

## FICHE n° 12 a

### Comment réparer les préjudices résultant de faits de concurrence déloyale ?

La concurrence déloyale trouve son fondement juridique dans le principe général de responsabilité civile édicté aux articles 1240 et 1241 du code civil et 10 *bis* de la Convention d'Union de Paris.

Elle suppose la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Elle 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 ; [Com., 16 févr. 2016, n°14-25.340](#) ; [Com., 18 déc. 2019, n°18-17.364](#)).

La concurrence déloyale, en tant que limite à la liberté du commerce et de l'industrie, doit être appréciée à l'aune de celle-ci (CA Paris, pôle 5 - ch. 1, 12 sept. 2017, n°16/04469). Elle « *consiste dans des agissements s'écartant des règles générales de loyauté et de probité professionnelle applicables dans les activités économiques et régissant la vie des affaires* » (TGI Paris, 7 sept. 2018, n°16/12074 ; TJ Paris, 15 avr. 2022, n° 19/12628).

L'article 10 *bis*, 2) de la Convention de Paris donne une définition générale de la concurrence déloyale :

« *Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* ».

En son 3), ce même article précise les actes de nature à être appréhendés sur ce fondement :

« *Devront être interdits :*

1° *tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;*

2° *les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;*

3° *les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises* ».

En pratique, les litiges en concurrence déloyale couvrent des situations juridiques variées, parmi lesquelles :

- La création d'un risque de confusion avec les produits ou services offerts par un autre opérateur ([Com., 10 févr. 2015, n°13-24.979](#)) ;

- Le dénigrement : il consiste en « *la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure* » ([Com., 9 janv. 2019, n°17-18.350](#)) ;
- La violation d'une réglementation : elle peut avoir pour conséquence de perturber le marché en plaçant une société dans une situation anormalement favorable par rapport à ses concurrents respectant ladite réglementation ([Com., 17 mars 2021, n°19-10.414](#)) ;
- La désorganisation d'une entreprise, qui peut consister au débauchage d'un salarié ([Com., 3 mars 2021, n°18-24.437](#)) ou au détournement de fichiers stratégiques ([Com., 13 septembre 2017, n°15-24.705](#)).

Le parasitisme (ou concurrence parasitaire) constitue une pratique distincte qui consiste « *pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer indûment profit de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis* » ([Com., 5 janv. 2022, n°19-23.701](#)) (**fiche n° 12 b**).

L'objet d'une action en concurrence déloyale est le plus souvent double : d'une part, faire cesser les atteintes, d'autre part, obtenir la réparation du préjudice subi, quelle que soit sa nature.

La Cour de cassation a consacré une présomption en vertu de laquelle il s'infère nécessairement l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale ([Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2018, n°17-14.582](#) ; [Com., 15 janv. 2020, n°1727.778](#) ; [Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)). La Cour de cassation considère que **cette présomption d'existence du préjudice** « *répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* », tout en précisant que cela ne dispense pas le demandeur en réparation de démontrer l'étendue de son préjudice ([Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)).

Une situation de concurrence entre l'auteur de la faute et la victime du dommage concurrentiel n'est pas toujours requise ([Com., 9 janv. 2019, n°17-18.350](#)).

L'élément intentionnel de la faute n'est quant à lui pas nécessaire ([Com., 7 sept. 2022, n°21-12.602](#)).

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 – Comment évaluer les préjudices résultant d'actes de concurrence déloyale ?

---

L'évaluation des préjudices causés par un acte de concurrence déloyale s'effectue traditionnellement conformément aux principes classiques de la responsabilité civile sans pouvoir retenir la méthodologie spécifiquement prévue en matière de contrefaçon ([Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2018, n°16-26.531](#)) et de secret des affaires ([fiches n°9 a, n°9 b et n°15](#)).

Cependant, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence pour certaines catégories d'actes de concurrence déloyale pour lesquels le préjudice est difficile à apprécier de façon classique, revirement nettement consacré dans un arrêt de 2020 ([Com., 12 févr. 2020, n°17-31.614](#)). Ainsi, s'agissant « *des pratiques consistant (...) à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût* », la Chambre commerciale souligne qu'elles « *induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu* ». « *Lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée 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* ».

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 retirés 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](#)).

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 concurrence déloyale subis à l'étranger en application du droit étranger et faire réparer le préjudice selon le droit local.

## 2 – Quels sont les éléments principaux de réparation du préjudice à présenter ?

---

Selon la doctrine usuelle en matière de détermination du préjudice, la recherche doit être faite selon les deux branches bien connues : les pertes subies (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*).

Dans les contentieux opposant les non-concurrents, par l'effet de la jurisprudence précitée (v. *supra* [Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2018, n°17-14.582](#)), la sanction du seul préjudice moral pourrait connaître un réel essor.

Mais au-delà de ces éléments et outre la qualification de la faute, il convient d'obtenir une analyse économique globale de la situation de la victime et de l'auteur des actes déloyaux. Il faut examiner les caractéristiques du secteur, le positionnement de la victime, sa stratégie d'innovation, la nature de son activité, la nature des produits attaqués par l'acte de concurrence déloyale et l'importance des investissements.

Pour remettre la victime dans la situation qui aurait dû être la sienne, il est nécessaire de recourir à la mise en œuvre d'un « scénario contrefactuel ».

Outre la réparation économique, les juridictions peuvent également ordonner la publication du jugement dans des périodiques aux frais de la partie succombante, lorsqu'elle est sollicitée par le demandeur.

En dépit de la proximité affichée entre la concurrence déloyale et le parasitisme (**fiches n°12 a et n° 12 b**), les juges peuvent être amenés à dissocier les indemnités allouées :

« *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).

Les éléments ci-après permettent de donner des points de repère analytiques, qui devront se combiner, sans redondance, que ce soit par la méthode du scénario contrefactuel ou celle de l'avantage concurrentiel :

### **a) Gain manqué (*lucrum cessans*) et perte de chance**

- Détournement de clientèle ;
- Baisse ou absence de hausse d'activité : baisse des ventes, baisse des commandes ou lettres d'annulation ;
- Baisse ou absence de hausse du chiffre d'affaires, perte de marge sur coûts variables ;
- Frein au développement par impossibilité d'accès au crédit ou crédit limité ;
- Évolution du compte d'exploitation, du compte client sur plusieurs années, avant et après les actes de concurrence déloyale ;
- Nonaccès ou limitation de l'accès à des marchés (études de marchés) ;
- Perte de la marge commerciale : ajustement des prix ;
- Non-ventes de plusieurs produits ;

- Perte de parts de marché ou éviction totale du marché, perte de contrats : comparaison du chiffre d'affaires avant et après les actes déloyaux ;
- Perte des bénéficiaires afférents à un contrat du fait de sa rupture injustifiée ou de la perte de chance de le conclure ;
- Perte de commissions dues à l'utilisation d'un fichier client ;
- Perte de chance liée aux développements futurs.

#### ***b) Pertes subies (damnum emergens)***

- Perte d'un actif corporel ou incorporel affectant la substance du patrimoine du demandeur, dépréciation d'un élément incorporel attractif de la clientèle, dépréciation d'un signe par :
  - Atteinte à l'image de l'entreprise du fait de la vulgarisation du produit,
  - Atteinte à la réputation commerciale : publicité dénigrante, acte de dénigrement (par ex. divulgation à la clientèle d'une société d'une action en contrefaçon à son encontre n'ayant pas donné lieu à une décision de justice - [Com., 9 janv. 2019, n°17-18.350](#) et [Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2018, n°17-31.758](#)), perte d'image ;
- Surcoûts encourus ou dépenses engagées pour corriger les effets néfastes des faits dommageables ;
- Perte de valeur de l'entreprise victime (en cas de préjudice distinct pour l'actionnaire) ou en cas d'incidence sur le recours à des levées de fonds (perte de chance).

#### ***c) Pertes subies au titre de la désorganisation durable de l'entreprise***

- Coûts d'embauche du nouveau personnel pour compenser les effets d'une politique de débauchage menée à son détriment et coûts de formation de ce nouveau personnel ;
- Utilisation illicite ou divulgation de savoir-faire ;
- Appropriation d'un fichier de clientèle (reprise des mêmes arguments sur le gain manqué à raison de la captation des clients du demandeur).

#### ***d) Diminution ou perte d'un avantage concurrentiel***

- Perte ou affaiblissement d'un avantage concurrentiel : banalisation et vulgarisation d'un produit en l'absence de tout droit privatif (perte d'un actif acquis ou perte de marge future selon la situation) ;
- Usurpation d'une valeur économique qui rend vains les investissements effectués : atteinte aux investissements ;
- Gêne dans les initiatives commerciales et perte d'une chance de développement économique ; • Perte d'avantage concurrentiel du fait de l'arrivée anticipée sur le marché du concurrent ;
- Frais de recherche, de création ou d'acquisition d'un produit, d'un conditionnement ou d'un service ;
- Études marketing.

#### ***e) Préjudice moral (fiche n° 5)***

### 3 – Quels documents fournir au juge au soutien de la demande de réparation ?

---

Cette énumération est indicative et non exhaustive. En fonction des postes de préjudices allégués et des moyens financiers et humains du demandeur, les documents listés pourraient être pris en compte pour évaluer la réparation du préjudice.

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.

#### *a) Documents comptables et financiers*

- 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) ;
- Attestations d'experts comptables ou de commissaires aux comptes ;
- Factures d'achat indiquant le prix pratiqué chez l'auteur des actes de concurrence déloyale ;
- Rapports des commissaires aux comptes et rapports de procédures convenues sur l'extraction de données comptables analytiques ;
- Coûts de recrutement du personnel ;
- Budgets de promotion et de publicité certifiés conformes, frais de marketing et de promotion ;
- Documents prévisionnels de gestion et rapports de gestion : dossier d'investissement incluant leur coût et les retours attendus ;
- Eléments analytiques de gestion sur la marge sur coûts variables ;
- Statistiques certifiées conformes des ventes par produit avec graphiques d'évolution ;
- Dépenses engagées et surcoûts engagés pour pallier la concurrence déloyale (embauches, actions marketing, renfort des équipes, etc.) ;
- Coûts du lancement de produit avec les dépenses marketing et publicité certifiées conformes par le commissaire aux comptes.

#### *b) Documents commerciaux, marketing et publicitaires*

- Coupures de presse datées pour établir la notoriété du produit ou service et preuve des investissements réalisés ;
- Supports publicitaires, publication de catalogues, campagnes de presse, salons professionnels ;
- Sondages d'opinion (les tribunaux se montrant souvent réticents à les prendre en compte, il est conseillé de mettre en avant les normes déontologiques suivies et leur autorité), études de marché, de notoriété et de ressemblance ;
- Analyses du marché et de l'évolution des parts de marché entre la victime ou ses concurrents.

### c) *Expertises*

- Expertises amiables de cabinets spécialisés en évaluation des préjudices (**fiche n° 22**) ;
- Expertises judiciaires, économiques, comptables ou financières (**fiche n° 23**).

*Version 1<sup>er</sup> janvier 2024*