

FICHE n°12 b

Comment réparer les préjudices résultant de faits de parasitisme ?

Fondé, comme la concurrence déloyale (**fiche n° 12 a**), sur les articles 1240 et 1241 du code civil, le parasitisme économique se définit, selon une formule constante, comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* » ([Com., 26 janv. 1999, n°96-22.457](#)), définition couramment rappelée par les juges du fond :

« (...) le parasitisme, fondé sur l'article 1240 du code civil, qui dispose que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre en profitant indûment de sa notoriété ou de ses investissements, indépendamment de tout risque de confusion. Il requiert la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements » (CA Paris, pole 5, ch. 1, 1^{er} févr. 2022, n° 20/03318).

Le parasitisme ne requiert **pas de relation de concurrence** entre son auteur et sa victime ([Com., 16 févr. 2022, n°20-13.542](#)) et ne suppose **pas nécessairement de risque de confusion** ([Com., 27 janv. 2021, n°18-20.702](#)).

Par ailleurs, un acte de parasitisme implique l'existence d'une faute commise par une personne au préjudice d'une autre ; l'action peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties, dès lors que l'auteur se place dans le sillage de la victime en profitant indûment de ses efforts, de son savoir-faire, de sa notoriété ou de ses investissements ([Cass. com., 16 février 2022, n°20-13.542](#)) :

« La concurrence déloyale et le parasitisme sont fondés sur les textes précités mais sont caractérisés par application de critères distincts, la concurrence déloyale l'étant au regard du risque de confusion avec l'activité ou les produits du concurrent et les agissements parasitaires consistant à tirer ou entendre tirer profit de la valeur économique acquise par autrui au moyen d'un savoir-faire, d'un travail de création, de recherches ou d'investissements, de façon à en retirer un avantage concurrentiel » (CA Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 28 juin 2022, n°19/05247).

⇒ Hormis ces nuances, le parasitisme est aujourd'hui considéré comme un prolongement de la concurrence déloyale (**fiche n° 12 a**).

Il convient également de relativiser la distinction entre les actes de parasitisme classique et la concurrence parasitaire, cette notion s'appliquerait lorsqu'au-delà de

capter les investissements d'une entreprise, une situation de concurrence entre deux entreprises existe (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 25 juin 2021, n°18/15306), les juges ayant tendance à ne pas les distinguer.

Puisque le parasitisme est considéré comme un prolongement de la concurrence déloyale, tous les principes de cette dernière lui sont applicables :

- Action ouverte indépendamment de l'existence de droits privatifs ;
- Domaine d'application : activités professionnelles, et sanction des comportements contraires aux usages honnêtes et loyaux du commerce et de nature à troubler le jeu de la concurrence :
« La notion de parasitisme doit être appréciée au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui implique qu'un produit qui ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, puisse être librement reproduit, en l'absence de faute résultant d'une captation parasitaire, notamment d'investissements, circonstance attentatoire à l'exercice paisible et loyal du commerce » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} février 2022, n° 20/03318).

L'action est appréciée par les juridictions de droit commun, sauf si l'examen de la demande implique des règles spécifiques du code de la propriété intellectuelle, auquel cas seuls les tribunaux judiciaires déterminés par voie réglementaire seront compétents (CPI, art. L. 331-1).

Enfin, s'agissant de la prescription, la jurisprudence considère qu'« *une action en concurrence déloyale, de nature délictuelle, est soumise au régime de la prescription de l'article 2224 du code civil (...) peu important que les agissements déloyaux se voient inscrits dans la durée* » ([Com., 26 févr. 2020, pourvoi n°18-19.153](#)).

1 – Les chefs de préjudices résultant de fait de parasitisme

Pendant longtemps, l'évaluation classique était fondée sur la responsabilité civile selon le principe de réparation intégrale du préjudice, sans pouvoir appliquer la méthodologie spéciale prévue en matière de contrefaçon ([fiche n° 15](#)), et sans opérer de distinction entre le préjudice résultant d'actes de concurrence déloyale ou de parasitisme.

Dans le sillon de la concurrence déloyale, la Cour de cassation a rappelé explicitement **qu'il résulte nécessairement du parasitisme économique un préjudice**, fût-il simplement moral, sans qu'il soit nécessaire d'établir une perte de clientèle ou une perte de chiffre d'affaires imputable au parasite ([Com., 17 mars 2021, n°19-10.414](#)), solution également reprise par les juges du fond :

« (...) la cour rappelant que la preuve du préjudice subi en lien avec les agissements parasitaires n'est pas conditionnée à la diminution corrélative du chiffre d'affaires, au détournement caractérisé de la clientèle, ni même à la preuve d'un risque de confusion, élément au demeurant indifférent en matière de concurrence parasitaire » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} févr. 2022, n° 20/03318).

En substance, on relèvera les éléments suivants :

- ⇒ Rupture avec les conditions traditionnelles de la responsabilité civile, avec une appréciation souple du préjudice et du lien de causalité.
- ⇒ Cependant, pour établir *l'étendue* du préjudice, le demandeur doit établir la réalité de son préjudice, en identifiant les différents postes de préjudice et en rapportant les preuves (v. *infra*, point 3) qui permettront aux juges du fond d'apprécier le montant des dommages-intérêts à lui allouer ([Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)).
- ⇒ Déplacement de l'objet de la preuve de *l'existence* vers *l'étendue* du préjudice : la présomption de préjudice résultant des actes parasitaires ne dispense pas le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci.
- ⇒ En l'absence d'autres preuves, la réparation du préjudice sera le plus souvent symbolique et forfaitaire.

Cependant, depuis un revirement de jurisprudence (v. not., [Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)), une distinction existe entre les postes de préjudice selon les types d'actes de concurrence déloyale ou de parasitisme constatés :

- Les pratiques tendant à s'approprier/détourner la clientèle et à désorganiser un concurrent induiraient des « *conséquences économiques négatives* » pour le demandeur qui en est victime ([Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)) ;
- Les pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, en ce qu'elles permettent à leur auteur de s'épargner une dépense, induiraient « *un avantage concurrentiel indu* », sur la base duquel le demandeur peut réclamer des dommages-intérêts ([Com., 7 juill. 2021, n°20-11.146](#)).
Si l'« *avantage concurrentiel indu* » est généralement « *difficile à quantifier avec les éléments de preuve disponible* », la Cour de Cassation admet que son évaluation soit faite « *en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes* » ([Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)).

En pratique, l'évaluation du préjudice consistant à considérer les avantages indus ou économies d'investissement réalisées par le parasite, alternativement avec une situation qui ne permettrait pas d'établir la perte de revenu de la victime, tend à s'installer également dans la jurisprudence des juges du fond :

« *Dès lors le montant de la réparation du préjudice sera évalué en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de son concurrent (...)* » (CA Toulouse, ch. 2, 4 mars 2020, n° 17/01448) ;

« *Il importe néanmoins de prendre en compte dans l'estimation du préjudice économique subi les économies d'investissements de toute nature réalisées et de l'avantage indu ainsi obtenu par X* » (T. com., Paris, ch. 15, 25 oct. 2021, n° 2019032848) ;

« *Il importe de prendre en compte dans l'estimation du préjudice économique subi les économies d'investissements de toute nature réalisées et l'avantage*

indu ainsi obtenu par les défenderesses » (T.com., Paris, ch. 15, 20 sept. 2021, n° 2018026040) ;

« Or, c'est par une juste appréciation que la cour adopte, que le premier juge en se basant sur des investissements de développement du produit Easybreath justifiés à hauteur de 350.000 euros et des investissements promotionnels évalués à une somme qui n'est pas inférieure à un million d'euros, s'agissant de la seule conception des spots, même s'il est désormais justifié que les investissements publicitaires en ce compris la diffusion des spots publicitaires, sont de trois millions d'euros, a alloué aux sociétés Décathlon la somme de 100.000 euros en réparation de leur préjudice issu du parasitisme dont elles ont été victimes » (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 28 janv. 2022, n° 20/04831).

Ce raisonnement se rapproche de la méthodologie applicable en cas de violation de droits de propriété intellectuelle, pour lesquels sont pris en considération les « *bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits* » (CPI, art. L. 331-1-3). Dans ce cadre, les mêmes interrogations se posent quant à l'interdiction de simple cumul et à la difficile articulation pratique entre les dommages-intérêts alloués au titre du préjudice interprété dans un sens strict (gains manqués / pertes subies) et ceux alloués au titre des bénéfices / avantages indus (**fiche n° 15**).

Néanmoins, dans tous les cas, la réparation doit « *être à la mesure du préjudice subi* » et « *ne peut être disproportionnée* » ([Com, 13 juin 2019, n°18-10.688](#)). Le respect du **principe de proportionnalité** en matière de réparation des préjudices résultant des actes de concurrence déloyale et de parasitisme s'impose d'autant plus qu'il s'applique en matière de réparation des conséquences d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle (Directive 2004/48/CE, art. 3 et art. 10 §3).

Enfin, s'agissant de l'étendue de la réparation, lorsque le juge français est compétent, il peut statuer sur les faits de parasitisme subis à l'étranger en application du droit étranger et faire réparer le préjudice selon le droit local.

2 – Les paramètres d'appréciation des préjudices résultant de faits de parasitisme

L'avantage concurrentiel indu peut être « *modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes* » ([Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)).

En pratique, la démarche consiste à évaluer l'assiette à partir de laquelle le préjudice va être établi après avoir essayé d'estimer le montant de l'avantage indu obtenu par le parasite pendant la période affectée par les actes fautifs et le proratiser (en l'espèce, pour la victime, le coût de la taille était de 25% alors que celui de Cristal était de 10% :

l'avantage indu ainsi obtenu par Cristal était établi par la différence entre 25 et 10%, soit environ 15%, ce qui équivaut à 750.000 € en montant, sachant que le chiffre d'affaires de Cristal était d'environ 5 millions et celui de la victime d'environ 2 millions,

soit 2/5ème de 750.000 €, ce qui ramène à environ 300.000 euros le préjudice subi – calcul de la Cour d'appel).

- ⇒ Ainsi, le demandeur obtient des dommages-intérêts qui ne sont pas nécessairement fondés sur l'indemnisation de son propre préjudice, mais sur la restitution partielle (en fonction du chiffre d'affaires du demandeur) de l'avantage réalisé par le parasite, dans le but de rééquilibrer les efforts réalisés par les parties sur le marché et compenser l'avantage concurrentiel indu acquis par l'auteur du parasitisme.

Cette application de la modulation peut notamment s'apprécier au regard de :

- « (...) *la taille respective des deux sociétés et leur implantation sur le marché particulier* » (CA Toulouse, ch. 2, 4 mars 2020, n° 17/01448) ;
- « (...) *l'offre à la vente massive des articles (parasitaires)* » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} févr. 2022, n° 20/03318) ;
- « (...) *la quantité de (produits parasitaires) mis sur le marché par (le parasite), au prix de commercialisation de (celui-ci) et de (ceux) commercialisés par (le demandeur parasite)* » (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 4 févr. 2022, n° RG 20/07747).

L'évaluation de l'indemnisation allouée au demandeur est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond :

« Les investissements réalisés par la société X tant pour la conception que pour la commercialisation des emballages Y justifient que lui soit allouée la somme de 50.000 euros à titre de dommages intérêts pour les faits de parasitisme commis à son encontre (...) » (CA Douai, ch. 2, section 1, 16 déc. 2021, n° 19/05826) ;

« Il s'en suit qu'au vu de ces investissements que s'est appropriée la société E sans bourse délier et sans avoir fourni le travail intellectuel correspondant, il y a lieu en réformant le jugement entrepris d'allouer à la société la somme de 10.000 € à titre de dommages et intérêts » (CA Paris, pôle 5, ch. 11, 16 avr. 2021, n° 18/24048).

Les juges peuvent également être amenés à dissocier les indemnités allouées sur le fondement de la concurrence déloyale et sur le fondement du parasitisme :

« C'est par de justes motifs, que la cour adopte, que le tribunal, après jugement rectificatif, a alloué : - à la société FERRERO FRANCE COMMERCIALE : 5 000 euros en indemnisation du préjudice résultant de la concurrence déloyale et 5 000 euros en indemnisation du préjudice résultant de la concurrence parasitaire » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 févr. 2022, n° 19/21858).

3 – Les documents probatoires au soutien de la demande de réparation

En pratique, les demandeurs ne devraient pas simplement se limiter à solliciter la réparation des préjudices, mais sont encouragés à consolider les dossiers, notamment en alléguant les faits et en rapportant des éléments de preuve au soutien de leur demande de réparation.

Cette liste, proche de celle figurant dans la **fiche n° 12 a**, est indicative et non exhaustive. En fonction des postes de préjudices allégués et des moyens financiers et humains du demandeur, les documents suivants pourraient être pris en compte pour évaluer la réparation du préjudice.

- Documents comptables et financiers :
 - Factures des frais engagés pour la conception, la promotion et la commercialisation des éléments repris par le parasite ;
 - Attestations d'experts comptables ou de commissaires aux comptes sur la valeur des éléments repris par le parasite ;
 - Comparaison du chiffre d'affaires réalisé avec un chiffre d'affaires prospectif, soutenu éventuellement par une analyse des tendances du chiffre d'affaires sur les derniers exercices (l'idée étant de rechercher l'existence d'une marge perdue en liaison avec les faits reprochés) ;
 - Factures d'achat indiquant le prix pratiqué par le parasite ;
 - Attestation du directeur financier faisant état d'investissements publicitaires ;
 - Dépenses engagées et surcoûts engagés pour pallier le parasitisme (embauches, actions marketing, renfort des équipes etc.)
 - Analyses de marché et de l'évolution des parts de marché entre le demandeur ou ses concurrents.
- Documents commerciaux, marketing et publicitaires :
 - Sondages d'opinion auprès de la clientèle du demandeur, pour démontrer la notoriété des éléments repris par le parasite ;
 - Dépenses de communication ;
 - Etudes de marché, de notoriété, de longévité, de ressemblance ou d'opinion ;
 - Constat de promotion à destination du public français ;
 - Captures d'écran et informations sur le trafic du site internet parasite ;
 - Photographies, vidéos, éditos provenant du parasite ;
 - Articles de presse.
- Expertises :
 - Expertises techniques ;
 - Expertises amiables de cabinets spécialisés en évaluation des préjudices (**fiche n°22**) ;
 - Expertises judiciaires, économiques, comptables ou financières (**fiche n° 23**).