

Introduction

1. *Liberté de la concurrence.* Fruit de la philosophie des lumières et du mouvement libéral qui s'en est suivi, la liberté de la concurrence a attendu la révolution française de 1789 pour voir le jour, aux côtés de la liberté de commerce et d'industrie. La loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 interdit les corporations au sein desquelles toute idée de concurrence était bannie tandis que quelques jours auparavant, les 2-17 mars 1791, était voté le décret d'Allarde proclamant en son article 7 la liberté du commerce et de l'industrie¹. Cette dernière et la liberté de concurrence sont étroitement liées², la seconde étant traditionnellement³ présentée comme l'une des déclinaisons⁴ de la première⁵.

Le libéralisme économique prendra ses assises à la fin XVIII^e et dans la première moitié du XIX^e siècle, sous la plume notamment d'Adam Smith et de sa « main invisible »⁶, pour finalement s'essouffler à la fin du XIX^e siècle. Le marché, que l'on croyait régulé par l'ensemble des intérêts individuels égoïstes, fera l'objet de méfiance et seront alors promulguées les premières réglementations en matière de concurrence.

2. *Limites.* L'époque révolutionnaire se voulait libérale et non libertaire. Aussi, aucune des libertés proclamées n'a été envisagée de façon absolue : la liberté de commerce et d'industrie devait être exercée dans le cadre des « règlements de police » et « la liberté de se porter concurrent est au moins limitée, encadrée, par une réglementation de l'accès à la profession et de l'exercice de celle-ci⁷ ».

-
1. « À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle jugera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. »
 2. V. Y. GAUDEMET, « Droit de la concurrence : une autre introduction », in *Le Code de commerce 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 397. L'auteur développe une approche critique de l'idée traditionnellement admise d'une proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie – qu'il assimile à la liberté de concurrencer – dans les textes révolutionnaires.
 3. Certains auteurs inversent le raisonnement. V. D. LINOTTE, « Principe d'égalité, de liberté, de commerce et d'industrie et droit de la concurrence », in R. CRISTINI et J.-M. RAINAUD (dir.), *Droit public de la concurrence*, Economica, 1987, p. 9 et suiv.
 4. Figurent aussi parmi ces déclinaisons la liberté d'entreprendre et la liberté d'exploiter.
 5. Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1993, p. 12. J.-J. BURST, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, coll. « Droit usuel affaires », 1993, p. 1. M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. GHESTIN, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2004, p. 40.
 6. *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. coordonnée par Ph. JAUDEL, Livres I et II, Livres III et IV, Livre V, éd. Economica 2000, 2002, 2005.
 7. Y. GAUDEMET, « Droit de la concurrence : une autre introduction », *op. cit.*, p. 401.

Par la suite, les premières restrictions sont apparues à la fin du XIX^e siècle sous l'égide du juge et tendaient à sanctionner des actes entre commerçants empreints de déloyauté. La théorie de la concurrence déloyale venait de naître et sera accompagnée, un peu plus tard, par le principe de licéité des obligations de non concurrence. Plus que de garantir l'existence de la concurrence en elle-même, ces règles visent d'abord à protéger le concurrent (I). Certes, cela peut conduire à assurer une concurrence saine sur le marché; mais là n'est pas l'objectif premier. En revanche, s'est développé parallèlement, un droit plus moderne de la concurrence, œuvre cette fois du législateur, et qui tend lui à préserver directement la concurrence sur le marché (II).

I. La protection des concurrents

3. Le vent de liberté et d'individualisme qui souffle tout au long du XIX^e siècle va s'atténuer à l'aube du suivant. Le principe de liberté de commerce et d'industrie et celui la liberté de la concurrence, sans être remis en cause, vont alors faire l'objet d'une lecture plus restrictive par le juge. C'est à cette époque qu'est en effet dégagée la théorie de la concurrence déloyale (A) permettant à une entreprise d'agir en responsabilité civile contre l'auteur d'un comportement déloyal. Au même moment, seront imaginées par la pratique et validées par la jurisprudence les obligations de non-concurrence (B).

A. La concurrence déloyale

4. *Source de la théorie de la concurrence déloyale.* La théorie de la concurrence déloyale⁸ puise sa source dans le principe de la liberté de concurrence. Chacun est libre de concurrencer son voisin et de s'accaparer sa clientèle. Au principe de la liberté de la concurrence se joint d'ailleurs celui de la licéité du dommage concurrentiel : le fait qu'un commerçant s'approprie la clientèle d'autrui en lui causant ainsi un préjudice n'est pas en soi répréhensible. La clientèle est à celui qui sait la prendre⁹ répète-t-on à l'envi. Cependant, on ne saurait admettre une concurrence sauvage car la liberté ne se confond pas avec l'anarchie. Si l'objectif de la concurrence est louable, les moyens pour le mettre en œuvre ne doivent pas résulter de comportements déloyaux. Au demeurant, la jurisprudence apprécie toujours le caractère licite du dommage sous réserve « de respecter les usages loyaux du commerce ».

Cette référence aux usages professionnels n'est en fait que la conséquence de l'absence de réglementation spécifique concernant la concurrence déloyale. Certes, on pourrait arguer que la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle (1900) prévoit dans son article 10 bis des dispositions permettant aux pays de l'Union de traiter les ressortissants de l'Union de la même façon en ce qui concerne la protection contre la concurrence déloyale. L'acte de concurrence déloyale est défini comme « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière indus-

8. V. M.-L. IZORCHE, *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RTD com. 1998, p. 17.

9. Les juges rappellent parfois ce principe. Ainsi, selon la Cour d'appel d'Amiens, « la liberté de la concurrence reste, dans une économie libérale, le fondamental des rapports commerciaux, chaque commerçant ou industriel ayant la possibilité d'attirer à lui la clientèle de ses concurrents sans que celui-ci puissent le lui reprocher » (CA Amiens, 7 mai 1974 : D. 1975, p. 264).

truelle et commerciale ». De même le traité de Rome prévoit que devra être garantie « la loyauté de la concurrence ». Mais, en droit interne, aucune disposition spécifique ne vient prendre en compte la théorie de la concurrence déloyale si bien que la jurisprudence continue de s'en remettre, depuis la fin du XIX^e siècle, au droit commun de la responsabilité civile délictuelle¹⁰. D'autres pays ont adopté des législations particulières concernant la concurrence déloyale. Ainsi, l'Allemagne, le Luxembourg, l'Italie, la Suisse ou encore la Belgique disposent de telles réglementations qui ne sont en fait que des codifications des actes de concurrence déloyale constatés par le juge.

1. Conditions de l'action en concurrence déloyale

5. *Victime de la concurrence déloyale.* Bien qu'il soit la victime indirecte mais finalement automatique de la concurrence déloyale, le consommateur n'est pas fondé à agir, ni les associations de consommateurs (contrairement à l'Allemagne ou la Suisse par exemple). Seul un opérateur économique peut agir en concurrence déloyale.

6. *Concurrence déloyale et situation de concurrence.* Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine (Roubier) exigeaient comme condition de recevabilité de l'action qu'il y ait une clientèle commune entre l'auteur et la victime de l'acte déloyal. Cela résultait de l'expression même de « concurrence déloyale » : il fallait une situation de concurrence et un acte déloyal. La jurisprudence est revenue progressivement sur cette condition pour aujourd'hui admettre que la situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale « qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice¹¹ ». En effet, il apparaît que certains actes dommageables peuvent être causés sans pour autant que les protagonistes partagent une clientèle commune. Les agissements parasitaires en sont le meilleur exemple. Plutôt que d'exiger une situation de concurrence, mieux vaudrait alors retenir que l'action trouve à jouer dès lors « qu'une entreprise commet une faute dans le cadre d'une activité concurrentielle¹² ».

10. D'autres auteurs proposent de recourir au fondement général de loyauté. Telle est la position de M^{me} Frison-Roche : « Pourquoi ne pas simplement, c'est-à-dire purement, se rapporter au principe général de loyauté, et rappeler son prix ? » (*Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, *RJDA* 6/1994, p. 483). Il est vrai que Roubier écrivait déjà en son temps que « l'action en concurrence déloyale est la sanction, non d'un droit, mais d'un devoir (de loyauté) ». La jurisprudence y consent parfois : ainsi, lit-on dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 fév. 1989 que « la concurrence est un jeu qui, comme tout autre, repose sur une obligation générale de loyauté » (*JCP E* 1990, II, 15706). Certes, ce fondement apporterait de la souplesse. Mais, il serait aussi source d'insécurité juridique. Deux objections principales viennent à l'esprit. Tout d'abord, la référence au principe de loyauté renvoie à la morale. Or, un commerçant peut-il transgresser le principe de loyauté par inadvertance ? Il semblerait que non car respect ou irrespect d'une règle morale et volonté sont deux vertus qui se conjuguent : est immoral ou déloyal celui qui le veut bien. Dès lors, on voit le danger : tout acte déloyal mais réalisé par mégarde ne serait pas sanctionné pour violation du principe de loyauté. On en reviendrait à la conception en vigueur au XIX^e siècle et au début du XX^e à savoir que pour qu'il y ait concurrence déloyale, il faudrait une intention frauduleuse. Ensuite, un second problème naît de la portée de la référence à la morale. Comme l'explique M. Pirovano, « les conceptions morales varient d'un individu à l'autre même si elles se rattachent à un fond commun idéologique » (*Publicité comparative et protection des consommateurs* : *D.* 1974, chron. p. 280). En d'autres termes, tel tribunal considérera qu'il y a déloyauté et pas tel autre. En découlerait un sentiment d'insécurité juridique et un risque de forum shopping.

11. *Cass. com.*, 30 mai 2000 : *D.* 2001, p. 2587, note Y. Serra ; *Contrats, conc., consom.*, 2000, *comm.* n° 161, obs. M. Malaurie-Vignal. 17 juill. 2001, inédit, *pourvoi* n° 99-16499. 12 fév. 2008 : *D.* 2008, p. 2573, note Y. Picod. *Contra Cass. Com.*, 25 avr. 2006 : *Contrats, concurrence, consommation* 2006, *comm.* n° 141, obs. M. Malaurie-Vignal (entreprise d'import-export et hypermarché) : il y a obligatoirement un rapport de concurrence entre l'auteur de la déloyauté et sa « victime », c'est-à-dire une clientèle commune.

12. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, n° 481-482, p. 380-381.

7. *Triptyque de la responsabilité civile.* Étant fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, l'action en concurrence déloyale suppose la réunion des trois conditions que sont une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux.

8. *La faute.* L'existence de la faute est tout d'abord essentielle : en l'absence de faute, les tribunaux refusent de condamner pour concurrence déloyale ou parasitaire. La jurisprudence s'est toutefois interrogée sur le point de savoir si cette faute devait ou non être intentionnelle. Elle a décidé que la faute peut être retenue en l'absence de tout élément de mauvaise foi, de tout élément intentionnel. Ainsi, dans un arrêt du 17 octobre 1984, la Cour de cassation a jugé que « l'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil et que le quasi délit prévu à ces textes ne requiert pas un élément intentionnel¹³ ». La simple faute de négligence ou d'imprudence suffit donc, même s'il est vrai qu'on a du mal à la percevoir. Tout exercice anormal d'un droit, dans des conditions différentes de celles auxquelles se conforment les individus diligents et prudents est source de responsabilité.

En ce qui concerne la nature de la faute, Yves Serra affirmait qu'elle consiste « dans la violation de devoirs dans l'exercice de la liberté de la concurrence qui entraîneraient pour certains des impératifs d'utilité sociale, n'étant pas exclu qu'il puisse y avoir éventuellement contradiction entre ces divers intérêts¹⁴ ». La faute est tout acte contraire aux usages du commerce ou, *a fortiori*, déloyal, traduisant un excès dans l'utilisation de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette définition est conforme à celle donnée par la Convention de Paris qui la définit comme « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale ». Cela signifie que le juge apprécie la faute *in abstracto* mais le modèle change et impose une diligence plus ou moins grande. La référence aux usages a des inconvénients : outre qu'ils se caractérisent par une certaine imprécision, on éprouve des difficultés à les connaître et à en rapporter la preuve.

La question de la preuve de la faute a soulevé de nombreuses interrogations aussi bien jurisprudentielles que doctrinales, essentiellement sur le point de savoir s'il devait y avoir présomption ou pas de faute. C'est le régime d'une responsabilité pour faute prouvée qui l'a emporté, ce qui semble pour le moins légitime. Il serait grave, expliquait encore Yves Serra, « que la seule constatation d'une perte de clientèle puisse faire présumer la responsabilité du concurrent qui est à l'origine de ce déplacement de clientèle car ce serait la négation même du principe de liberté d'action qui doit régner dans le cadre de la compétition économique¹⁵ ».

9. *Le préjudice.* Le préjudice, quant à lui, doit exister et doit être certain. Le préjudice simplement éventuel n'est normalement pas pris en compte. En revanche, le préjudice futur peut donner lieu à réparation à condition qu'il apparaisse comme inévitable. Ainsi, le gain manqué peut-il être réparé. Enfin, le dommage doit être direct. Peut-être est-ce pour cela que le législateur a refusé aux associations de consommateurs la possibilité d'agir en concurrence déloyale : le préjudice des consommateurs ne serait qu'indirect.

L'appréciation du préjudice suit toutefois une logique particulière en concurrence déloyale, si bien que l'on s'est interrogé sur la « spécificité du préjudice concur-

13. D. 1985, Inf. rap. 383. V. auparavant, *Cass. com.*, 19 juill. 1971 : *Bull. III*, n° 212.

14. *Encyclopédie Dalloz Commercial Concurrence déloyale*, n° 90.

15. *Encyclopédie Dalloz Commercial Concurrence déloyale*, n° 90.

rentiel »¹⁶. En effet, la jurisprudence a tendance à l'entendre de façon assez souple afin de faire ressortir l'autre vocation de la responsabilité civile délictuelle que la réparation : sa vocation disciplinaire ou sanctionnatrice. Dans ce dessein, les juges déduisent de l'existence d'un acte de concurrence déloyale l'existence d'un préjudice qu'ils qualifient même parfois simplement de *trouble commercial* entendu comme un préjudice autonome englobant tous les comportements susceptibles de perturber le jeu du marché. On lit ainsi qu'il s'infère nécessairement de l'acte de concurrence déloyale un préjudice ou un trouble commercial¹⁷.

10. *Le lien de causalité*. Pour le lien de causalité, là aussi, l'appréciation des juges est assez compréhensive. C'est surtout l'évolution du chiffre d'affaires ou des parts de marché qui sert de critère de détermination de l'existence du lien de causalité. Mais il n'y a pas toujours de variations. Dès lors, les juges déduisent ce lien de l'absence d'autres circonstances pouvant expliquer le préjudice invoqué et prouvé.

11. *Absence de droit privatif*. L'action en concurrence déloyale a pour objet de protéger celui qui n'a aucun droit privatif¹⁸. Aussi ne peut-elle pas être cumulée avec une action en contrefaçon, sauf si elles ne se fondent pas sur les mêmes éléments¹⁹.

2. Les actes de concurrence déloyale

12. *Typologie des actes de concurrence déloyale*. Paul Roubier avait classé les comportements déloyaux en trois catégories. Sa typologie demeure la présentation classique des actes de concurrence déloyale même si la doctrine moderne y a ajouté une quatrième catégorie, à savoir le parasitisme.

13. *Le dénigrement*. Le dénigrement correspond à des agissements portant atteinte à l'image, à la réputation d'une entreprise ou de son produit. Le concurrent indélicat cherche à détourner la clientèle de son rival en jetant le discrédit sur lui. L'un des exemples caractéristiques est la publicité comparative, celle-ci ayant été pendant très longtemps interdite dans la mesure où on l'assimilait à un dénigrement de l'entreprise comparée. Aujourd'hui autorisée, la publicité comparative peut malgré tout être dénigrante et faire l'objet alors d'une action en responsabilité pour concurrence déloyale. Se comparer à son concurrent peut consister à montrer que l'on est meilleur que lui – ce qui est licite – ou bien qu'il est moins bon que soi. Ce second cas de figure peut s'apparenter à du dénigrement²⁰. Même si on ne cite ni son concurrent, ni ses produits, mais que l'on fait des allusions permettant aux consommateurs de l'identifier, la publicité comparative dénigrante est condamnable. En revanche, si le concurrent n'est pas identifiable, alors il n'y a pas acte de concurrence déloyale. Le dénigrement collectif (envers une profession) est aussi possible²¹.

16. Ph. LE TOURNEAU, « La spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998, p. 83.

17. *Cass. com.*, 22 oct. 1985 : *Bull. civ. IV*, n° 245, 25 janv. 2000 : *Contrats, conc. consom.* 2000, *comm.* n° 62, obs. M. Malaurie-Vignal. 22 fév. 2000 : *Contrats, conc., consom.* 2000, *comm.* n° 81, obs. M. Malaurie-Vignal. 9 oct. 2001 : *Contrats, conc. consom.* 2002, *comm.* n° 6, obs. M. Malaurie-Vignal. 1^{er} juill. 2003 : propr. industr. nov. 2003, *comm.* n° 96, obs. J. Schmidt-Szalewski. 12 déc. 2006 : inédit, *pourvoi* n° 04-11947. 27 mai 2008 : inédit, *pourvoi* n° 07-14422. Trib. Com. Paris, 8^e Ch., 6 nov. 2002, SA Royal Canin c/ SNC Hill's Pet nutrition.

18. *Cass. com.* 22 oct. 2002 : *D.* 2003, somm. 1031, obs. Y. Serra. 10 fév. 2009 : *D.* 2009, obs. E. Chevrier.

19. *CA Paris*, 14 mai 2003 : *JCP E* 2003, n° 47, p. 1863, obs. Ch. Caron.

20. *CA Paris*, 18 janv. 2008 (Assimil) : *RLC* n° 20/2009, obs. L. Arcelin-Lécuyer, à paraître.

21. Ce fut le cas de la publicité de Carrefour mettant en scène un petit épicier dont le nez s'allonge en voyant ses clients partir chez carrefour et dont la légende était « Pas de prix choc, pas de prix réclame, pas de prix boum, pas d'attrape-nigaud, Carrefour vend toute l'année tous les articles de tous ses rayons aux prix les plus bas » (*CA*

14. *La désorganisation*²². Le concurrent va ici chercher à désorganiser la production, la commercialisation de l'entreprise voisine, ce qui peut passer par le débauçage de son personnel. Par exemple, il peut s'agir de divulguer un secret de fabrique qui est un moyen de fabrication ayant un caractère industriel et secret ou de la divulgation du savoir-faire.

15. *La confusion*. C'est le cas le plus fréquent. Il s'agit de faire en sorte que le client confonde les deux entreprises ou les produits de ces entreprises pour retirer un bénéfice de la notoriété ou du succès de son concurrent. La théorie du rattachement indiscret à une entreprise rivale (selon l'expression de Roubier) peut jouer ici. Le concurrent se place dans le sillage de la renommée d'un tiers et profite indirectement des « retombées » de celle-ci, sans chercher réellement à s'approprier le nom d'autrui, donné comme référence de qualité, une sorte de caution morale. Pour cela, le concurrent déloyal va chercher la confusion autour des signes distinctifs de l'entreprise rivale comme son nom commercial, autour des signes distinctifs des produits ou services de l'entreprise comme la marque, ou va imiter les emballages ou même la publicité du concurrent.

16. *Le parasitisme économique*. La théorie du parasitisme économique est une construction prétorienne, que l'on retrouve exposée pour la première fois sous la plume de Yves Saint-Gal en 1957²³. L'auteur la définit comme « le fait pour un tiers de vivre dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits²⁴ ». Le parasitisme économique recoupe deux pratiques déloyales : la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires compris, selon Yves Saint-Gal, comme « l'acte d'un commerçant ou d'un industriel qui, même sans avoir l'intention de nuire, tire ou s'efforce de tirer profit d'un renom acquis légitimement par un tiers, et sans qu'il y ait normalement risque de confusion entre les produits et les établissements ». Les exemples sont nombreux : on peut citer la célèbre affaire du Comité interprofessionnel du vin de champagne contre la société Yves Saint Laurent Parfums²⁵ ou bien encore l'affaire Guerlain. Boch avait lancé une campagne de publicité pour son lave-vaisselle : une femme tenait dans ses mains le lave-vaisselle en taille réduite aux dimensions d'un flacon de parfum. Cette publicité reprenait la position particulière des mains de la femme de la publicité Guerlain pour Samsara ainsi que la combinaison des couleurs (rouge du vêtement de la femme, chair des parties apparentes du corps et dorée pour la miniature). Bien sûr, il n'y a pas eu de confusion dans l'esprit du public ni de détournement de clientèle. Cependant, la Cour d'appel de

Bordeaux, 3 mars 1971 : *Ann. Propr. Ind.* 1971, 293). Cela fut considéré comme une publicité injurieuse à l'encontre des épiciers traditionnels, dont les méthodes étaient qualifiées d'attrape-nigaud. Ce fut encore le cas de la publicité de Volkswagen : « Trop cher le gigot, roulez en Polo... Je roule en Volkswagen et j'aime ça... » Pour la fédération nationale ovine, la formule « trop cher le gigot » risquait d'être prise pour tel par les consommateurs et restait dans les esprits. Le TGI de Paris lui a donné raison (21 fév. 1986 : inédit).

22. V. M. TEXIER, *La désorganisation – Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, Thèse Perpignan, 2005.

23. Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires : *RIPIA* 1957, p. 19.

24. Selon Dupichot, « de façon très générale, et en première approximation, le parasitisme économique peut s'entendre comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'insère dans le sillage d'un autre agent économique, soit afin d'exploiter aux dépens directs du parasite le même type de clientèle que ce dernier (auquel cas il y a concurrence parasitaire proprement dite) soit surtout, pour profiter du travail et de l'aura du parasite afin d'exploiter une clientèle distincte. Dans cette seconde hypothèse, le parasite peut prétendre qu'il n'y a pas de véritable concurrence déloyale suivant le schéma classique : on parle alors usuellement "d'agissements parasitaires" *lato sensu* ».

25. *CA* Paris, 15 déc. 1993 : *D.*1994, jur. p. 145 ; *JCP* 1994 E, II, 540.

Paris a jugé que « un tel rattachement indiscret à l'image que Guerlain a à grands frais utilisé pour présenter sa ligne de produits Samsara [...] constitue non seulement une exploitation induue par un effet de sillage et sans bourse délier de l'image d'un tiers, mais encore l'affadissement et l'amenuisement de l'identité de cette image²⁶ ».

3. Les sanctions de la concurrence déloyale

17. *Cessation des actes déloyaux.* Ce que souhaite avant tout la victime, c'est la cessation des actes déloyaux. On en revient à la théorie générale de la concurrence déloyale telle qu'elle était enseignée par Roubier²⁷. Pour l'auteur, « l'action doit aboutir beaucoup moins à réparer un préjudice au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire à compenser un dommage par une indemnité pécuniaire, qu'à faire cesser ou interdire cet exercice du droit qui se poursuit dans des conditions abusives ou excessives ». Aussi pensait-il que l'existence d'un préjudice n'était pas requise pour agir en concurrence déloyale. Pour lui, le concurrent lésé devait simplement avoir un intérêt légitime qui devait être né et actuel et qui ne se confond pas avec le préjudice, et qui lui permet de requérir la cessation des actes déloyaux. Cette interdiction sera assortie d'une astreinte.

18. *Publication de la condamnation.* Le juge peut encore ordonner la publication du jugement dans un journal local ou sur le site Web du concurrent indélicat.

19. *Réparation du préjudice.* Il peut y avoir réparation du préjudice. Il s'agit d'allouer à la victime des dommages et intérêts pour réparer son préjudice tant matériel que moral. Mais, les choses ne sont pas aussi simples que ça. Prenons l'exemple d'un cas de publicité comparative illicite²⁸. Si, selon la jurisprudence, tout acte de concurrence déloyale est constitutif d'un préjudice, il importe pour réparer celui-ci qu'il soit évalué. Une chose est l'existence du préjudice, induite de la faute, une autre est son indemnisation. Or, ces préjudices sont difficilement chiffrables parce qu'il est très délicat de mesurer l'impact de la publicité sur l'entreprise concurrente. Si bien que bon nombre d'entreprises s'estimant victimes d'un préjudice ne le démontrent pas, et ne peuvent dès lors obtenir à une réparation pécuniaire²⁹. Ces lacunes favorisent sans conteste l'existence de fautes lucratives³⁰. Peut-être pourrait-on imaginer l'introduction dans l'ordre interne des dommages et intérêts punitifs³¹ comme proposait de faire l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription dressé par la Commission Catala^{32, 33}. Ce ne serait cependant pas sans soulever de

26. *CA Paris*, 29 sept. 1995 ; *Gaz. Pal.* 26-30 mai 1996.

27. P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD com.* 1948, p. 541.

28. V. L. ARCELIN, « La publicité comparative, à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents » : 1^{re} partie, *RLC* n° 13/2007, p. 130 ; 2^e partie, *RLC* n° 14/2007, p. 177.

29. V. pour une opération « nulle », *TC Paris*, 16 mai 2007, *Tele2 c./ France télécom* : les deux opérateurs ont été condamnés à se dédommager mutuellement de 400 000 euros, et le Tribunal a ordonné la compensation judiciaire entre ces sommes.

30. D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *Petites affiches* 20 nov. 2002, n° 232, p. 27.

31. D. FASQUELLE, « Concurrence déloyale : Amendes civiles ou "dommages punitifs" », *Gaz. Pal.* 2001, doctr. p. 1681. R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *Petites affiches* 20 janv. 2005, n° 14, p. 53.

32. V. D. FASQUELLE et R. MESA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666. M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006, I, 149.

33. L'article 1371 du Code civil disposerait : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer

nouvelles questions liées à l'évaluation de ces dommages et intérêts punitifs ou encore à l'identification du destinataire de ces sommes (victime? Trésor public?).

20. *Vers une consécration législative de la concurrence déloyale?* Il a été proposé de consacrer la théorie par voie législative³⁴. La Commission Canivet avait ainsi envisagé de réécrire l'article 440-2 du Code de commerce (dans un chapitre préliminaire) : « Les règles du présent titre ont pour objet d'assurer des comportements loyaux de marché. Elles ne font pas obstacle à une action fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil destinée à prévenir ou à réparer les conséquences des comportements délictuels des agents économiques sur le marché, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation, ou encore les agissements parasitaires. » La loi du 2 août 2005 n'a cependant pas entériné la proposition. Néanmoins, il existe çà et là quelques textes spécifiques qui visent directement des actes de concurrence déloyale. On pense en particulier à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs transposée par la loi Chatel le 3 janvier 2008, modifiée par la loi LME du 4 août 2008, aux articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation. En effet, l'article L. 121-1 I, qui appréhende les pratiques commerciales trompeuses au rang desquelles figure la confusion, s'applique aux relations entre professionnels et consommateurs mais également entre professionnels.

B. Les obligations de non concurrence

21. *Concurrence interdite.* La concurrence générée par certaines personnes peut être redoutable pour d'autres. Les exemples de l'ancien salarié, fort de sa connaissance de la précédente entreprise, ou encore du cédant d'un fonds de commerce à qui la clientèle peut être attachée, illustrent bien le risque encouru par l'ancien employeur ou le cessionnaire. Pour atténuer cette menace, la pratique a imaginé, au XIX^e siècle, l'insertion de clauses contractuelles visant à interdire la concurrence de celui dont elle serait la plus pernicieuse. Ces dispositions, mettant à la charge du débiteur une obligation de non concurrence, font l'objet d'appellations différentes selon le cadre dans lequel elles sont insérées. Ainsi parle-t-on de clause de *non-rétablissement* du vendeur de fonds de commerce, de clause de *non-réembauchage* d'un salarié ou encore de clause de *non-réinstallation* du médecin qui cède son cabinet. Derrière ce manque d'unité du vocabulaire employé, se profile, pourtant, l'idée d'obliger un individu à s'abstenir de concurrencer une autre personne. En d'autres termes, il s'agit toujours de mettre à sa charge une obligation de non concurrence et de poser une restriction au principe de liberté du commerce et de l'industrie ou de liberté du travail.

22. *Obligation de non rétablissement du cessionnaire d'un fonds de commerce.* Lorsqu'une personne acquiert un fonds de commerce, il entend bénéficier de la clientèle que s'est attachée progressivement le cédant. Ce dernier pourrait, cependant, être tenté de reprendre ses activités en se rétablissant à proximité de son ancien fonds. Cette concurrence serait fort fâcheuse pour le cessionnaire et viendrait par là même, remettre en cause l'opération. On comprend alors la nécessité d'insérer dans

de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. »

34. Y. PICOD, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélange Y. Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 359.

l'acte de vente une clause de non concurrence visant à obliger le cédant à s'abstenir de toute concurrence envers le cessionnaire.

En l'absence d'une telle disposition, la jurisprudence s'est interrogée sur le point de savoir s'il existait une obligation de non concurrence de plein droit à la charge du vendeur. La Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé de consacrer cette restriction de liberté de concurrence du vendeur, considérant, sans doute que « l'obligation de non concurrence n'entraîne pas dans l'économie légale du contrat³⁵ ». Cette analyse allait pourtant être abandonnée, sous l'impulsion des tribunaux. Bien avant le revirement décisif de la Chambre civile, les juridictions du fond avaient, en effet, reconnu le cédant comme garant de la chose vendue en application des articles 1625 et suivants du Code civil. Ce fondement légal de l'obligation de non concurrence fut consacré par l'arrêt du 11 mai 1898 dans lequel la Chambre civile de la Cour de cassation énonce que « l'obligation de garantie emporte, pour le vendeur d'un fonds de commerce, le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé³⁶ ». Dès la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence a donc admis l'idée d'une obligation de non concurrence de plein droit, c'est-à-dire d'origine légale puisque fondée sur les articles 1625 et suivants du Code civil, à l'égard du vendeur, à côté d'une obligation de non concurrence d'origine volontaire³⁷. Il s'en suit que, même en l'absence de clause expresse, le vendeur ne peut accomplir des faits, même licites et légitimes³⁸, qui privent l'acquéreur des avantages que doit lui procurer le fonds vendu, dans l'état où il se trouvait lors de la cession, c'est-à-dire fort d'une clientèle régulière et habituelle³⁹.

23. *Obligation de non concurrence du salarié.* Concernant le salarié, il existe aussi une obligation de non concurrence d'origine légale et une obligation de non concurrence d'origine volontaire (on parle alors de clause de non concurrence).

Si certains pays européens disposent d'un corps de textes consacré à l'obligation de non concurrence du salarié⁴⁰, tel n'est pas le cas de la France où la jurisprudence a du forgé elle-même les règles applicables à la matière. Ainsi, enseigne-t-elle, de manière constante, que le salarié est débiteur d'une obligation de non concurrence de plein droit envers son employeur pendant la durée du contrat de travail. On ne saurait être à la fois collaborateur et concurrent. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, pu énoncer qu'« un employé ne peut, sans manquer aux obligations résultant de son contrat de travail, exercer une activité concurrente de celle de son employeur pendant la durée du contrat de travail⁴¹ ». La Chambre sociale de la Cour de cassation adopte la même conception en affirmant que, le salarié, « même en l'absence de clause expresse est tenu par une obligation de non

35. Y. SERRA, *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, coll. « Droit usuel affaires », 1991, p. 21, n° 23.

36. *Civ.* 11 mai 1898, S. 1898, I, 205.

37. Ce principe a été, ensuite, rappelé à maintes reprises. Voir, par exemple, *Cass. com.* 24 mai 1976 (*Bull. civ. IV*, n° 175) : « Le vendeur d'un fonds de commerce ne peut faire concurrence à l'acheteur par un acte quelconque de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé. »

38. En ce que fondés sur les principes de liberté du commerce et de l'industrie et de liberté de la concurrence dont chacun peut jouir.

39. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, éd. Cujas, 1996-1997, p. 217, n° 354.

40. V. par exemple, l'article 2105 du Code civil italien qui dispose que « l'employé ne doit pas traiter d'affaires pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers en concurrence avec l'employeur ».

41. *Com.* 8 fév. 1965, *Bull. civ. III*, n° 96 ; *D.* 1965, Somm. 96, obs. Y. Serra.

concurrence vis-à-vis de son employeur jusqu'à l'expiration de son contrat⁴² ». La solution ainsi retenue est tout à fait légitime. Elle manifeste l'obligation de fidélité que doit respecter tout salarié le temps de son contrat de travail. Celle-ci est parfois expressément mentionnée par les juges⁴³.

Après l'expiration de son contrat de travail, le salarié recouvre une pleine et entière liberté. Aucune obligation de non concurrence de plein droit ne lui fait défense de s'établir à son propre compte ou de se faire embaucher par une entreprise concurrente. Le contraire entraverait illégitimement les principes de liberté du travail et de liberté de la concurrence. Seule une clause expresse contenue dans son contrat de travail pourrait, en définitive, l'en empêcher. La jurisprudence n'a de cesse de répéter ce principe par des formulations plus qu'explicites. Ainsi, peut-on lire que « la liberté du travail et de la concurrence implique que le salarié qui retrouve son indépendance à la fin du contrat de travail soit en droit de s'établir à son propre compte ; qu'à défaut d'être engagé par une clause expresse de non concurrence, il peut donc concurrencer librement son ancien employeur dès lors que son comportement n'est pas déloyal⁴⁴ ».

Une clause de non concurrence peut cependant s'appliquer si elle a été prévue dans le contrat et si elle respecte quatre conditions cumulatives :

- limitation dans le temps ;
- limitation dans l'espace ;
- protection des intérêts légitimes de l'entreprise : la jurisprudence, pour combiner liberté contractuelle et liberté de concurrence, a en effet limité l'étendue de la clause de non concurrence dans le temps et dans l'espace en exigeant en 1992, qu'elle vise à préserver les intérêts légitimes de l'entreprise⁴⁵. C'est parce que l'exercice par l'ancien salarié de son activité présenterait un risque concurrentiel pour l'entreprise, que la clause se trouve justifiée et causée⁴⁶ ;
- compensation financière⁴⁷. Une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie⁴⁸.

24. Ces deux corps de règles forment la partie ancienne du droit de la concurrence, celle qui s'intéresse avant tout aux intérêts des concurrents et visent à les protéger en priorité. Ce n'est qu'indirectement que le marché est assaini ou préservé. Fin XIX^e siècle, est en revanche apparue une préoccupation plus moderne : celle de protéger directement cette fois les marchés concurrentiels.

42. *Cass. soc.*, 5 mai 1971 : *Bull. civ. V*, n° 327. V. aussi : *Cass. soc.* 19 oct. 1978 : *Bull. civ. V*, n° 689. 25 janv. 1984 : *Bull. civ. V*, n° 31 ; *D. S.* 1984, inf. rap. 445, obs. Y. Serra.

43. Ainsi, la Cour de cassation approuve-t-elle les juges du fonds d'avoir relevé que « le salarié est tenu, pendant toute la durée d'exécution de son contrat de travail, d'une obligation de fidélité, et ne peut, sans y manquer, exercer une activité concurrente de celle de son employeur » (*Cass. soc.* 18 mai 1978 : *Cahiers prud'homaux* 1978, p. 203. 15 nov. 1984 : *D.* 1985, 383, note Y. Serra. 30 avr. 1987 : *D.* 1988, Somm. 175, obs. Y. Serra. *CA Versailles* 6 avr. 1993 : *D.* 1994, *Somm.* 217, obs. Y. Serra).

44. *CA Versailles* 26 juill. 1989, *D.* 1990, *Somm.* 335, obs. Y. Serra.

45. *Cass. soc.*, 14 mai 1992 : *D.* 1992, p. 350, note Y. Serra ; *JCP* 1992, II, 21889, note J. Amiel-Donat. D. CORRGNAN-CARSIN, « Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 967. N. GAVALDA, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 582.

46. Un problème peut surgir lorsque cet intérêt a disparu. Ex : *Cass. soc.*, 7 mars 2007 : *JCP E* 2007, p. 2153, note L. Arcelin.

47. *Cass. soc.*, 10 juill. 2002 (3 arrêts) : *D.* 2002, p. 2491.

48. *Cass. soc.*, 15 nov. 2006 : *Bull. soc.* n° 341.

II. La protection directe du marché

25. *Objet du droit de la concurrence.* Ce que recherche le droit de la concurrence moderne, c'est l'efficacité économique. Il va limiter les concentrations de pouvoir entre plusieurs entreprises (sorte de monopole collectif) ou bien les monopoles détenus par une seule entreprise. En effet, lorsqu'une entreprise est seule sur le marché ou bien que plusieurs opérateurs économiques se concertent pour adopter une même ligne de conduite concurrentielle, il y a inmanquablement une hausse des prix, une augmentation de son ou de leur surplus et une baisse du surplus des consommateurs.

26. *Surplus*⁴⁹. Le marché se partage entre demandeurs et offreurs. On attribue à chacun de ces acteurs un indicateur (le surplus) permettant de mesurer le gain qu'il retire de l'échange sur le marché. Il est fonction du prix et des quantités échangées et dépend également de l'évolution de la demande et de l'offre. Le surplus des consommateurs correspond au gain réalisé par les consommateurs qui étaient prêts, compte tenu de leurs goûts, de leur capacité financière, à payer plus que le prix constaté sur le marché : c'est un gain de pouvoir d'achat. Ex : vous êtes prêt à acheter 15 euros un produit qui est vendu 10 : le surplus est de 5. Pour les entreprises, le surplus (ou profit) renvoie à la différence entre les coûts unitaires (coûts marginaux) et le prix du marché. Il dépend de la fonction de production de chaque entreprise et de leur efficacité. Le cumul des deux représente le surplus global ou collectif et ce que la société dans son ensemble a gagné grâce aux échanges réalisés sur le marché. Si les prix augmentent du fait d'une pratique anticoncurrentielle, quels sont les effets ?

- Sur le surplus des consommateurs : tout dépend du type de bien :
 - si c'est un bien « nécessaire », la demande ne baisse pas même si les prix augmentent : on parle de demande inélastique ;
 - si c'est un bien « normal », la demande peut être élastique : les quantités demandées baissent. La demande décroît en fonction du prix. Donc, la hausse des prix aura pour effet une perte de surplus des consommateurs et un recul des quantités vendues.
- Sur le surplus de l'entreprise contrevenante : l'effet est variable :
 - il est positif si le profit supplémentaire lié à la hausse de prix est supérieur à la perte de profit liée elle à l'absence de vente des produits (on calcule ce qu'on aurait dû réaliser si on avait vendu les unités) ;
 - il est négatif en cas inverse.

En général, le contrevenant a gagné son pari...

- Sur le surplus collectif : lorsque la hausse des profits de l'entreprise contrevenante est plus importante que la baisse du surplus du consommateur, le surplus collectif augmente (gain en PIB). Si elle est de même ampleur, il n'y a pas d'atteinte au surplus collectif.

Comme le font remarquer des auteurs, ce qui est gênant est certes ce transfert de surplus du consommateur vers l'entreprise délinquante, mais surtout « la perte sèche en bien-être, une partie des surplus n'étant pas récupérée par la firme et se trouvant donc perdue pour la société dans son ensemble⁵⁰ ». Les monopoles créent donc des inefficacités économiques. Qui plus est, ils créent des inefficacités productives qui

49. V. Rapport du Conseil de la concurrence 2005, p. 121-122.

50. L. DONNEDIEU DE VABRE-TRANIE et Ch. MONTET, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *Contrats, concurrence, consom.* 2006, chron. 22.

s'ajoutent aux pertes sèches en bien-être économique. L'innovation pâtit également de ces comportements.

27. *Droit américain.* Les premiers à avoir stigmatisé les monopoles sont les États-Unis⁵¹. Dans les années 1870-1880, de véritables « géants » industriels ont fait leur apparition sur le territoire américain dans des domaines variés : pétrole avec la Standard Oil de John D. Rockefeller, sidérurgie, chemins de fer. Parallèlement, on prend conscience que ces trusts peuvent soulever de nouveaux problèmes en termes de bien-être social. On suspecte, on diabolise même, ces grandes coalitions qui affectent la vie des travailleurs et citoyens (on ne parle pas encore de consommateurs). Est alors voté le Sherman Act le 2 juillet 1890 dont, schématiquement, la section 1 prohibe les ententes restreignant le commerce et dont la section 2 interdit les abus de monopolisation.

La première application du Sherman Act qui fera vraiment date concerne la Standard Oil. Déjà une enquête avait débuté en 1888 et en 1906, le gouvernement fédéral ouvre une action judiciaire à l'encontre du groupe. Finalement, en 1911, la Standard Oil est condamnée pour abus de position dominante et le juge ordonne le démantèlement du groupe en 33 entreprises indépendantes. Naîtront ainsi Exxon, Mobil, Chevron, Esso.

Pour contourner la législation sur les ententes, les entreprises se sont mises à fusionner. En effet, en fusionnant, on n'a plus qu'une entité et la condition de pluralité de contrevenants à l'entente n'est plus remplie. Les États-Unis se sont alors dotés d'une législation sur les fusions ou *mergers* avec le Clayton Act de 1914. C'est cette même année qu'est adopté le Fédéral Trade Act et qu'est créée la Fédéral Trade Commission.

28. *Droit communautaire.* Ces préoccupations ont été prises en compte très rapidement aussi par l'Europe. Dès les premiers temps de sa construction, l'Europe s'est doté d'un arsenal contre les pratiques anticoncurrentielles. Mais, le but de ces mesures a évolué.

29. *Rapprochement des peuples.* La construction européenne avait pour objectif initial le rapprochement des peuples et la préservation de la paix. Cette construction devait avoir pour bases l'économie, le marché. L'union économique permettait d'assurer cette cohésion des peuples. L'idée est loin d'être nouvelle puisqu'elle avait déjà été développée par Montesquieu : « L'effet du commerce est de porter la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes ; si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre ; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels. » On lit encore chez l'auteur : « C'est presque une règle générale que partout où il y a des mœurs douces il y a du commerce : et que partout où il y a du commerce il y a des mœurs douces. »

30. *Traité CECA.* L'Union économique fut d'abord limitée au domaine du charbon et de l'acier. Le Traité de Paris du 18 avril 1951 créa en effet la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). On mettait ainsi en place une organisation des industries lourdes fondée sur l'entente franco-allemande. Le but était de contrôler et de limiter ce qui avait été la politique allemande pendant des décennies : la clémence et même sous le III^e Reich, l'encouragement à constituer des cartels. À l'époque, le droit allemand nourrissait depuis des décennies un sentiment favo-

51. V. F. SOUTY, *La politique de la concurrence aux États-Unis*, PUF, coll. « Que sais-je? », n° 2945, 1995. E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005.

nable aux cartels. Jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, il avait sa lecture propre du principe de liberté du commerce et de l'industrie⁵². Tandis que les pays anglo-saxons en faisaient découler un principe de non immixtion de l'État dans les affaires privées associé à une règle de libre exercice de la concurrence prohibant toute concertation entre entreprises, le droit allemand ne l'assimilait qu'au premier principe. La concurrence entre entreprises était au contraire supposée avoir des effets néfastes puisqu'elle pouvait conduire à la faillite des entrepreneurs provoquée par une baisse anormale des prix⁵³. En découlait alors un important phénomène de cartellisation dont le rôle bénéfique sur les secteurs en difficulté pendant la crise des années 1930 était au contraire mis en exergue, les cartels sauvant à la fois production et emplois. Sous le III^e Reich, cette conception avait permis la création de grands groupes, de Konzern de rationalisation dans des secteurs vitaux pour l'économie de guerre : le charbon et l'acier. Après la Seconde Guerre mondiale, on ne veut plus de ces cartels et se produit alors un mouvement inverse, un phénomène de décartellisation imposé par les américains dans la zone qu'ils occupent⁵⁴. Il s'agit d'éviter qu'un groupe détienne le monopole sur un marché, qu'il impose sa politique et ses prix ou bien que ce pouvoir soit détenu par plusieurs entreprises s'entendant entre elles.

C'est aussi ce que s'est assigné le Traité de Paris lorsqu'il a créé la CECA et pour le domaine particulier mais oh combien essentiel à l'époque, le charbon et l'acier. Aujourd'hui, ce secteur n'est plus aussi important ; les rédacteurs du traité en avaient sans doute conscience, puisqu'ils avaient prévu une durée de vie limitée de ce traité : 50 ans. Depuis le 23 juillet 2002, ce sont donc les règles de droit commun de la concurrence qui s'appliquent⁵⁵.

31. *Traité CEE*. Un pas de plus allait être franchi avec le Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), signé à Rome le 25 mars 1957. Rapidement, en effet, le souci de préserver la paix en Europe et de lutter contre la hausse des prix et le marché noir a cédé le pas à la volonté d'assurer une économie de marché, seule garante du bien-être social et économique des citoyens, des consommateurs, des travailleurs...

32. *La concurrence, moyen et non fin*. La concurrence est apparue comme le meilleur moyen d'atteindre cet objectif d'économie de marché. L'article 3 g) du Traité assignait ainsi à la CEE la mission d'établir « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». La concurrence est donc perçue comme un moyen d'accéder à l'objectif supérieur d'économie de marché et de réalisation du marché intérieur, et n'est pas une fin en soi.

Le même esprit a guidé les rédacteurs du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui remplacera le Traité instituant la CE⁵⁶. L'article 3 est réécrit dans le TFUE. Ne figure plus aussi explicitement la concu-

52. V. M. GLAIS, « Crises sectorielles et ententes défensives », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 335.

53. V. R. BOUSCANT, *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République fédérale d'Allemagne*, préf. M. FROMONT, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 6 et suiv.

54. Une influence similaire se manifestera au Japon avec en avril 1947, la promulgation de l'Anti-monopoly Act et la création de la Japan Fair Trade Commission.

55. *Comm. CE*, Communication sur certains aspects du traitement des affaires de concurrence résultant de l'expiration du traité CECA : *JOCE* n° C 152, 26 juin 2002 ; *Europe* 2002, *comm.* n° 290, obs. L. Idot.

56. V. A. DECOCQ et G. DECOCQ, « Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne », *LGDJ*, 2008, n° 4 et suiv. p. 14 et suiv.

rence! On la retrouve néanmoins dans le Protocole sur le marché intérieur et la concurrence : « Le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée⁵⁷. » Assurer la libre concurrence ne figure plus dans les missions explicites imparties à l'Union mais apparaît comme un « simple outil », ce que révèle d'ailleurs la rédaction de l'article 2 : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. » L'économie sociale de marché qui tend au plein emploi... doit être « hautement compétitive ». En d'autres termes, la concurrence est toujours perçue comme un moyen d'accéder à ces objectifs.

33. *Modifications ultérieures du Traité.* Le traité de Rome a été modifié à de nombreuses reprises : le traité de Maastricht du 7 février 1992 (par lequel on substitue l'expression de CEE à celle de CE) ; le traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 qui affirme la volonté de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice ; le traité de Nice de décembre 2000 apporte des précisions sur les institutions de l'UE. C'est aussi à cette occasion qu'a été signée la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces différents traités n'ont pas modifié le fond du droit des affaires européen. Ils ont modifié soit les institutions soit les modes d'adoption de textes (de l'unanimité à la majorité qualifiée) soit encore les modalités de coopération avec les États-membres. Le droit de la concurrence communautaire contenu dans le traité – ses règles substantielles – est resté le même qu'en 1957.

34. *Droit dérivé.* En revanche, le droit dérivé (Règlement, directive, décision, acte unilatéral...) n'a cessé d'évoluer. Il en va ainsi, par exemple, des règles en matière de concentrations économiques. Le traitement de ces opérations n'avait pas été prévu dans le traité de Rome. Les autorités communautaires s'en remettaient alors aux dispositions relatives aux ententes et aux abus de position dominante sans que cela n'emporte la conviction. Après de nombreux débats opposant la France et l'Allemagne, un compromis a été trouvé et a donné lieu au règlement n° 4064/89 du 31 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, modifié plusieurs fois et finalement abrogé par le règlement n° 139/2004/CE du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Dans le même sens, la Commission européenne a édicté toute une série de règlements fixant des exemptions par catégories d'accords. Elle avait ainsi élaboré un règlement d'exemption pour les accords de distribution exclusive (Rgl. CEE n° 1983/83, 22 juin 1983), un autre pour les accords d'achat exclusif (Rgl. CEE n° 1984/83, 22 juin 1983), un autre pour les accords de distribution et de service vente et après-vente de véhicules automobiles (Rgl. CEE n° 123/85, 12 décembre 1984 ; remplacé par Rgl. CEE n° 1475/95, 28 juin 1995 ; remplacé par Rgl. CEE n° 1400/2002, 31 juillet 2002⁵⁸) et un autre pour les accords de franchise (Rgl. n° 4087/88/CEE,

57. V. N. E. FARANTOURIS, « La "fin" de la concurrence non faussée après le traité réformateur », *RMC* 2009, p. 41.

58. Sur le rapport d'évaluation de la Commission sur l'application du règlement (CE) n° 1400/2002 concernant la distribution et les services après vente dans le secteur automobile du 28 mai 2008, V. P. ARHEL, « Première étape de la réforme de la réglementation automobile », *JCP E* 2008, 294 ; *Contrats, conc., consom.* 2009, *comm.* n° 5, obs. M. Malaurie-Vignal.

30 novembre 1988). Depuis, un nouveau règlement général est venu se substituer aux règlements précités et fixe un cadre applicable à tous les accords de distribution (sauf la distribution automobile). Il s'agit du règlement n° 2790/1999/CE du 22 décembre 1999 relatif aux accords verticaux⁵⁹.

35. *Commission européenne.* La pratique des autorités communautaires est sans conteste une source importante du droit communautaire. À ce titre, il faut rappeler que la Commission européenne, et plus particulièrement sa direction générale IV (DG IV) est l'un des organes principaux de la politique de concurrence. Chaque commissaire chargé de la concurrence a son cheval de bataille. La commissaire actuelle⁶⁰, Nelly Kroes, s'est focalisée sur les cartels et à cette fin, elle a créée au sein de la DG concurrence une nouvelle direction : la direction Cartels, opérationnelle depuis le 1^{er} juin 2005. Le rapport de la Commission sur la politique de concurrence pour 2005 précise que « la mission principale de la direction Cartels consiste à mener efficacement et rationnellement un grand nombre d'enquêtes sur des ententes. Elle doit simplifier et accélérer le déroulement de ces enquêtes, par nature complexes et longues, afin de pouvoir les clore dans des délais raisonnables. Dans son travail, cette direction mettra l'accent sur les coûts des ententes non seulement pour les consommateurs finals, mais également pour les consommateurs industriels. Ces ententes ne produisent aucun avantage pour les consommateurs ni pour l'économie et ont des effets préjudiciables sur la compétitivité et la croissance dans l'Union européenne ».

La DG IV a un pouvoir de réglementation (elle incite parfois le Conseil à adopter certains projets et adopte elle-même certains règlements d'application) et un pouvoir d'instruction et de répression. Elle a aussi un rôle d'information pour ne pas dire pédagogique : le droit de la concurrence est un droit compliqué, qui s'est complexifié au fil des ans. Pour qu'un droit soit efficace, il faut que ses destinataires le connaissent et le comprennent, pour finalement qu'ils le respectent. La Commission européenne participe à cet effort en publiant chaque année un rapport annuel sur la politique de la concurrence. Une autre pratique se développe : celle des lignes directrices. Parce que les entreprises ou l'État ont besoin de savoir si leur pratique entre dans le champ d'application du droit de la concurrence, la Commission publie des lignes directrices précisant les principes qu'elle entend suivre dans une situation donnée. Par exemple, lorsque l'État aide une entreprise en difficulté, normalement cette aide doit faire l'objet d'un examen approfondi de la Commission. Cette dernière a publié alors des lignes directrices pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté en 1999 puis en 2004 donnant sa position sur la question, comme par exemple, ce qu'elle entend par entreprise en difficulté, la forme que doit prendre l'aide et le but qu'elle doit suivre pour être valide... On pourrait encore citer les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes⁶¹ infligées dans le cadre du règlement n° 1/2003. Enfin, toujours dans cet esprit de collaboration, avant toute réforme, la Commission invite les États membres à lui adresser des observations, comme ce fût le cas, dernièrement, pour l'introduction de la procédure de transaction.

59. *JOCE* n° L 336, 29 déc. 1999, p. 21 ; C. HALIMI-DECHELETTE, « La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence », *Contrats, conc., consom.* 2000, *chron.* n° 6, p. 4.

60. Elle quittera ses fonctions dans l'été 2009.

61. E. BARBIER DE LA SERRE, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC* n° 9/2006, p. 14.

36. *Juridictions communautaires*. Les décisions de la Commission européenne peuvent faire l'objet de recours devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Souvent, la CJCE apporte des précisions, harmonise des solutions ou des définitions. Celle de la notion d'entreprise en est un exemple majeur. La CJCE y est allée par tâtonnements et a fini par cerner les contours de cette notion en 1991⁶² et s'en tient aujourd'hui à cette définition.

37. *Droit français*. Les premières fondations du droit moderne de la concurrence ont été posées par l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et à la répression des infractions à la législation économique. Certes, l'article 419 du Code pénal, réformé par une loi du 3 décembre 1926⁶³, réprimait déjà les coalitions économiques; mais cette disposition, jugée « inadaptée »⁶⁴, est demeurée « peu efficace dans la mesure, notamment, où les magistrats étaient mal armés pour appréhender des situations de plus en plus complexes et où [elle] se heurtait à un mouvement économique favorable aux fusions et aux concentrations⁶⁵ ». Cela explique les nombreuses réglementations qui virent le jour à partir des années 1950. Le décret du 9 août 1953, intégré à l'ordonnance du 30 juin 1945, prohiba les mauvaises ententes tout en validant les ententes réglementaires et celles contribuant au progrès économique. Dix ans plus tard, ce fut au tour de l'abus de position dominante d'être sanctionné⁶⁶. La loi du 19 juillet 1977 institua ensuite le contrôle de la concentration économique. Après maintes modifications de l'ordonnance de 1945, une nouvelle ordonnance, relative à la liberté des prix et de la concurrence, fût promulguée le 1^{er} décembre 1986⁶⁷, abrogeant celles de 1945 et consacrant le passage de l'économie française « du dirigisme à la régulation, de l'État interventionniste à l'État arbitre⁶⁸ ». Le texte, désormais intégré dans le Code de commerce⁶⁹ et modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles réglementations économiques (NRE)⁷⁰, conférait à un nouvel organe⁷¹, le

62. CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 1979.

63. V. L. MAZEAUD, *Commentaire de la loi du 3 décembre 1926*, D.P. 1927, 4, p. 145. Apparaît l'idée que toutes les ententes ne sont pas néfastes et qu'il faut donc distinguer les bonnes ententes des mauvaises.

64. J.-B. BLAISE, « Une construction inachevée : le droit français des ententes et des positions dominantes », in *Études dédiées à René Roblot, LGDJ*, 1984, p. 160.

65. V. SÉLINSKY, *L'entente prohibée, op. cit.*, thèse, n° 4, p. 4.

66. Loi n° 63-628 rectificative pour 1963.

67. Depuis sa promulgation, le législateur est intervenu à de multiples reprises pour modifier le droit interne de la concurrence (loi n° 87-499 du 6 juill. 1987 : *JO* 7 juill. 1987; loi n° 92-1282 du 11 déc. 1992 : *JO* 12 déc. 1992; loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 : *JO* 23 déc. 1992; loi n° 92-1442 du 31 déc. 1992 : *JO* 1^{er} janv. 1993; loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 : *JO* 30 janv. 1993; loi n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996 : *JO* 3 juill. 1996; loi n° 99-574 du 9 juill. 1999 : *JO* 10 juill. 1999). Voir G. CANIVET et L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Évolutions et perspectives*, Litec, coll. « Débats et Colloques », 2006; « Droit de la concurrence 1986-2006 », *RLC* n° 10/2007.

68. Ch. BABUSIAUX, « Concurrence : vers un espace européen : Enjeux », *Les Échos*, juin 1998, p. 129.

69. Articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce.

70. *JO* n° 113, 16 mai 2001, p. 7776; L. IDOT, « La deuxième partie de la loi "NRE" ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP G* 2001, I, 343. J.-P. DE LA LAURENCIE, « Loi NRE : régulation de la concurrence », *Rev. Lamy Dr. affaires* 2001, n° 40, p. 21. P. ARHEL, « Modernisation du droit français de la concurrence (Loi relative aux nouvelles réglementations économiques) », *JCP E* 2001, p. 938. L. RAPP, « Les nouvelles réglementations économiques », *AJDA*, 2001, p. 560; L. ARCELIN, « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », *Contrats, conc., consom.* 2001, *chron.* n° 18, et J.-Cl. *Concurrence Consommation*, fasc. n° 24, 2, 2002.

71. Dont les décisions peuvent être contestées devant la Cour d'appel de Paris puis la Chambre commerciale de la Cour de cassation (V. R. POESY, « La Cour de cassation et les pratiques anticoncurrentielles », *RJDA* 5/02, p. 391). A. DECOCQ, « La genèse du Conseil de la concurrence », *RLC* n° 10/2007, p. 81.

Conseil de la concurrence⁷², la mission de veiller au respect des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes illicites et abus de domination.

38. *Autorité de la concurrence.* La loi de Modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 (art. 95 et suiv.) a substitué au Conseil de la concurrence l'Autorité de la concurrence (ADLC)⁷³. L'idée, initiée dans le rapport Attali, a été de créer une grande autorité autonome et unique comme dans les États voisins⁷⁴ en réunissant Conseil et DGCCRF dans sa fonction enquête (DNE) de concurrence. La loi a été suivie par une ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence⁷⁵. Une série de décrets a également été adoptée pour l'application de la LME et de l'ordonnance de 2008⁷⁶.

Dorénavant, l'article L. 461-1 I a trait à l'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante⁷⁷ qui veille au libre jeu de la concurrence. Les 17 membres sont nommés pour 5 ans et sont répartis de la façon suivante :

- 6 membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes ;
- 5 personnalités choisies en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de concurrence ou de consommation ;
- 5 professionnels de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

Le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence (nouveau). Son mandat est renouvelable une seule fois contrairement aux autres. L'ancien président du Conseil de la concurrence, Bruno Lasserre, a été renouvelé dans ses fonctions.

72. La nature du Conseil de la concurrence n'était cependant pas précisée. On s'est alors demandé s'il s'agissait d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante. La seconde qualification est aujourd'hui retenue.

73. V. L. IDOT, « Interview », *Concurrences* n° 2/2008. C. VILMART et E. LEGUIN, « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », *JCP E* 2008, 1997 ; D. FERRIER et K. BIANCONE, « L'Autorité de la concurrence (après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 nov. 2008) », *D.* 2009, p. 1031. Ch. VILMART, « Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », *JCP E* 2009, I, 1077. V. SÉLINSKY, « L'autorité de concurrence "unique" : une réforme à parfaire », *RLC* n° 17/2008, p. 202.

74. *Contra* V. F. SOUTY, « Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence : Approche comparée des pays du G7 », *Concurrences* n° 2/2007, p. 201.

75. Suite à la déclaration d'inconstitutionnalité (*Cons. const.*, déc. n° 2009-575 DC du 12 fév. 2009) de l'article 31 de la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés du 29 janv. 2009 qui ratifiait l'ordonnance de nov. 2008, un projet de loi ratifiant cette ordonnance a été déposé devant l'Assemblée nationale le 13 fév. 2009. L'ordonnance a finalement été ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

76. Décret n° 2009-139 du 10 fév. 2009 modifiant la partie réglementaire du livre IV du Code de commerce. Décret n° 2009-140 du 10 fév. 2009 pris pour l'application de l'article L. 464-9 du Code de commerce (micro-PAC). Décret n° 2009-141 du 10 fév. 2009 relatif à la représentation de l'Autorité de la concurrence par son président. Décret n° 2009-142 du 10 fév. 2009 pris en application de l'article L. 463-4 du Code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence. Décret n° 2009-185 du 17 fév. 2009 relatif à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Décret n° 2009-186 du 17 fév. 2009 relatif aux décisions en matière de concentration devant être rendues publiques. Décret n° 2009-311 du 20 mars 2009 relatif aux délais dont dispose l'Autorité de la concurrence pour prendre la direction des investigations souhaitées par le ministre chargé de l'Économie et se saisir du résultat de ces investigations. Décret n° 2009-312 du 20 mars 2009 relatif à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Décret n° 2009-335 du 26 mars 2009 relatif aux modalités d'intervention du conseiller auditeur auprès de l'Autorité de la concurrence. Décret n° 2009-312 du 20 mars 2009 relatif à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles. V. D. BOSCO, « Modernisation du droit français de la concurrence : les décrets LME sont publiés », *Contrats, conc., consom.* 2009, *comm.*, n° 104.

77. V. R. POESY, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 347.

L'Autorité dispose d'un service d'instruction qui a à sa tête un rapporteur général qui nomme des rapporteurs extérieurs ou permanents.

Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou « offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes » est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège⁷⁸. Il recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs. Il transmet au président de l'autorité un rapport évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties⁷⁹. Dans son avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence, le Conseil s'est montré résolument hostile à la création de cette fonction observant qu'elle était inutile dans une autorité qui garantit la séparation des fonctions d'instruction et de jugement et qui permet aux parties de contester le déroulement de l'instruction devant un collègue indépendant.

39. *Compétences.* L'autorité de la concurrence a une compétence consultative. Elle peut ainsi être saisie par le parlement ou le gouvernement sur tout projet touchant la concurrence. L'Ordonnance de 2008 a également conféré à l'Autorité le pouvoir de prendre l'initiative de donner son avis⁸⁰ sur toute question de concurrence (art. L. 462-4). Les juridictions, statuant sur les articles de droit interne et communautaire consacrés aux pratiques anticoncurrentielles, peuvent saisir l'Autorité pour avis.

L'Autorité de la concurrence dispose encore d'une compétence contentieuse en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles.

Enfin, la loi LME a aussi transféré à l'Autorité le pouvoir de décision en matière de concentration économique, alors que le Conseil n'avait en ce domaine auparavant qu'une fonction consultative. Dorénavant, le ministre ne conserve qu'un pouvoir résiduel tenant à l'appréciation de l'opération en considération de motifs d'intérêt général autre que le maintien de la concurrence (art. L. 330-7-1).

40. *Influence du droit communautaire sur le droit interne.* Le « droit français nouveau de la concurrence⁸¹ » né en 1986 reprenait pour une large part le droit communautaire. Cette influence n'a cessé de jouer par la suite. Progressivement, le droit de la concurrence communautaire a exporté ses notions, ses définitions et ses raisonnements dans le droit interne et l'ensemble des droits nationaux afin d'harmoniser les législations et d'arriver à ce grand marché européen. Et cette harmonisation était d'autant plus nécessaire avec l'arrivée de nouveaux États-membres au sein de l'UE.

En droit français, cette influence s'est manifestée dans la loi NRE du 15 mai 2001. Cette loi a modifié les procédures devant le Conseil de la concurrence, les procédures d'enquête et le régime des sanctions en s'inspirant du droit communautaire. Par exemple, concernant les sanctions, le législateur a intégré un système de clémence lorsqu'une entreprise contribue ou a contribué à établir l'existence d'une entente et à identifier ses auteurs. L'entreprise pourra être exonérée de sanction pécuniaire de manière totale ou partielle selon le degré de sa « délation ». Ce système existait déjà

78. Article L. 461-4 alinéa 4 du Code de commerce.

79. V. décret n° 2009-335 du 26 mars 2009 relatif aux modalités d'intervention du conseiller auditeur auprès de l'Autorité de la concurrence : *Contrats, conc., consom.* 2009, *comm.* n° 138, obs. D. Bosco.

80. Cet avis est publié.

81. Intitulé de l'ouvrage de J.-M. Mousseron et V. Sélinsky, Litec, 1988.

en droit communautaire⁸² (et aussi dans les pays anglo-saxons) et a simplement été importé en droit interne. Sur le fond, la loi NRE a repris le droit communautaire des concentrations économiques et l'a intégré dans l'ordre interne. Il y a ainsi une véritable harmonisation sur la définition de l'opération de concentration et sur son traitement, même si la procédure française présentait encore à l'époque quelques spécificités.

41. *Influence du droit interne sur le droit communautaire.* Le droit communautaire se nourrit également des règles ou conceptions françaises⁸³. Les règles applicables aux concentrations économiques en fournissent encore un exemple. Ce droit a fait l'objet d'une réforme en 2004. Des discussions ont porté sur la détermination du critère de compatibilité de l'opération au droit de la concurrence. Deux écoles d'affrontaient : celle qui défendait le test de la position dominante (Allemagne) et celle qui voulait importer le test américain dit « d'affectation substantielle de la concurrence » (SLC). Finalement, c'est la position française qui a été retenue comme constituant le meilleur compromis textuel. Le règlement n° 139/2004, en son article 2, § 2 retient ainsi que « les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun ». Ce critère est plus large que celui de la dominance : une concentration peut en effet impliquer l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre, ainsi qu'une réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents, sans pour autant atteindre le seuil de la dominance. L'entrave significative à la concurrence s'entend, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration (considérant 25).

42. *Droits de la concurrence « concurrents ».* Aujourd'hui, l'ensemble des États européens se sont dotés d'un droit de la concurrence. À travers le monde, c'est presque une centaine de pays qui dispose d'un tel corps de règles. Une concurrence, des conflits apparaissent alors nécessairement. Cela est le fruit du principe de l'effet, reconnu quasi universellement : à partir du moment où un comportement litigieux produit des effets dans un État, son droit national de la concurrence devient applicable. Comme les actes d'une société multinationale peuvent avoir des effets

82. *Comm. CE, communic.* n° 96/C 2007/04, 18 juill. 1996 concernant la non imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes : *JOCE* n° C 207, 18 juill. 1996, p. 4; *Europe* 1996, *comm.* n° 321, obs. L. Idot. V. aussi la nouvelle communication en la matière, qui remplace celle de 1996, *Comm. CE, communic.* n° 2001/C 205/05, relative à la révision de la communication de 1996 concernant la non imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes : *JOCE* n° C 205, 21 juill. 2001; *Contrats, conc., consom.* 2001, *comm.* n° 180, obs. S. Poillot-Peruzzetto, communication remplacée dernièrement par celle du 19 fév. 2002 : *JOCE* n° C 45, 19 fév. 2002; *Contrats, conc., consom.* 2002, obs. S. Poillot-Peruzzetto. V. pour les premiers pas de la pratique, en droit communautaire, *Comm. CE*, 5 déc. 2001 : *JOCE* n° L 253, 21 sept. 2002 et L. 200, 7 août 2003; P. ARHEL, « Les cartels de la bière : nouvelles applications du système communautaire de la clémence », *Petites affiches* 10 nov. 2003, n° 224, p. 5. V. en droit français, *Cons. conc.*, déc. n° 03-D-10, 20 fév. 2003, Port autonome de Marseille : *BOCC* 2003, p. 352; P. ARHEL, « L'affaire du port autonome de Marseille : première application du système de la transaction en droit de la concurrence », *Petites affiches* 1^{er} mai 2003, n° 87/88, p. 5.

83. Le droit de la concurrence français s'exporte aussi vers d'autres États européens, en particulier en Roumanie. L'article 6 g) de la Competition Law n° 21/1996, entrée en vigueur le 1^{er} fév. 1997 envisage un cas d'abus connu en droit français : l'abus de dépendance économique. Les termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 sont quasiment repris à l'identique, le droit roumain écartant cependant la condition de l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, et intégrant la condition jurisprudentielle de l'absence de solution alternative aux mêmes conditions pour l'entreprise « dépendante ». V. L. ARCELIN-LÉCUYER, « Droits bulgare et roumain de la concurrence : l'intégration des acquis communautaires », *RLC* n° 12/2007, p. 130.

partout dans le monde, on en vient à une application simultanée des droits de la concurrence des pays concernés et les solutions ne sont pas toujours identiques et conciliables. Quelques exemples en témoignent :

- affaire Boeing et McDonnell Douglas : un projet de fusion de ces deux constructeurs d'avions avait été autorisé par les autorités antitrust américaines faisant l'objet de réticences européennes. Ce n'est qu'après d'âpres discussions et une certaine pression politique qu'elle a été admise par les autorités européennes ;
- affaire General Electric et Honeywell : là encore, le projet de fusion avait été admis par les autorités américaines mais la Commission l'a interdite. Le TPICE a confirmé l'interdiction le 14 décembre 2005 ;
- affaire Microsoft⁸⁴ : était en cause un abus de position dominante sur le marché des logiciels d'exploitation (Windows) visant à conquérir illégalement d'autres marchés. Aux États-Unis, une solution amiable a été trouvée, tandis que la Commission européenne a infligé à Microsoft une amende de 497 millions d'euros.

43. *Droit international de la concurrence.* L'émergence d'un droit mondial de la concurrence apparaît alors nécessaire⁸⁵. Il existe bien des accords bilatéraux qui ont été conclus à travers le monde⁸⁶. On pense à l'accord passé entre les Communautés européennes et les États-Unis concernant l'application de leurs règles de concurrence de 1991-1995, complété par l'accord euro-américain de 1998 sur la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence⁸⁷. On compte aussi un accord conclu avec le Canada en 1999 et un autre avec le Japon en 2003. Plus souvent, une courtoisie passive est mise en œuvre. On confère compétence aux autorités du pays principalement touché. Mais, ces accords bilatéraux ne sont pas suffisants. L'affaire General Electric/Honeywell en témoigne.

Les solutions multilatérales sont préférables. L'OCDE⁸⁸, la CNUCED⁸⁹ et surtout l'OMC⁹⁰ peuvent constituer des cadres pour promouvoir un droit mondial de la concurrence. En effet, contrairement à la CNUCED, l'OMC n'est pas simplement un forum de discussions aboutissant à l'élaboration d'un soft law, mais au contraire, une organisation internationale reposant sur des accords précis dotés de la force obligatoire et qui dispose en plus, avec le Memorandum d'accord sur le

84. V. Dossier spécial Microsoft, *RLC* n° 17/2008, p. 130 et suiv. C. PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 383.

85. A. HENEMANN, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, p. 293.

86. V. F. ROMANO, « Les accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 87.

87. *JOCE* n° L 173, 1998, p. 28.

88. V. N. JALABERT-DOURY, « Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de soft law élaborés par l'OCDE », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 143.

89. V. Ph. BRUSICK, « La CNUCED : le code des Nations Unies sur la concurrence », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 167.

90. V. W. ABDELGAWAD, « Les règles de concurrence dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 237. P. ARHEL, « La tentative d'élaboration d'un accord multilatéral ou plurilatéral : les leçons tirées des travaux du groupe de travail de l'OMC en matière de concurrence », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 269.

règlement des différends, d'un instrument unique en droit international public pour la mise en œuvre de ses règles⁹¹. C'est donc en son sein que devrait être élaboré ce code international de la concurrence. Sans doute pourrait-on prendre appui sur les forums de discussions, tels que celui de la CNUCED ou encore de l'International Competition Network (ICN)⁹² qui existe depuis 2001 et qui réunit de façon informelle les autorités de concurrence dans le monde⁹³, notamment celles des pays en développement prêts à accueillir une législation en droit de la concurrence.

Cependant, le droit de la concurrence international peine à voir le jour en raison de l'hostilité des États-Unis. Ce sont eux qui s'opposent à l'introduction d'un accord type OMC. Comme on l'a fait remarqué⁹⁴, « le meneur de jeu actuel de la mondialisation – les États-Unis –, n'a aucun intérêt à la création d'un droit international de la concurrence, d'un droit confié à des autorités impartiales et désintéressées. Car nous le savons – ce qui compte dans ce droit ce ne sont pas les normes mais les autorités chargées de les appliquer ou de les dégager. Ce sont les États-Unis qui sont, à l'heure actuelle, à l'origine de la plupart des positions dominantes... » L'impulsion pourrait peut-être venir de la Chine qui s'est dotée récemment d'un droit de la concurrence moderne avec la Loi anti-monopole du 30 août 2007 entrée en vigueur le 1^{er} août 2008⁹⁵.

44. *Annonce du plan.* Le droit de la concurrence, communautaire et interne, prohibe les pratiques anticoncurrentielles qui sont des comportements collectifs ou individuels d'entreprises sur le marché tendant à maximiser leurs profits par le biais notamment de l'exclusion de leurs concurrents ou en faisant obstacle à l'arrivée de nouveaux concurrents, toujours au détriment *in fine* du consommateur. Ce contrôle des « comportements » d'entreprises s'effectue *a posteriori*, le système communautaire de notification des accords ayant disparu avec le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002. À côté, il existe un contrôle des « structures » de la concurrence lors d'opérations de concentration, réalisé lui *ex ante*. Cette partie du droit de la concurrence occupe une place importante et croissante. Néanmoins, le présent ouvrage se consacrera uniquement à l'étude des *comportements* d'entreprises.

Dans le même sens, à côté des pratiques d'entreprises, les comportements étatiques peuvent eux aussi présenter un caractère anticoncurrentiel. Ainsi, l'État peut-il venir fausser la concurrence en octroyant des aides à des entreprises. C'est une question à laquelle le traité CE apporte quelques réponses⁹⁶, et qui attire de plus en plus l'attention des autorités communautaires⁹⁷. De la même façon que nous excluons du champ d'application de l'ouvrage l'étude du contrôle des structures de concu-

91. V. H. GHERARI, « Le droit de la concurrence dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 289.

92. V. M. CARDON, « Le réseau international de la concurrence (RIC/ICN) : une question de foi », in W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, p. 187.

93. 90 Autorités nationales de concurrence participent aujourd'hui à l'ICN.

94. G. FARJAT, « Observation sur la dynamique du droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 3. Dans le même sens, V. M. CARDON, *Le réseau international de la concurrence (RIC/ICN) : une question de foi*, op. cit.

95. V. F. SOUTY, « Chine : la loi anti-monopole du 30 août 2007 et l'émergence d'un droit chinois moderne de la concurrence », *Concurrences* n° 4/2007, p. 158.

96. Articles 87 et suivants du Traité CE.

97. V. notamment, Plan d'action dans le domaine des aides d'État – des aides moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides, 7 juin 2005.

rence, nous écartons celle des comportements étatiques pour nous concentrer sur les comportements anticoncurrentiels *d'entreprises*.

Les pratiques anticoncurrentielles comprennent deux infractions majeures : les ententes et les abus de domination. Les règles de droit matériel (Première partie) ont été précisées au fil des années dans le sens d'une plus grande rigueur juridique, notamment au regard du standard de preuve exigé, et d'un renforcement de l'analyse économique. Les règles de droit procédural (Seconde partie) ne sont pas en reste, bien au contraire même. Dans les grandes lignes directrices, on note une amélioration sensible des droits de la défense et l'apparition, à côté de la procédure classique maîtrisée par l'autorité de concurrence, de toute une série de procédures négociées ou alternatives, qui connaissent un réel succès auprès des entreprises.

Avant d'entrer dans le détail de ces corps de règles, il convient de définir quelques notions et critères clefs en droit de la concurrence.