Champagne, ou de l'ineffectivité du droit et du mépris du juge, Rev. trim. civ. à paraître.

21. Cela oblige alors nécessairement à délaissier ce si fructueux article 1382 du Code civil, la situation actuelle attestant que son économie est dépassée. Mais, si l'on perd la source positive de l'ensemble du système, un gouffre s'ouvre et la question se pose alors radicalement : pourquoi sanctionner une concurrence déloyale, un agissement ou une concurrence parasitaire ? L'ensemble étant lié, le dépassement de l'article 1382 du Code civil conduit à trouver en deçà un fondement légitime qui, à lui seul, suffira à justifier la sanction, elle-même enfin détachée de la responsabilité civile. La doctrine majoritaire affirme qu'il est « évident » que la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme découle des articles 1382 et 1383 du Code civil. Pourquoi ? L'incantation faite à l'évidence présente l'intérêt rhétorique d'en dispenser le chantre de toute justification et de laisser sans voix l'éventuel contradicteur, puisque se désignant lui-même comme stupide s'il est incapable de reconnaître l'évidence. Mais si l'on ne se satisfait pas de ce dogmatisme reproduit, il n'est pas évident que la responsabilité civile soit la source première de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme. Il faut alors chercher plus loin et sortir par la même occasion du cercle vicieux de la réparation comme sanction.

Deux réalités normatives prétendent constituer ce fondement nécessaire et suffisant : la morale et le marché. Le droit technique change totalement de règles suivant que la référence se fait à la première ou au second.

II. Le fondement légitime de la théorie de la concurrence déloyale et du parasitisme

22. La concurrence reste le principe, dans une économie libérale traduite par le fondement constitutionnel de liberté du commerce et de l'industrie. Comment dès lors sanctionner la pratique concurrentielle, moteur de l'économie ? On le peut contractuellement, car le contrat fait la loi des parties. Ce sera l'objet et l'effet des clauses de non-concurrence. On le peut si, au nom du fonctionnement du marché, on impose des mécanismes de pratiques interdites. On le peut au nom de droits privatifs dont autrui peut se prévaloir, sans condition, à travers les mécanismes particuliers de la propriété industrielle qui, à l'état de guerre, se réalisent dans les actions en contrefaçon (20).

23. Dans la concurrence déloyale et le parasitisme, il ne s'agit que de sanctionner l'excès. Il se concrétise par la déloyauté du comportement, ce qui implique une référence implicite à la morale : c'est pourquoi tous les coups ne sont pas permis. Il s'agit d'une morale presque intuitive : on peut être ainsi sensible à l'analogie entre l'interdiction morale de copier sur son voisin, qui s'applique à l'école dès le plus jeune âge, et pareillement dans le monde économique en cas de concurrence, l'expression de « copie servile » étant illustrative de cela. De la même façon, l'interdic-

(20) P. Roubier, Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, *Rev. trim. civ.* 1952.161 ; S. Durrande, Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale, *D.* 1984.chron.187.

tion de dire du mal de ses camarades a à voir avec la sanction du dénigrement.

A. La pertinence de la référence à la morale

24. Pourquoi ne pas simplement, c'est-à-dire purement, se rapporter au principe général de loyauté, et rappeler son prix ?

1. Le principe général de loyauté

25. C'est la référence ultime, au-delà de la protection des concurrents et des consommateurs et J.-J. Burst affirme que « l'action en concurrence déloyale sanctionne moins un détournement de clientèle qu'un agissement déloyal » (21). On retrouve le devoir de loyauté et la jurisprudence s'y réfère par principe (22). Celui-ci constitue un standard, sans doute encore en latence actuellement (23) mais autour duquel commence à se reconstruire le droit, par-dessus l'amas des textes positifs. Ainsi la loyauté s'impose en matière contractuelle, non seulement dans l'exécution, à travers l'article 1134 du Code civil, mais encore dans la formation, par affirmation jurisprudentielle ; elle s'impose en matière procédurale à travers la loyauté de la recherche des preuves et la participation à un débat loyal et contradictoire ; elle s'impose en matière extra-contractuelle, car le sujet de droit est astreint à la traduction juridique d'une morale minimale, au regard de ce que Paul Roubier désignait comme les « usages honnêtes du commerce », terminologie reprise dans les textes.

26. La franchise avec laquelle la jurisprudence devrait reconnaître ce fondement, ce qui la libérerait dans le même temps de la contrainte limitant la sanction à la réparation, permettrait de caractériser davantage la concurrence déloyale ou l'agissement parasitaire par rapport à la concurrence illégale, lorsque l'atteinte à la concurrence est organisée par des textes relatifs à des droits exclusifs, et par rapport à la concurrence interdite, constituée par les incriminations du droit régulant la concurrence, actuellement à travers l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et des articles 85 et 86 du Traité de Rome. Le développement du corps des principes généraux, au sein duquel l'interdiction de la déloyauté dans les rapports des entreprises les unes envers les autres a vocation à prendre place, indépendamment de toute organisation ou contrôle du marché, autoriserait concrètement une telle perspective.

2. Le prix de la morale

27. Dès lors, la morale ne tend pas tant à sanctionner le comportement immoral qu'à faire en sorte que le comportement immoral ne soit pas. Il faut donc préventivement que la sanction en perspective soit suffisante pour profiter de la rationalité économique, afin que

(21) Concurrence déloyale et parasitisme, précité note 2, n° 1, p. 2.
(22) CA Paris 16 février 1989, *JCP* (éd. E) 1990.II.15706, n° 87 : « La concurrence est un jeu qui, comme tout autre, repose sur une obligation générale de loyauté... ». Sur l'application plus générale de la théorie des jeux en droit, v. sous la direction de F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le jeu : un paradigme pour le droit*, coll. « Droit et société », LGDJ 1992.

(23) La doctrine observe que « cette obligation de loyauté imprègne d'ailleurs le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi », J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat formation*, LGDJ 2^e éd. n° 184 p. 200.

celle-ci ne soit plus source du comportement réprouvé mais entrave objective à ce dernier. Il conviendrait en effet que le calcul économique de l'agent anticipant le résultat du comportement immoral soit négatif, en raison du caractère élevé de la sanction, pour que le projet soit rationnellement délaissé.

28. Cette rationalité économique trouve déjà à s'appliquer dans la jurisprudence visant à protéger effectivement le droit au respect de la vie privée. En effet, tant que le poids pécuniaire des sanctions frappant les organes de presse qui violent le droit au respect de la vie privée des personnes en vue est inférieur à l'augmentation de la marge bénéficiaire obtenue par les divulgations en cause, l'article 9 du Code civil et le principe général qui le sous-tend n'ont pas de véritable effectivité. Un mouvement se dessine aujourd'hui parmi les juges du fond pour apprécier le dommage moral de façon telle qu'à la condamnation juridique s'associe un désagrément économique.

29. En outre, c'est une morale collective qu'il s'agit aussi de satisfaire, par cette sorte de « prix fort » dont le bénéfice reviendra certes à la victime. En effet, c'est à une fonction disciplinaire que renvoie la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme. C'est pourquoi un courant doctrinal, certes minoritaire, a fort bien noté le rapport étroit entre sanction de la concurrence déloyale et droit pénal (24) et Claude Champaud affirme, à juste titre, que cette exigence d'un comportement conforme à une sorte de déontologie naturelle doit pouvoir justifier à elle seule la sanction (25).

30. Cela justifie d'ailleurs que la seule intention de créer une confusion, constitutive d'un simple risque, suffise à justifier une condamnation pour concurrence déloyale, pour « création d'une confusion possible » (26). Or, la tentative n'est normalement sanctionnée que dans la responsabilité pénale et non dans la responsabilité civile. L'autonomie du mécanisme de la concurrence déloyale à l'égard de cette dernière existe donc déjà en latence.

31. Il suffirait que la jurisprudence pose comme principe général du droit l'interdiction de la déloyauté des entreprises entre elles, qu'elles soient directement concurrentes ou non. Cela est apte à constituer un visa suffisant au regard des exigences des articles 4 et 5 du Code civil (27).

32. On ne peut d'ailleurs qu'être troublé par la parenté profonde qui existe entre la théorie des troubles du voisinage, qui sanctionne le dommage excessif dans les rapports entre voisins, théorie prétorienne autonome et ce qui est susceptible d'être conceptualisé comme la théorie des troubles du commerce, sanctionnant le dommage excessif dans les rapports entre com-

merçants. Une fois intellectuellement détachée de l'article 1382 du Code civil, lequel abrita aussi en son temps la sanction des troubles du voisinage, la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme pourrait faire l'objet d'une semblable théorie jurisprudentielle autonome, celle des *troubles anormaux de concurrence*.

B. L'absence de pertinence de la référence au marché

33. On distinguait naguère les rapports privés, régis par la concurrence déloyale, et le maintien du bon fonctionnement du marché, régi par des règles exorbitantes et appropriées. Aujourd'hui, la frontière se brouille avec une rapidité déconcertante.

1. La confusion grandissante entre les deux corps de règles régissant la concurrence

34. On trouve chez les auteurs les plus autorisés l'intégration de la notion de marché dans la définition du comportement parasitaire (28) ou constitutif de concurrence déloyale. Ainsi le parasitisme, notion encore dans l'enfance et donc davantage exposée aux déformations, consisterait dans un comportement qui, profitant de l'investissement d'autrui, affecte le bon fonctionnement du marché.

Que cet effet puisse s'ensuivre ne suffit pas à justifier la considération du marché dans la définition même du comportement déloyal : le fonctionnement du marché reste indifférent aux conditions constitutives du comportement répréhensible. Au sens probatoire et technique du terme, le marché n'est pas un fait pertinent en ce qui concerne la concurrence déloyale.

35. Il faudrait que le comportement soit, en outre et par coïncidence, constitutif d'entente ou d'abus de position dominante affectant sensiblement le marché pour ce que l'on pourrait désigner comme « l'autre droit de la concurrence » prétende s'appliquer. L'indifférence joue alors en sens inverse, puisque l'examen d'une déloyauté est sans pertinence, la cause du comportement anticoncurrentiel n'était pas analysée sous cet angle et l'on a remarqué à ce titre que l'abus de position dominante n'avait guère de rapport avec la théorie traditionnelle et moraliste de l'abus de droit. Les deux corps de règles, pouvant certes prendre possession de situations de fait identiques, sont donc parfaitement autonomes, voire étrangers.

36. Plus précisément, les règles juridiques de maintien du bon fonctionnement du marché relèvent d'un autre ordre : celui de l'ordre public économique. On pourrait certes remarquer que le fondement est alors proche du droit pénal, évoqué précédemment à propos de la concurrence déloyale (29). Mais dans la sanction de la concurrence déloyale, il s'agit de donner effet à une morale déontologique par une réaction disciplinaire, visant donc les sujets à travers la punition pécuniaire. Lorsqu'il s'agit du maintien du libre jeu du marché concurrentiel, cela prend la forme d'une sorte de droit pénal objectif, de ce droit administratif répressif enva-

(24) Cl. Giverdon, Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce, Rev. trim. com. 1953.865 ; J.-P. Doucet, Prescription et nature de l'action en concurrence déloyale, Gaz. Pal. 1964.2.105

(25) Les sources du droit de la concurrence déloyale au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France, précité, n° 40 p. 97 s. spéc. p. 98 ; la sanction de la concurrence déloyale « assure la police d'un corps social en s'inspirant d'une éthique marchande traditionnellement et communément admise par le milieu dont elle règle le comportement ».

(26) Cass. com. 3 juin 1986, Bull. civ. IV p. 94 n° 110.

(27) M. A. Frison-Roche, fasc. Juris-Classeur Civil, à paraître

(28) Ph. le Tourneau, précité note 11, se référant au parasitisme comme acte qui, certes parmi d'autres critères, « fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial ».

(29) Voir *supra* n° 27.

hissant, qui assure la « bonne santé » du marché, la sanction des agents visant au retour à son fonctionnement. Cette résurgence des théories pénalistes objectives, de la défense sociale notamment, permet de distinguer ici encore très nettement règles de la concurrence déloyale, qui s'attachent aux personnes et à la déontologie commerciale, et règles de la concurrence, qui s'attachent au marché et analysent comportements et structures dans cette seule perspective.

37. Le marché est l'alpha et l'omega de ce second corps de règles. Ce dernier s'appuie sur des textes spéciaux, notamment l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Sa protection incombe à d'autres organes, notamment le Conseil de la concurrence, la section spéciale de la première chambre de la Cour d'appel de Paris. Il n'est d'ailleurs pas inconcevable que le juge ordinaire puisse lui aussi, à terme, redevenir le juge du marché, notamment s'il peut disposer des moyens d'expertise qui lui manquent actuellement. L'ensemble constitue un corps organisé, cohérent, autonome et exceptionnel de règles particulières. Cela n'a rien à voir avec la sanction de la concurrence déloyale entre personnes privées, sans que le marché n'en constitue l'horizon.

2. Le cantonnement de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme dans des mécanismes de droit civil

38. En effet, ce n'est pas parce que la concurrence déloyale devrait s'affranchir des limites de l'article 1382 du Code civil pour constituer une théorie autonome des troubles anormaux de concurrence comme le fit la jurisprudence concernant les troubles anormaux de

voisinage, qu'elle devrait sortir du giron du droit privé classique.

39. Il est aujourd'hui nécessaire de rappeler qu'il s'agit de conflits d'intérêts privés, dont la solution est à la charge du juge ordinaire. L'ordre public n'a pas sa place dans la conceptualisation de l'ensemble et l'intérêt général n'est pas en cause. Cela implique que l'Administration n'a pas non plus sa place dans sa concrétisation. L'actuel avant-projet « instituant diverses mesures de lutte contre la concurrence déloyale » n'a certes pas semble-t-il de perspectives très solides d'un vote prochain. Mais il est symptomatique qu'il vise à donner pouvoir à l'Administration d'agir dans cette matière et manie avec force mais aussi désinvolture des mécanismes de nullité et d'amendes de toutes sortes. Doit-on y voir l'effet néfaste de cette confusion essentielle ?

40. Cela est aussi la marque d'une certaine perversion intellectuelle, qui analyse tout phénomène social à travers le prisme unique du marché. Cela n'est d'ailleurs pas propre à la matière juridique et tient sans doute au fait que le marché permet de penser la société en se dispensant de se pencher sur toute autre réalité, tels que les mœurs, la culture, les usages, et de recourir à d'autres concepts, notamment celui de l'État (30). Il est toujours dangereux de faire trop simple et trop net et sans doute serait-il plus sage de laisser persister dans le système juridique deux sortes de droit de la concurrence, la vieille concurrence déloyale, ragaillardie par le parasitisme, et le droit du marché. L'impression de désordre est parfois la marque de la sagesse.

(30) Voir, par exemple, parmi une littérature abondante, M. Refait, *L'entreprise et l'État. Capitalisme et démocratie*, coll. « Politique d'aujourd'hui », PUF 1994.