



PREUVES DE LA CONCURRENCE DELOYALE

Fiche pratique publié le 10/12/2021, vu 9259 fois, Auteur : [Murielle Cahen](#)

Fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, l'action en concurrence déloyale permet de sanctionner les actes contraires à la loyauté commerciale, qu'ils interviennent entre concurrents ou entre non-concurrents.

L'action en concurrence déloyale peut être mise en œuvre par celui qui n'est pas titulaire d'un droit privatif ou par celui qui ne remplit pas les conditions pour exercer l'action fondée sur son droit privatif. L'action est ainsi souvent exercée en même temps que l'action en contrefaçon.

La création d'un risque de confusion avec l'entreprise ou les produits d'un concurrent est un cas d'ouverture de l'action.

L'action peut être engagée par celui qui est victime d'une désorganisation de son entreprise ou de son réseau de distribution.

Le principe de la liberté du commerce autorise le salarié à se faire embaucher chez le concurrent. Le débauchage du personnel du concurrent n'est sanctionné que si la volonté de nuire et l'existence de manœuvres sont démontrées. En présence d'une clause de non-concurrence, il doit être établi la connaissance de cette dernière par le nouvel employeur.

La théorie du parasitisme permet de sanctionner celui qui tente de profiter des investissements et de l'image de marque d'autrui, à moindre prix.

Il peut y avoir concurrence déloyale en cas de dénigrement de l'entreprise concurrente ou de ses produits.

L'action peut être mise en œuvre pour sanctionner des pratiques commerciales désorganisant le marché.

Le demandeur à l'action doit se prévaloir d'une faute et d'un préjudice, mais ce dernier est apprécié libéralement. Il peut consister en un trouble commercial.

Le juge saisi peut ordonner la cessation des pratiques par voie de référé et il peut condamner l'auteur de la concurrence déloyale à réparer le préjudice subi.

I) Les actes constitutifs et preuves de la concurrence déloyale

Il sera possible, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, de poursuivre une personne ou une entreprise en justice au titre d'un [acte de concurrence déloyale](#), et ce, afin de la voir sanctionnée du fait du préjudice causé. Néanmoins, selon le type d'acte dont elle s'est rendue coupable, les méthodes de preuve sont sensiblement différentes.

A) Le dénigrement

Plus souvent, le dénigrement visait l'entreprise elle-même, personne morale. Le discrédit pouvait alors résulter de la diffusion d'informations concernant les méthodes employées par le concurrent.

Le dénigrement pouvait également être retenu en lien avec la diffusion d'informations d'ordre patrimonial, notamment par l'affirmation d'une insolvabilité ou de l'ouverture prochaine d'une procédure collective.

[Le dénigrement de la personne](#) progressivement soustrait à l'application de l'article 1240 du Code civil – Inspirée par une doctrine soucieuse de préserver la liberté d'expression (Carbonnier, Le silence et la gloire : D. 1951, p. 119), la Cour de cassation a privilégié l'application de régimes spéciaux protecteurs en matière d'abus de la liberté d'expression (à l'instar de la diffamation dont la mise en œuvre se trouve soumise à de lourdes contraintes procédurales et à un délai de prescription réduit), évinçant progressivement l'application de l'article 1382 (devenu 1240) du Code civil.

[Dans ce sens, elle a affirmé, à l'occasion de deux arrêts célèbres rendus en Assemblée plénière, que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ».](#)

[Par la suite, la Cour a encore élargi la portée de cette éviction en l'étendant à l'ensemble des « abus de la liberté d'expression envers les personnes ».](#)

[Dans son dernier état, et après moult fluctuations, la jurisprudence rappelle que « hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ».](#)

C'est dire que, désormais, des propos jetant le discrédit sur une personne doivent être sanctionnés sur le terrain de la diffamation, à condition d'établir que l'allégation ou l'imputation "porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne", conformément à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881.

À défaut d'établir une telle atteinte, il a été remarqué que « comme la jurisprudence ne permet pas de recourir à la responsabilité civile générale des articles 1240-1241 du Code civil, anciens articles 1382-1383, ni pour contourner le régime spécial de la loi de 1881, ni pour en pallier l'étroitesse substantielle et formelle du cas d'ouverture, aucune voie de droit sanctionnatrice ne s'ouvre ».

Dénigrement des produits ou services - Le dénigrement le plus efficace est sans doute celui qui prend pour cible les produits ou services d'un concurrent en soulignant par exemple leur piètre qualité.

Cependant, la sanction du dénigrement de produits ou de service appelle une conciliation avec la liberté d'expression, la liberté de critique des produits devant être préservée. La CEDH l'a clairement affirmé à l'occasion de l'arrêt Hertel, du nom d'un scientifique qui avait mis en cause la nocivité des fours à micro-ondes pour la santé humaine.

Alors que l'intéressé s'était vu interdire en Suisse d'évoquer publiquement la nocivité desdits produits sur le fondement de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, la CEDH a relevé que, eu égard à l'existence d'un débat d'intérêt général sur le sujet, la marge d'appréciation traditionnellement reconnue aux États en la matière devait être relativisée et a décidé, en conséquence, que la limite apportée à la liberté d'expression ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique (CEDH, Hertel c/ Suisse, 25 août 1998 : Dalloz 1999, p. 239, note M.L. Niboyet ; Sur cette question, V. L. Marino, Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise : RTD com., janv/mars 2011, p. 1 et s).

À la suite de la juridiction européenne, les juridictions françaises ont également fait montre d'une certaine tolérance à l'égard de la mise en cause de certains produits ou services, spécialement lorsqu'un débat d'intérêt général se trouvait en cause (CA Colmar, 7 mai 2008 : JurisData n° 2008-360713, Propr. industr. 2008, comm. 72 note J. Schmidt-Szalewski) :

- refuse de considérer comme dénigrante la campagne publicitaire d'une société exploitant des supermarchés qui avait diffusé l'image d'une parure faite de pilules et de gélules pour contester l'interdiction faite aux grandes surfaces de vendre des médicaments non remboursables. – Cass. 1re civ., 8 avr. 2008 : JurisData n° 2008-043507) ,

- censure d'une décision qui avait considéré comme fautif le fait pour des associations de représenter les marques détenues par une société intervenant dans la filière nucléaire en les associant à une tête de mort et à un poisson malade aux motifs que ces associations agissaient conformément à leur objet, dans un but d'intérêt général et de santé publique par des moyens proportionnés à cette fin, et n'avaient donc pas abusé de leur droit de libre expression.

La jurisprudence la plus récente érige l'existence d'un débat d'intérêt général en fait justificatif du dénigrement.

Ainsi, si la Cour de cassation rappelle son attachement au principe suivant lequel la divulgation, par une personne, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par une autre personne, peut constituer – même si elle est exacte – un acte de dénigrement, elle tempère désormais cette affirmation en précisant que « lorsque l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, cette divulgation relève du droit à la liberté d'expression, qui inclut le droit de libre critique, et ne saurait, dès lors, être regardée comme fautive, sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure ».

Cette ouverture témoigne de la fondamentalisation de l'action en concurrence déloyale et sera, sans nul doute, exploitée par les plaideurs qui y verront un tempérament à l'indifférence de la véracité des assertions.

Dénigrement résultant d'une publicité comparative illicite – À titre d'exemple et pour ne citer que le plus parlant, la publicité comparative, lorsqu'elle présente un caractère trompeur, pourrait être sanctionnée devant les juridictions pénales, conformément à l'article L. 132-25 du Code de la consommation, mais également civiles, sur le fondement des articles L. 122-1 à L. 122-7 du Code de la consommation qui posent les conditions d'autorisation des publicités comparatives.

Depuis l'ordonnance du 23 août 2001, il s'agit en réalité d'une pratique jugée licite si elle n'est pas trompeuse, parasitaire, dénigrante ou constitutive de confusion et, en outre, demeure objective. Bien entendu, il existe un encadrement jurisprudentiel et textuel bien particulier à la publicité

comparative. En ce sens, la démarche la plus sage lorsque l'on considère être dénigré par ce type de pratique, est de prendre attache avec un avocat aux connaissances actualisées sur ce sujet spécifique de concurrence.

B) Désorganisation

La désorganisation du marché regroupe les comportements illicites portant atteinte aux intérêts de tous les membres d'une profession, voire aux intérêts des consommateurs, comme les pratiques commerciales trompeuses ou la vente à perte.

En la matière, la multiplication des incriminations spéciales a conduit à une certaine limitation du domaine de l'action en concurrence déloyale. Mais on sait qu'il est toujours possible de délaissier le terrain pénal pour se placer sur celui de la concurrence déloyale. La jurisprudence montre d'ailleurs que les infractions les plus diverses à la réglementation économique sont condamnées sur le fondement de l'article 1382 (devenu 1240) du Code civil.

La désorganisation de l'entreprise renvoie à des pratiques déloyales extrêmement nombreuses et hétéroclites. La terminologie n'est toutefois pas parfaitement satisfaisante, car le critère se révèle insuffisamment précis.

En effet, il a été relevé que, pour la jurisprudence comme pour une partie de la doctrine, la désorganisation « est un terme qui s'entend aussi bien de l'action de désorganiser que de son résultat », avec cette conséquence que « les magistrats exigent souvent deux éléments pour caractériser l'acte fautif, des manœuvres et un résultat sur l'organisation ».

Il en résulte que la désorganisation (envisagée comme un résultat) ou la déstabilisation d'un rival peut être la conséquence d'un comportement concurrentiel tout à fait légitime, tels l'ouverture soudaine et inattendue d'une entreprise concurrente, le démarchage de la clientèle d'un concurrent ou une innovation rendant dépasser la stratégie d'un concurrent : le dommage résultant du simple jeu de la concurrence est en principe licite, on l'a vu. Dans ce cas, aucune faute ne pourra être retenue à l'encontre de celui qui se trouve à l'origine d'un tel dommage.

Par ailleurs, l'ambiguïté entourant la désorganisation découle également de ce que les comportements classiquement rattachés à cette catégorie ne sont pas les seuls à désorganiser ou à perturber les concurrents ; la copie génératrice de confusion, le dénigrement et le parasitisme ont le même effet.

En réalité, cette catégorie apparaît comme une sorte de « fourre-tout » dans lequel viennent se ranger tous les actes déloyaux qui n'engendrent pas la confusion, ni ne constituent un dénigrement ou un acte de parasitisme, et qui ont pour seul réel point commun d'avoir pour conséquence de désorganiser un concurrent.

La désorganisation peut se voir dans l'activité d'un concurrent via la violation de du secret des affaires, la désorganisation d'un réseau de distribution et certains comportements jugés déloyaux par la jurisprudence tels que la suppression ou dissimulation de la publicité d'un concurrent (Cass. com., 29 mai 1967), le détournement de commandes (Cass. com., 28 avr. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 166 ; JCP G 1982, II, 19791, note J. Azéma), [le démarchage déloyal de la clientèle d'un concurrent](#), la désorganisation du personnel.

C) Le parasitisme

Il est vrai que la position qui consiste à considérer comme déloyal le seul fait de tirer profit, sans contrepartie financière, de la notoriété ou des fruits du travail d'un concurrent est séduisante a priori. L'illicéité dommageable apparaît en effet à un double point de vue.

D'une part, celui qui copie la création élaborée ou le signe distinctif exploité par un concurrent peut gagner un temps précieux et réduire considérablement ses investissements ; il économise les frais de conception et de mise au point du produit, ou les dépenses de promotion commerciale engagées pour le lancement du signe ; il s'épargne toute recherche et tout tâtonnement, sans courir de risques économiques.

Le parasite obtient alors un coût de revient réduit qui le met en mesure soit d'être plus compétitif sur le marché en offrant ses produits à un prix inférieur, ce qui a pour effet de détourner la clientèle, soit de réaliser des bénéfices supérieurs à ceux de la victime de la copie en vendant ses produits au même prix. En somme, le parasite fausse l'équilibre, l'égalité des chances qui doit exister dans la compétition économique, même s'il ne crée pas de risque de confusion.

D'autre part, le parasite frustré la victime du profit qu'elle aurait légitimement pu tirer de ses investissements ; il enrayer ses efforts, au point que l'entreprise copiée perd l'avantage concurrentiel qu'elle s'était procuré par son travail.

Comme l'observe M. le Tourneau, le dommage consécutif au parasitisme s'entend d'« une perte de substance du patrimoine du commerçant parasité » (Le parasitisme dans tous ses états, article préc. n° 3. – Adde, CA Versailles, 16 janv. 1997 : D. aff. 1997/18, p. 565, indiquant que le parasitisme rompt l'égalité entre les intervenants). Or, l'entreprise qui investit doit nécessairement rentabiliser ses investissements pour survivre.

II) Les sanctions de la concurrence déloyale

A) Tribunal compétent

Étant donné qu'un litige de [concurrence déloyale](#) est de nature commerciale, c'est le tribunal de commerce du lieu du siège social du défendeur qui sera compétent et donc, qui jugera de l'affaire en cause. Une telle action peut donner lieu à des sanctions financières à l'encontre de la personne ou de l'entreprise responsable, telle que le versement de dommages et intérêts.

Selon le préjudice avancé, la gravité du comportement et le prix du rétablissement de l'équilibre préexistant, le montant de cette réparation financière peut être relativement important. Afin d'appuyer votre demande, vous devrez par exemple chiffrer le montant de la perte de chiffre d'affaires et du manque à gagner causé par les actes de concurrence déloyale pratiqués.

Il sera alors important de justifier les montants avancés dans la mesure où la Cour de cassation rappelle fréquemment que le but « est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle ».

B) Les actions à mener

Lorsque toutes les conditions sont réunies, il est possible de déclencher une action en référé permettant une condamnation sous astreinte, le versement d'une provision afin de maintenir l'activité de l'entreprise victime voire la désignation d'un expert judiciaire afin qu'il puisse déterminer l'ampleur des préjudices.

Outre ces sanctions d'ordre civiles, il est possible de recourir au pénal sur le fondement de l'abus de confiance ou encore aux prud'hommes dès lors qu'une clause de non-concurrence aura été violée par le salarié ou ancien salarié.

En présence de cette pluralité de définitions de [l'acte de concurrence déloyale](#), des actions possibles à ce titre et des sanctions encourues par celui qui s'en rend coupable, il s'agit d'une priorité que de s'armer des meilleures expertises et analyses juridiques de votre situation.

Sources :

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042385?init=true&page=1&query=98-10.160+&searchField=ALL&tab_selection=all

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051612?init=true&page=1&query=03-13.622&searchField=ALL&tab_selection=all

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029194010?init=true&page=1&query=13-16.730&searchField=ALL&tab_selection=all

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037384026?init=true&page=1&query=17-21.457+&searchField=ALL&tab_selection=all

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036648803?init=true&page=1&query=15-25.346&searchField=ALL&tab_selection=all

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000041620381?init=true&page=1&query=17-31614&searchField=ALL&tab_selection=all