

FICHE n°12

Comment réparer les préjudices résultant de faits de concurrence déloyale ?

La concurrence déloyale et le parasitisme trouvent leur fondement juridique dans le principe général de responsabilité civile édicté aux articles 1240 et 1241 du Code civil.

Ces deux notions, appréciées à l'aune du principe de la liberté du commerce (CA Paris, pôle 5 - ch. 1, 12 septembre 2017, n°16/04469), couvrent en pratique des situations juridiques distinctes :

- La concurrence déloyale "*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 septembre 2018, n°16/12074). Ses manifestations peuvent aussi bien prendre la forme de la création d'un risque de confusion avec les produits ou services offerts par un autre opérateur que d'actes de dénigrement ou de désorganisation d'un concurrent.
- Selon une formule constante, le parasitisme consiste "*pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis*" (Com. 10 juillet 2018, n°16-23.694).

L'objet d'une action en concurrence déloyale et en parasitisme 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, fut-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale (Com. 9 fév. 1993, Bull. civ. IV, p. 34 ; Com., 22 octobre 1985, n°83-15.096, Bull. 1985, IV, n° 245 ; Civ. 1ère 21 mars 2018, n°17-14.582).

La Cour de cassation expose 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 qui ne dispense pas le demandeur en réparation de démontrer l'étendue de son préjudice (Cass. Com. 12 février 2020, n° 17-31614).

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. 1ère 3 mai 2018, n°16-26.531).

Cependant, la Cour de cassation a récemment opéré un revirement de jurisprudence pour certaines variétés d'actes de concurrence déloyale (Cass. Com. 12 février 2020, n° 17-

31614). S'agissant « des pratiques consistant à **parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou 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 correspond à 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 la contrefaçon, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon » (v. déjà Com. 18 octobre 2017, n°25-29.094). (**fiche 15b**)

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 (Civ. 1ère 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 faudra examiner les caractéristiques du secteur, du positionnement de la victime, de sa stratégie d'innovation, de la nature de son activité, de la nature des produits attaqués par l'acte de concurrence déloyale et de l'importance des investissements.

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

Les éléments ci-après permettent de donner des points de repère analytiques, qui devront se combiner sans redondance dans le scénario contrefactuel :

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 couts 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 modèles ;
- Perte de part de marché ou éviction totale du marché, perte de contrats : comparaison du chiffre d'affaires avant et après les actes déloyaux ;
- Perte des bénéfices 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 marque du fait de la vulgarisation du produit,
 - Avilissement de la marque,
 - Atteinte à la réputation commerciale (publicité dénigrante, acte de dénigrement (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 - Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350 et Cass. 1re civ., 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 ;
- 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

- Faisceau de faits de parasitisme démontrant la volonté délibérée du défendeur de se placer dans le sillage du demandeur ;
- 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 ;
- Frais de recherche, de création ou d'acquisition d'un modèle ;
- Études marketing.

e) Préjudice moral (Fiche n°5)

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

a) Documents comptables et financiers

- Statistiques certifiées conformes des ventes par produit avec graphiques d'évolution ;
- Comparaison du chiffre d'affaires réalisé avec un chiffre d'affaires prospectif ;
- Factures d'achats indiquant le prix pratiqué chez l'auteur des actes de concurrence déloyale ;
- Coûts de recrutement du personnel ;
- Attestations d'experts comptables ou de commissaires aux comptes ;
- 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 ;
- Dépenses engagées et surcoûts engagés pour pallier la concurrence déloyale (embauches, actions marketing, renfort des équipes, etc...) ;
- Rapports des commissaires aux comptes et rapports de procédures convenues sur l'extraction de données comptables analytiques ;
- 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 auprès de la clientèle du demandeur ;
- Analyses de marché et de l'évolution des parts de marché entre la victime ou ses concurrents ;
- Études de marché, de notoriété, de ressemblance ou d'opinion.

c) Expertises

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