

Mars 2022

## CHEFS D'ENTREPRISE, LA **CONCURRENCE DÉLOYALE** : C'EST VOTRE AFFAIRE

*En bref*

La concurrence déloyale est une notion complexe, d'autant que beaucoup croient qu'elle relève du droit pénal.

Si certains comportements illégaux sont bien réprimés par des dispositions de nature pénale (infractions au droit du travail, au droit de la consommation, au droit de la sécurité sociale, etc.), ils ne sont pas pour autant constitutifs d'une concurrence déloyale.

Toutes différences, toute efficacité supérieure, ne doivent pas être considérées comme de la concurrence déloyale.

L'objet de la présente brochure est de rappeler de manière synthétique comment est appréhendée la notion de concurrence déloyale, ce qu'elle est, quels en sont les éléments et enfin comment agir lorsque cette pratique déloyale génère un préjudice.

## **CONCURRENCE DÉLOYALE**



### SOMMAIRE

**Page 2** : 1 - La concurrence déloyale : une notion complexe

**Page 2** : 2 - Qu'est-ce que la concurrence déloyale ?

**Page 3** : 3 - Que recouvre la notion de concurrence déloyale ?

**Page 4** : 4 - Aux professionnels d'intenter une action civile pour obtenir une réparation

**Page 5** : 5 - La concurrence entre associations et entreprises commerciales

## 1 - LA CONCURRENCE DÉLOYALE : UNE NOTION COMPLEXE

### LES PRINCIPES RETENUS EN DROIT FRANÇAIS

La concurrence déloyale est actuellement rattachée au droit de la responsabilité civile et elle s'inscrit dans le droit du marché.

Aussi, elle ne peut contrevenir aux principes de la liberté de la concurrence et de la liberté du commerce et de l'industrie.

► **Une libre concurrence saine et loyale** : ce principe autorise tout commerçant à attirer vers lui la clientèle de son concurrent sans pour autant engager sa responsabilité,

► **La liberté du commerce et de l'industrie** : Les entreprises sont libres de se créer et de rivaliser entre elles afin de conquérir et retenir la clientèle.

### IL N'EXISTE PAS DE DÉFINITION LÉGALE DE LA NOTION DE CONCURRENCE DÉLOYALE

La concurrence déloyale n'est en effet pas définie dans le droit français. L'autonomie de la Concurrence déloyale n'a pas, pour le moment, été consacrée par le législateur. Ce sont les règles du code civil qui lui servent de fondement. Cependant, il est fréquent que la concurrence déloyale se retrouve en concours avec d'autres règles de divers

régimes notamment : contrefaçon, clause de non concurrence, engagement contractuel, dénigrement / diffamation, action en réparation d'une pratique anticoncurrentielle, violation d'un secret d'affaire, droit des pratiques commerciales déloyales relevant du code de la consommation.

### LA THÉORIE DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE CORRESPOND À UNE CONSTRUCTION ESSENTIELLEMENT DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE.

Cette action étant fondée sur les articles 1240 et 1241 du code civil, la jurisprudence a su profiter de la flexibilité de ces dispositions pour façonner son régime afin d'en améliorer l'efficacité.

Ainsi, les tribunaux ont été conduits à prendre en considération les moyens utilisés dans la conquête d'une nouvelle clientèle.

Certains comportements sont considérés comme malveillants et donc contraires aux usages honnêtes.

Ainsi est née en jurisprudence la théorie de la concurrence déloyale qui sans remettre en cause les deux principes évoqués ci-dessus, permet d'en limiter les excès.

La concurrence déloyale se présente comme un outil à la disposition des entreprises.

## 2 - QU'EST-CE QUE LA CONCURRENCE DÉLOYALE ?

La concurrence déloyale est constituée de l'ensemble des procédés concurrentiels contraires à la loi ou aux usages, constitutifs d'une faute intentionnelle ou non

et de nature à causer un préjudice aux concurrents. Mais où commence et où s'arrête la concurrence déloyale ?

### LA CONCURRENCE DÉLOYALE RELÈVE DU RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

L'action en concurrence déloyale se fonde sur les articles 1240 et 1241 du Code Civil relatifs à la responsabilité extracontractuelle :

**Article 1240** : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

**Article 1241** : "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

### L'ACTION DOIT ÊTRE INTENTÉE DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES.

La juridiction compétente dépend du type de concurrence déloyale :

#### ► Le tribunal de commerce

Lorsque l'action en concurrence déloyale oppose deux commerçants, elle relève de la compétence du tribunal de commerce en vertu de l'article L721-3 du Code de commerce :

« Les tribunaux de commerce connaissent :

- 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;
- 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;
- 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes [...].

#### ► Le tribunal judiciaire

Né de la fusion du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance, il est depuis le 1er janvier 2020 la juridiction de droit commun de première instance en matière civile et pénale. Le tribunal Judiciaire est la juridiction compétente pour les litiges n'ayant pas été expressément attribués à un autre tribunal quelle que soit la valeur du litige (par exemple, au tribunal de commerce). Le Code de l'Organisation Judiciaire (COJ), en ses articles L 211-1 et suivant et R 211-1 et suivant, précise ses domaines de compétence.

### 3 - QUE RECOUVRE LA NOTION DE CONCURRENCE DÉLOYALE ?

Les comportements déloyaux, traduisant une violation des usages du commerce, peuvent se manifester par différents moyens :

#### LE DÉNIGREMENT :

Il est acquis, désormais, que le dénigrement peut être invoqué non seulement entre concurrents, mais plus généralement dès qu'une entreprise s'estime victime d'une communication contraire à ses intérêts et ce quel que soit l'auteur des propos.

Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur un concurrent, en répandant à son propos, ou au sujet de ses produits ou services, des informations malveillantes. Il peut s'agir du dénigrement de l'entreprise elle-même, de sa notoriété, de la marque dont elle est titulaire. S'agissant de ses produits ou services le dénigrement peut porter sur la qualité, le prix ou les méthodes de commercialisation. Par exemple : Accuser le concurrent d'employer des méthodes de vente agressives.

Le dénigrement peut prendre différentes formes comme la divulgation de renseignements inexacts ou infondés, de campagnes médiatiques ou de lettres circulaires adressées aux clients ou aux partenaires clés.

Un certain nombre d'obligations et de limites à ne pas franchir notamment en matière de communication s'imposent. L'action en dénigrement constitue un moyen efficace pour lutter contre les abus de la liberté d'expression. C'est pourquoi une vigilance particulière demeure nécessaire dans les entreprises en matière de dénigrement.

**À noter :** *Lorsque les propos tenus publiquement jettent le discrédit sur les produits ou services d'une entreprise, il s'agit de dénigrement. En revanche, les atteintes à l'honneur et à la considération de la personne, qu'elle soit physique ou morale, relèvent plutôt de la diffamation.*

#### L'IMITATION / LA CONFUSION :

L'imitation consiste à utiliser la réputation d'un concurrent ou ses signes distinctifs afin de profiter de sa renommée et ainsi capter sa clientèle.

Pour que ces comportements soient qualifiés de concurrence déloyale, il faut que les entreprises se trouvent dans une situation de concurrence, et que l'imitation crée un risque de confusion pour le client moyennement attentif.

Une entreprise concurrente qui copie ou s'inspire de la marque, des produits, du nom commercial ou des documents commerciaux d'une société et qui crée de ce fait un risque de confusion se livre ainsi à un acte de concurrence déloyale.

De même, l'imitation de l'organisation, des installations, la similitude dans la présentation extérieure ou intérieure d'un magasin peuvent être source de confusion.

#### LE PARASITISME :

Le parasitisme est le fait pour une société qui exerce une activité dans un domaine différent de tirer profit, sans en supporter les frais, de la réputation, du savoir-faire ou du résultat du travail d'une entreprise de renom.

Cette technique consiste à se greffer sur la notoriété du concurrent, sans nécessairement rechercher à imiter la marque.

Le recours à ces agissements déloyaux, permet au concurrent malveillant de bénéficier d'un coût de revient réduit engendrant des économies substantielles et in fine de pratiquer des prix plus bas que ceux de l'entreprise victime qui a investi.

#### LA DÉSORGANISATION ÉCONOMIQUE :

La désorganisation, et plus spécialement la désorganisation du marché, poursuit également une fonction de régulation du marché.

La désorganisation peut viser à perturber l'entreprise concurrente par différents moyens comme par exemple :

- ▶ Le débauchage des salariés tenus par un contrat de travail en cours, ou par une clause de non-concurrence ;
- ▶ La désorganisation commerciale de son activité (détournement de commandes, de fichiers, démarchage déloyal, désorganisation du réseau de vente etc.) ;
- ▶ Lorsque le démarchage de la clientèle d'un concurrent s'accompagne de certaines manoeuvres, ou prend un caractère systématique la jurisprudence n'hésite pas à le qualifier d'acte de concurrence déloyale.

Certains comportements déloyaux peuvent aussi porter atteinte aux **intérêts du marché** :

Le développement de nouvelles pratiques commerciales, notamment dans le domaine du numérique, associé à la densification de la réglementation économique conduit à ce que la concurrence déloyale soit de plus en plus souvent invoquée dès qu'une entreprise ne respecte pas la réglementation professionnelle, en dehors même des professions réglementées.

Entre dans cette catégorie l'inobservation des dispositions législatives et réglementaires d'ordre public, applicables à une entreprise ou à un secteur professionnel, procurant un avantage illicite par rapport à ses concurrents exerçant leurs activités de façon régulière.

Ce genre de comportement peut recouvrir des hypothèses très variées comme par exemple :

- Exercer une activité professionnelle nécessitant un agrément administratif sans l'obtention de cet agrément (transport routier de marchandises, fabrication de denrées alimentaires...);
- Commercialiser des produits sans respecter les dispositions réglementaires qui leur sont applicables ;
- Pratiquer des reventes à perte en contrevenant aux règles édictées par le code de commerce ;
- Ne pas respecter les règles du droit du travail et de la sécurité sociale comme par exemple ne pas régler ses cotisations sociales, ou employer du personnel non déclaré etc. Une entreprise qui parvient à baisser ses prix aux seuls motifs qu'elle viole le droit du travail bénéficie d'un avantage indu face à ses concurrents ;
- Le non-respect des dispositions du code de la consommation interdisant les pratiques commerciales déloyales.



## 4 - AUX PROFESSIONNELS D'INTENTER UNE ACTION CIVILE POUR OBTENIR UNE RÉPARATION RAPIDE

### ■ LES AGENTS DE LA DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (DGCCRF) N'ONT PAS COMPÉTENCE POUR INTERVENIR DANS CES LITIGES.

Le domaine de la concurrence déloyale est en effet totalement différent de la notion de « concurrence » pour laquelle les agents de la DGCCRF sont habilités à intervenir.

Ils sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code de Commerce pour déceler et corriger les comportements de professionnels susceptibles de compromettre le fonctionnement concurrentiel des marchés, en

sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles (ententes illicites, abus de position dominante ou de dépendance économique) et les pratiques restrictives de concurrence qui affectent l'équilibre des relations entre fournisseurs et distributeurs (le non-respect des délais de paiement, les avantages commerciaux non justifiés, les reventes à perte, le non-respect des règles de facturation etc.)

### ■ L'ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE APPARTIENT À L'ENTREPRISE VICTIME.

Pour mettre un terme aux comportements déloyaux, la partie victime, lorsqu'elle est confrontée à un cas de concurrence déloyale, doit impérativement apporter la **preuve de trois éléments** :

► **Une faute** : dénigrement, imitation, parasitisme, désorganisation économique, non-respect des dispositions législatives et réglementaires ou manquements aux usages professionnels.

La preuve de la faute est généralement la condition essentielle au succès de l'action.

Il n'est pas nécessaire de prouver que la faute est intentionnelle. Il suffit de démontrer que le comportement est contraire à une loi, à un règlement ou à un usage.

S'agissant d'un litige de nature commerciale, les moyens de preuve sont libres.

Il est cependant nécessaire de rassembler des preuves tangibles permettant de prouver la faute du concurrent, par exemple par le biais d'attestations, de témoignages, de photos ou d'un procès-verbal de constat élaboré par un huissier de justice.

**À noter** : *Lorsque des infractions pénales sont relevées par les services de contrôle de l'Etat, la victime peut toujours se constituer partie civile, en cas de poursuites pénales décidées par le Parquet, pour demander réparation du préjudice subi du fait de l'infraction.*

► **Un préjudice** : pour obtenir une condamnation pour concurrence déloyale, il est nécessaire d'établir l'existence d'un préjudice subi par l'entreprise qui s'estime victime. Ce préjudice doit être certain et direct.

En pratique, le préjudice se caractérise soit par :

- une perte de clients, de chiffre d'affaire, de salariés, une réduction de l'activité etc.
- un gain manqué, le non renouvellement de contrat,
- un préjudice moral du fait par exemple de l'atteinte à l'image de l'entreprise, etc.

La jurisprudence exige que la victime chiffre son préjudice si elle souhaite obtenir des dommages-intérêts.

En droit de la concurrence déloyale, fondé sur l'article 1240 du code civil, seule peut être obtenue réparation des pertes subies et gains manqués. Les modalités de la réparation diffèrent en droit de la propriété intellectuelle (contrefaçon) car la victime peut obtenir réparation des pertes subies, des gains manqués mais aussi les bénéfices perçus par le contrefacteur.

► **Un lien de causalité entre la faute et le préjudice** : Les tribunaux ont tendance à alléger la preuve du lien de causalité. Le lien de causalité est généralement présumé.

**Le pré-contentieux ne doit pas être négligé.**

Dans certains cas le rappel des limites de la concurrence déloyale par l'envoi d'une lettre de mise en demeure (y compris par mail en cas d'urgence) avec une analyse plus ou moins détaillée des griefs peut constituer une première étape. Cette première démarche permet de souligner que l'auteur a sciemment poursuivi, ou renouvelé une pratique contestable, car déloyale. Cette étape pourra alors être utile avant d'engager une éventuelle saisine du juge qui sera le plus souvent la juridiction commerciale.

La gestion du temps est pour la victime un élément déterminant : rapidité peut rimer avec efficacité mais la stratégie doit être adaptée à chaque situation





## LES SANCTIONS DES PRATIQUES DE CONCURRENCE DÉLOYALE.

L'acte de concurrence déloyale est sanctionné civilement par l'attribution de dommages et intérêts qui peuvent être accompagnés de mesures complémentaires.

► **Action en référé** : L'Article 145 du code de procédure civile dispose : «*S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé*». Dans les cas les plus simples, le recours au juge des référés présente l'avantage de la rapidité et de son caractère exécutoire. Le juge peut prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour faire cesser le trouble manifestement illicite en application de l'article 873 du code de procédure civile. La société concurrente victime d'une pratique commerciale déloyale peut par exemple, obtenir la suspension d'une publicité mensongère, ou agir contre une entreprise ne respectant pas la réglementation professionnelle.

► **Les dommages et intérêts** : Le juge va apprécier au cas par cas la situation et déterminer le montant de l'indemnisation du préjudice en fonction d'un ensemble d'éléments apportés par la société victime. Divers documents, économiques, juridiques, comptables et financiers, techniques, doivent venir étayer le préjudice afin de permettre au juge de prendre une décision éclairée et fondée. La durée et la fréquence des agissements déloyaux seront également pris en compte.

► **L'injonction de cessation des agissements déloyaux** : Le juge dispose d'un pouvoir d'injonction pour faire cesser les comportements du concurrent déloyal et empêcher que ces agissements ne se reproduisent. Il peut ainsi imposer au concurrent déloyal les mesures qu'il estime nécessaire.

Celles-ci peuvent être accompagnées d'astreintes afin de s'assurer de la bonne exécution des décisions imposées. Le montant de l'astreinte devra être suffisamment dissuasif mais aussi proportionné aux mesures ordonnées et à la situation.

► **Les mesures accessoires** : le juge peut également décider de faire publier la décision de justice, ou ordonner la confiscation ou la destruction du matériel qui a servi aux pratiques litigieuses.

► **Prescription de l'action en concurrence déloyale** : L'action en concurrence déloyale se prescrit par cinq ans au civil à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (article 2224 du Code civil).



## 5 - LA CONCURRENCE ENTRE ASSOCIATIONS ET ENTREPRISES COMMERCIALES

Le paracommercialisme vise en pratique les associations qui, pour certaines, ont développé une véritable activité commerciale, qui va bien au-delà du financement de leur activité statutaire. Ce qui les place parfois en concurrence avec les entreprises du secteur marchand, notamment commerciales. Mais n'étant pas soumises aux mêmes charges que les entreprises commerciales, cela crée une sorte de distorsion de concurrence au profit des associations. D'où l'exigence, posée par la loi, que les activités économiques des associations soient limitées.

Les entreprises commerciales qui estiment être victimes de concurrence déloyale de la part d'associations peuvent engager une action devant le juge civil sur la base des articles 1240 et 1241 du code civil précités.

La situation de l'association s'apprécie par rapport à des entreprises ou à des organismes lucratifs exerçant la même activité, dans le même secteur. Toutefois, les associations ont le droit d'exercer des activités de nature commerciale à but lucratif. Elles sont soumises dans ce cas au droit commun du code de commerce.

Les associations ont en effet, l'obligation de mentionner dans leur statut les activités qu'elles proposent. Ainsi, **l'article L. 442-10 du code de commerce** prévoit qu'*«aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts»*.

En outre, **l'article L. 442-11** du même code sanctionne plus précisément les ventes non autorisées sur le domaine public (vente à la sauvette) : *«Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'Etat, des collectivités locales et de leurs établissements publics»*.

À défaut de respect de ses dispositions, l'association peut être sanctionnée pour des faits de paracommercialisme et encourir une contravention de 5ème classe (article R.442-2 du même code).

Par exemple, le fait pour une association de se livrer de manière habituelle, sans être assujettie aux charges fiscales et sociales correspondantes, à des activités lucratives non prévues par ses statuts et ouvertes à des personnes non adhérentes, sollicitées par voie publicitaire, pourrait être jugé de nature à porter préjudice aux commerçants offrant les mêmes prestations.

Pour déterminer si l'association concurrence ou non des entreprises commerciales, l'administration fiscale utilise la méthode du faisceau d'indices dite règle des 4 « P » :

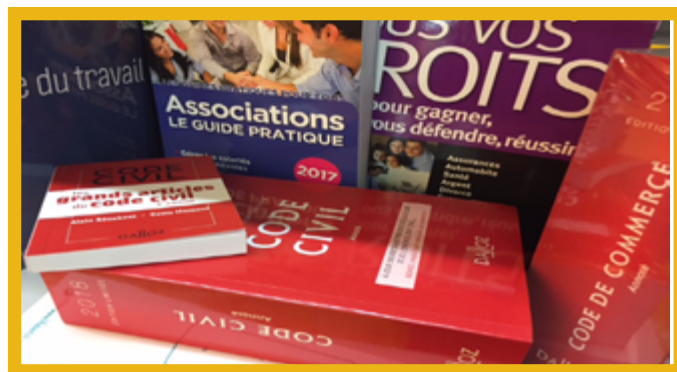
**P**roduit proposé par l'association,

**P**ublic ciblé,

**P**rix pratiqués,

**P**ublicité c'est-à-dire les méthodes commerciales auxquelles l'association a recours pour exercer son activité.

L'examen de ces quatre critères permet d'apprécier si l'association exerce dans des conditions similaires à une entreprise commerciale. Les associations sont alors assujetties aux impôts et taxes dans les conditions fixées par la réglementation fiscale.



Les éléments de cette fiche sont donnés à titre d'information.  
Ils ne sont pas exhaustifs et ne sauraient se substituer à la réglementation applicable.

**POUR PLUS D'INFORMATIONS :** Les articles des codes précités sont consultables sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

### Responsable éditorial : Coordination éditoriale :

Pascal Apprédérise  
Directeur régional

Jean-Luc Holubeik  
Chef du Pôle C

### Rédaction :

Joëlle Macary  
Inspectrice-experte de  
la Concurrence, de la  
Consommation et de la  
Répression des Fraudes  
Pôle C

### Maquettage : Corinne Urban

Service Communication Dreets Nouvelle-Aquitaine

### Dreets Nouvelle-Aquitaine Pôle C

Immeuble Le Pôle  
11 avenue Pierre Mendès France  
33700 Mérignac  
☎ 05 55 12 20 47  
dreets-na.polec@dreets.gouv.fr