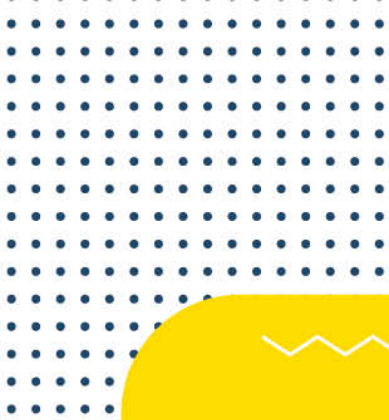




# LE DROIT **DE LA CONCURRENCE**



***EN CARTES  
MENTALES***

Lucas Bettoni



# Introduction

**Définition.** D'après le Dictionnaire *Larousse*, la concurrence correspond à une «compétition, une rivalité d'intérêts entre plusieurs personnes qui poursuivent un même but». La concurrence est inhérente au commerce. Les entreprises commerciales se livrent en effet bataille afin d'obtenir les faveurs de la clientèle. Chaque opérateur économique utilise les moyens qui lui semblent les meilleurs pour conquérir de nouveaux clients : baisse de prix, dépôt de marque, mise en place d'un réseau de distribution (concession, franchise), innovations techniques améliorant le produit ou limitant ses inconvénients, embauche du personnel le plus qualifié, etc.

La concurrence est l'objet d'une discipline juridique qui porte son nom : le droit de la concurrence. Selon une première approche, le droit de la concurrence s'entend comme l'ensemble des règles qui s'appliquent aux entreprises dans leurs activités économiques sur le marché et qui sont destinées à réguler la concurrence, c'est-à-dire à en garantir un fonctionnement sain, sans entrave ni excès. À maints égards, le droit de la concurrence constitue une matière atypique. Cette originalité réside dans l'emprunt de ses concepts à la science économique (§1), dans la promotion de ses propres buts (§2), dans le dualisme de ses sources (§3) et dans l'aspect mosaïque de son contenu (§4).

## §1. Le droit de la concurrence, un droit économique

**Emploi de concepts économiques.** Le droit de la concurrence constitue une matière hybride, à mi-chemin entre la science juridique et la science économique (v. C. Prieto, «Source économique du droit de la concurrence : quelle efficacité? », *Contrats, conc. consom.* 2020, dossier 3). La doctrine parle à cet égard de «droit économique», voire de «droit des marchés concurrentiels». La plupart des notions et raisonnements du droit de la concurrence proviennent en effet de l'économie.

**Entreprise.** C'est le cas en premier chef des entreprises, destinataires des règles de concurrence. Par-là, le droit de la concurrence se distingue du droit commercial qui ne s'applique qu'aux commerçants au sens du Code de

commerce. L'entreprise n'est pas un sujet de droit dans la mesure où elle n'est ni titulaire de droits et ni débitrice d'obligations. C'est la personne physique ou morale qui lui sert de support. Longtemps, l'entreprise ne fut, en droit, définie par aucun texte. La jurisprudence avait dégagé un critère d'identification fondé sur l'activité économique (CJCE, 17 févr. 1993, aff. C-159/91, *Poucet*). Il a fallu attendre l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur pour que l'entreprise soit textuellement définie. D'après le nouvel article L. 410-1 du Code de commerce, il s'agit d'« entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement, qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». Dans toutes les branches du droit de la concurrence, la présence d'une ou plusieurs entreprises est requise.

**Marché.** C'est encore le cas du marché, entendu par les économistes comme le lieu théorique sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou service donné, et qui constitue l'espace sur lequel les règles de concurrence se déploient. On parle ainsi de « marché pertinent » pour identifier le marché précis, entendu de façon géographique et matérielle (quels produits, quels services?), sur lequel tel comportement supposé anticoncurrentiel est mesuré. La délimitation du marché pertinent s'opère selon une méthode conçue par la microéconomie : le test de l'élasticité croisée de la demande. De même, le « pouvoir de marché » constitue un outil fondamental servant à apprécier le caractère nocif ou non d'une entente ainsi que la détention éventuelle d'une position dominante par un opérateur économique. En pratique, l'existence d'un tel pouvoir s'apprécie au regard de la part de marché détenue par la ou les entreprises en cause.

**Autres.** D'autres concepts économiques occupent encore une place de choix dans le droit de la concurrence. Il y a le bien-être du consommateur, qui est souvent présenté comme l'objectif ultime des règles européennes de concurrence. On trouve aussi les gains d'efficience ou d'efficacité, qui désignent des avantages économiques pouvant être produits par des pratiques anticoncurrentielles (prix plus bas, meilleure qualité des produits, meilleurs services, etc.) et qui, lorsqu'ils contrebalancent suffisamment les aspects négatifs, permettent aux opérateurs concernés d'échapper aux condamnations.

## §2. Les objectifs du droit de la concurrence

### A. La liberté de la concurrence

**Entre vertus...** Libre concurrence est synonyme de saine émulation. Comme dans le sport, la concurrence est un puissant stimulant qui incite les entreprises à se dépasser. La compétition entre offreurs garantit aux demandeurs la meilleure qualité au meilleur prix et favorise une plus grande diversité des produits. Dans la mesure où elle permet aux plus méritants de faire valoir leurs talents, la concurrence est en outre un facteur de progrès social. «Détruire la concurrence, c'est tuer l'intelligence» disait ainsi l'économiste Frédéric Bastiat (1850).

**...et risques de déviance.** La liberté de la concurrence est consubstantielle de notre économie libérale. Par hypothèse, le marché ne peut correctement fonctionner que si les entreprises peuvent librement échanger des biens ou des services et adopter les stratégies de leur choix pour conquérir la clientèle. Pour autant, la libre concurrence n'est pas la loi de la jungle. Sans garde-fou, la concurrence va engendrer des effets pervers : l'entreprise qui a remporté la compétition en éliminant ses concurrents sera tentée d'augmenter ses prix, de cesser d'innover et de concentrer ses efforts à faire obstacle à l'arrivée de nouveaux entrants. En somme, «la concurrence tue la concurrence», selon les mots de l'anarchiste libertarien Pierre-Joseph Proudhon (1846). C'est pourquoi la libre concurrence ne peut réellement s'épanouir sans un minimum de «règles de jeu» qui puissent garantir les conditions d'une véritable compétition sur le marché et sans la surveillance d'un gendarme. En France, le rôle de «main visible» de l'État est joué par l'Autorité de la concurrence, laquelle est chargée de contrôler les projets de concentration d'entreprises et de sanctionner les pratiques individuelles (les abus de position dominante) ou collectives (les ententes) qui portent atteinte à la concurrence.

### B. La loyauté de la concurrence

**Souci de moralisation.** Si la concurrence est nécessairement libre, elle doit aussi être loyale. La captation de la clientèle du rival est certes licite, le droit de la concurrence ne consacrant pas la conception classique, mais discutable, du droit commercial de l'appropriation, fondement de la théorie du fonds de commerce (CJCE, 9 sept. 2008, aff. C-120/06 et C-121/06, *FIAMM* : «un opérateur économique ne saurait revendiquer un droit de propriété sur une part de marché qu'il détenait à un moment donné, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée, exposée aux aléas d'un changement de circonstances»). Cependant, cela n'autorise pas tous les excès. Tous les coups ne sont pas permis pour sortir gagnant de la compétition. Ainsi, le droit de la concurrence déloyale sanctionne la concurrence sauvage, celle qui

utilise des moyens contraires à une certaine éthique commerciale : dénigrement du concurrent, débauchage massif de salariés, publicité mensongère, etc. Dans un même souci de justice, d'autres règles encadrent les relations commerciales nouées entre opérateurs non-concurrents. L'objectif est de protéger la partie faible dans les rapports verticaux entre fournisseurs et distributeurs et, plus largement, d'instaurer de la loyauté dans les relations commerciales. Il s'agit de remédier aux lacunes de la théorie générale du contrat qui était apparue insuffisante pour corriger certains déséquilibres contractuels. Tel est le but de ce que le Code de commerce appelle le droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence.

### §3. Les sources du droit de la concurrence et leurs évolutions

**Pluralisme normatif.** Le droit de la concurrence se caractérise par la pluralité de ses sources. Ses règles trouvent en effet leur origine tant dans le droit interne (A) que dans le droit communautaire (B).

#### A. Les sources internes

**Droit écrit.** La France s'est dotée de nombreuses législations pour encadrer la concurrence, même si elle fut loin d'être une pionnière dans ce domaine. Tandis que le *Sherman Act* de 1890 posait déjà les bases du droit *antitrust* aux États-Unis, le législateur français est demeuré longtemps inactif, exception faite de la création en 1810 d'un délit pénal de coalition pour les détenteurs de marchandises ou denrées, depuis supprimé. Les premières avancées résidèrent dans un décret n° 53-704 du 9 août 1953 et une loi n° 77-806 du 19 juillet 1977. Le premier posa le principe de l'interdiction des ententes et des pratiques individuelles des entreprises contraires à la libre concurrence. La seconde institua une Commission de la concurrence et instaura un contrôle des concentrations. Mais l'évolution la plus significative est intervenue avec l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce texte fondamental sort le pays de l'économie administrée d'après-guerre pour le faire entrer franchement dans l'économie de marché. Y est proclamé que « les prix des biens, produits ou services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». En outre, ce texte impose le principe de transparence des marchés, notamment tarifaire, et introduit l'interdiction de l'abus de dépendance économique. Par ailleurs, il substitue à la Commission de la concurrence un Conseil de la concurrence doté de prérogatives bien plus importantes. Depuis, l'ordonnance a maintes fois été réformée. Parmi les évolutions les plus marquantes, on peut citer :

- la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, qui, comme son nom l'indique, a eu pour principal objectif d'apporter des réponses au déséquilibre des forces qui n'a cessé de s'accroître entre l'industrie et le commerce ;

- l'ordonnance n° 2000-912 du 18 décembre 2000 opérant une recodification à droit constant du Code de commerce et qui crée, en son sein, un livre IV intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » ;
- la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui, notamment, institue une Commission d'examen des pratiques commerciales et introduit, devant le Conseil de la concurrence, les procédures de transaction et de clémence ;
- la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dont la mesure phare est le remplacement du Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence, et ce pour se conformer aux standards européens ;
- l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Celle-ci a totalement réorganisé ce titre IV avec, sur la forme, une nouvelle numérotation, et, sur le fond, une clarification de certaines de ses dispositions ainsi qu'une suppression de celles devenues au fil du temps inapplicables ou inappliquées ;
- l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 transposant la directive « ECN+ » 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

## Carte mentale 1. L'évolution du droit de la concurrence

|                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>1810</b>                                                                                                                                                                                                          |
| Création d'un délit de coalition spécifique pour les détenteurs de marchandises et denrées (ancien article 419 du Code pénal)                                                                                        |
| <b>1890</b>                                                                                                                                                                                                          |
| Apparition des lois <i>antitrust</i> aux États-Unis                                                                                                                                                                  |
| <b>Décret du 9 août 1953</b>                                                                                                                                                                                         |
| Énonce le principe d'interdiction des ententes et des pratiques individuelles contraires à la libre concurrence                                                                                                      |
| <b>25 mars 1957</b>                                                                                                                                                                                                  |
| Signature du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne                                                                                                                                           |
| <b>Loi du 19 juillet 1977</b>                                                                                                                                                                                        |
| Crée de la Commission de la concurrence et instaure un contrôle des concentrations entre entreprises de dimension nationale                                                                                          |
| <b>Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986</b>                                                                                                                                                                    |
| Texte de base du droit français de la concurrence. Affirme la liberté des prix et la transparence des marchés. Crée le Conseil de la concurrence.                                                                    |
| <b>Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996</b>                                                                                                                                                                            |
| Promeut la loyauté dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs                                                                                                                               |
| <b>Ordonnance du 18 décembre 2000</b>                                                                                                                                                                                |
| Nouveau Code de commerce : le droit de la concurrence est intégré dans un livre IV « De la liberté des prix et de la concurrence »                                                                                   |
| <b>Loi du 15 mai 2001</b>                                                                                                                                                                                            |
| « Nouvelles Régulations Économiques ». Elle accentue le rôle de l'État dans les relations économiques et prend en compte le droit communautaire. Elle crée la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC). |
| <b>Règlement CE du 16 décembre 2002</b>                                                                                                                                                                              |
| Détermine les règles de mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE par les autorités nationales de concurrence et leurs juridictions de contrôle                                                                     |
| <b>Règlement CE du 20 janvier 2004</b>                                                                                                                                                                               |
| Détermine le contrôle des concentrations entre entreprises de dimension communautaire                                                                                                                                |
| <b>Loi du 4 août 2008</b>                                                                                                                                                                                            |
| Remplace le Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence. Libère les négociations commerciales et instaure un garde-fou avec le déséquilibre significatif.                                             |
| <b>Ordonnance du 24 avril 2019</b>                                                                                                                                                                                   |
| Réorganise le Titre IV du Livre IV du Code de commerce                                                                                                                                                               |
| <b>Ordonnance du 26 mai 2021</b>                                                                                                                                                                                     |
| Transpose une directive européenne visant à doter les autorités nationales de concurrence des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence.                                                 |

**Droit vivant.** Si la loi reste la principale source du droit français de la concurrence, la jurisprudence constitue une source d'influence, surtout en matière de concurrence déloyale. Ce pan ancien de la matière est en effet entièrement prétorien. À noter aussi que la jurisprudence judiciaire apporte un éclairage précieux des concepts, souvent complexes, du droit des pratiques anticoncurrentielles (entente par l'objet, prix prédateurs, infrastructures essentielles, préjudice de surcoût, etc.) et du droit des pratiques restrictives de concurrence (nature de l'avantage consenti sans contrepartie, condition préalable de soumission pour le déséquilibre significatif ou encore caractère établi de la relation brutalement rompue).

**Droit souple.** Au côté des sources classiques, il faut enfin signaler la place importante des avis, recommandations, lignes directrices et autres communiqués de l'Autorité de la concurrence, de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou encore de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC). Les prises de position de ces institutions publiques influencent les comportements des opérateurs économiques auxquels elles s'adressent, même si ces textes de *soft law* sont dépourvus de force juridiquement contraignante (v. C. Prieto, «Les autorités administratives indépendantes et les sources du droit des affaires : l'exemple de l'Autorité de la concurrence», JCP E 2024, 1050).

## B. Les sources européennes

**Droit primaire.** Parallèlement aux règles françaises, un droit européen de la concurrence s'est construit. Le point de départ est la signature et la ratification par la France du Traité de Rome du 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne (la CEE), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958. Pour le droit de la concurrence, le traité revêt une importance majeure. Les articles 81 et 82 (devenus depuis les articles 101 et 102 du TFUE) interdisent respectivement les ententes et les abus de domination de nature à affecter le commerce entre États membres, tandis que les articles 87 à 89 (devenus depuis les articles 107, 108 et 109) instituent un contrôle des aides accordées par les États membres.

**Droit dérivé.** Outre le droit primaire, il y a le droit européen de la concurrence dérivé qui comporte d'abord les règlements du Conseil, pris pour l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Sont particulièrement importants, d'une part, le règlement CE n° 134/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des opérations de concentration et, d'autre part, le règlement CE de procédure n° 1/2003 du 16 décembre 2002. En outre, plusieurs règlements de la Commission européenne portent exemption collective de certains types d'ententes tels que les accords de distribution, les accords horizontaux de recherche de développement ou encore de transfert de technologie. La Commission publie également des communications, notamment des «lignes directrices», qui n'ont pas de valeur juridique

contraignante, mais qui ont une grande importance pratique (*soft law*). Ces orientations fournissent en effet aux opérateurs une aide précieuse pour évaluer la conformité de leurs initiatives avec les règles de concurrence de l'Union.

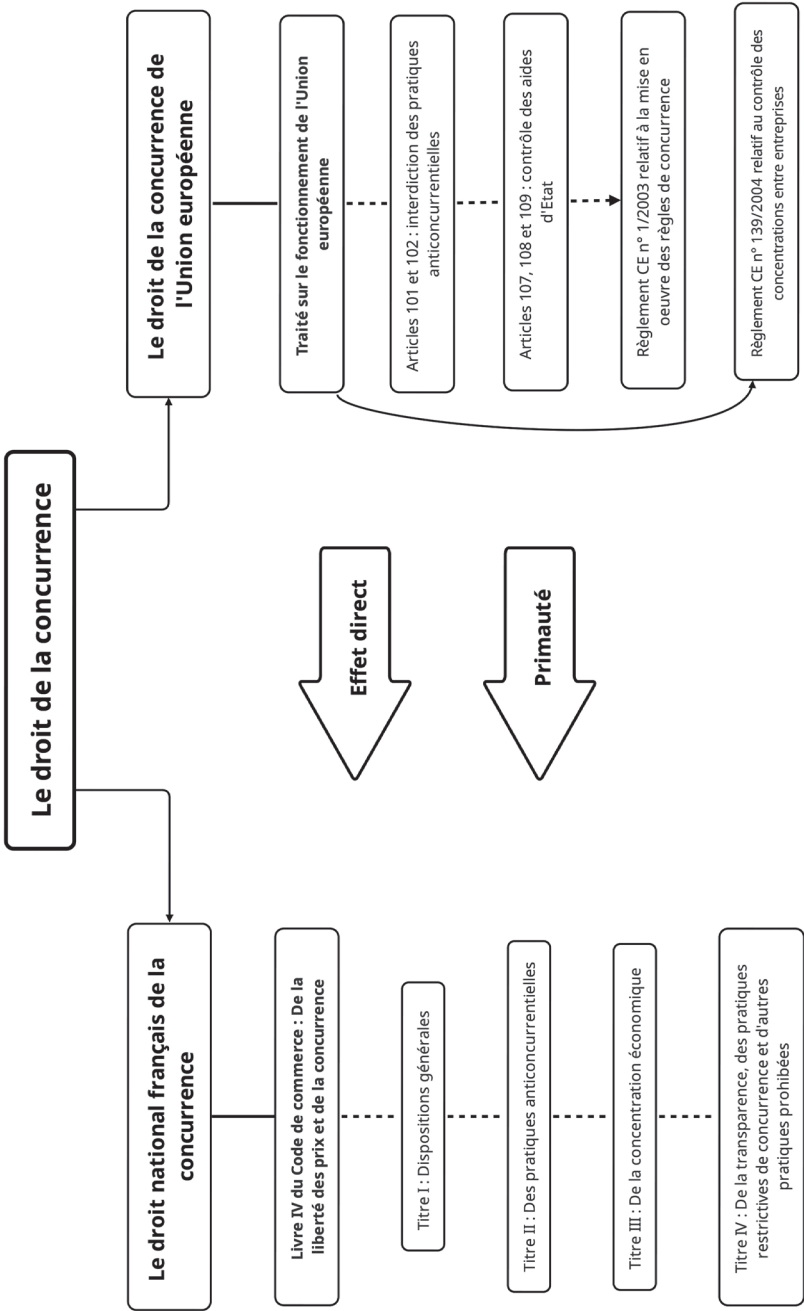
**Jurisprudence.** Enfin, l'une des sources fondamentales du droit communautaire de la concurrence consiste dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Sont particulièrement importants les arrêts rendus en interprétation des traités ou des règlements communautaires, sur renvoi préjudiciel des tribunaux nationaux, car ils tranchent généralement des questions de principe.

## C. L'articulation

**Principes généraux du droit de l'UE.** Comment combiner les règles de concurrence internes et européennes? Deux des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne apportent une réponse à cette question.

**Effet direct.** En premier lieu, en vertu de l'effet direct des règles européennes (CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos*), celles-ci s'intègrent dans le droit positif français, à l'intérieur duquel elles constituent un volet spécifique. Cela signifie que le droit français de la concurrence se compose en réalité de deux corps de règles : le droit interne de la concurrence (C. com., art. L. 410-1 et s.) et le droit européen de la concurrence (TFUE, art. 101 et 102). Il est à noter d'ailleurs que les autorités nationales de concurrence et leurs juridictions de contrôle sont habilitées par le législateur européen à mettre en œuvre les articles 101 et 102 du TFUE (Règl. CE n° 1/2003, art. 5).

**Primauté.** En second lieu, le principe de primauté du droit de l'Union exige que l'application des règles internes ne mette pas en péril l'application pleine et uniforme des règles européennes (CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/Enel*). Ainsi, en cas de conflit entre une norme de l'Union et une norme d'un État membre, le droit européen prévaut sur le droit national (CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-198/01, *CIF*, obligeant ainsi les autorités nationales de concurrence à déclarer inapplicables les règles de concurrence internes contraires aux articles 101 et 102). Cette suprématie des normes européennes explique que les dispositions des articles 101 et 102 du TFUE exercent une influence sur la rédaction des textes de droit interne, lesquels ont plusieurs fois été modifiés dans le sens d'un rapprochement avec les textes communautaires.



## §4. Les composantes du droit de la concurrence

« **Petit** » et « **grand** » **droit de la concurrence**. Appréhendé de manière large, le droit de la concurrence est constitué de tout un ensemble de règles destinées à contrôler la concurrence. Il y a l'idée que la concurrence ne peut s'exercer sans règles du jeu, sans normes de comportement pour les acteurs du marché.

Deux branches bien distinctes se dégagent de cet amas de dispositions.

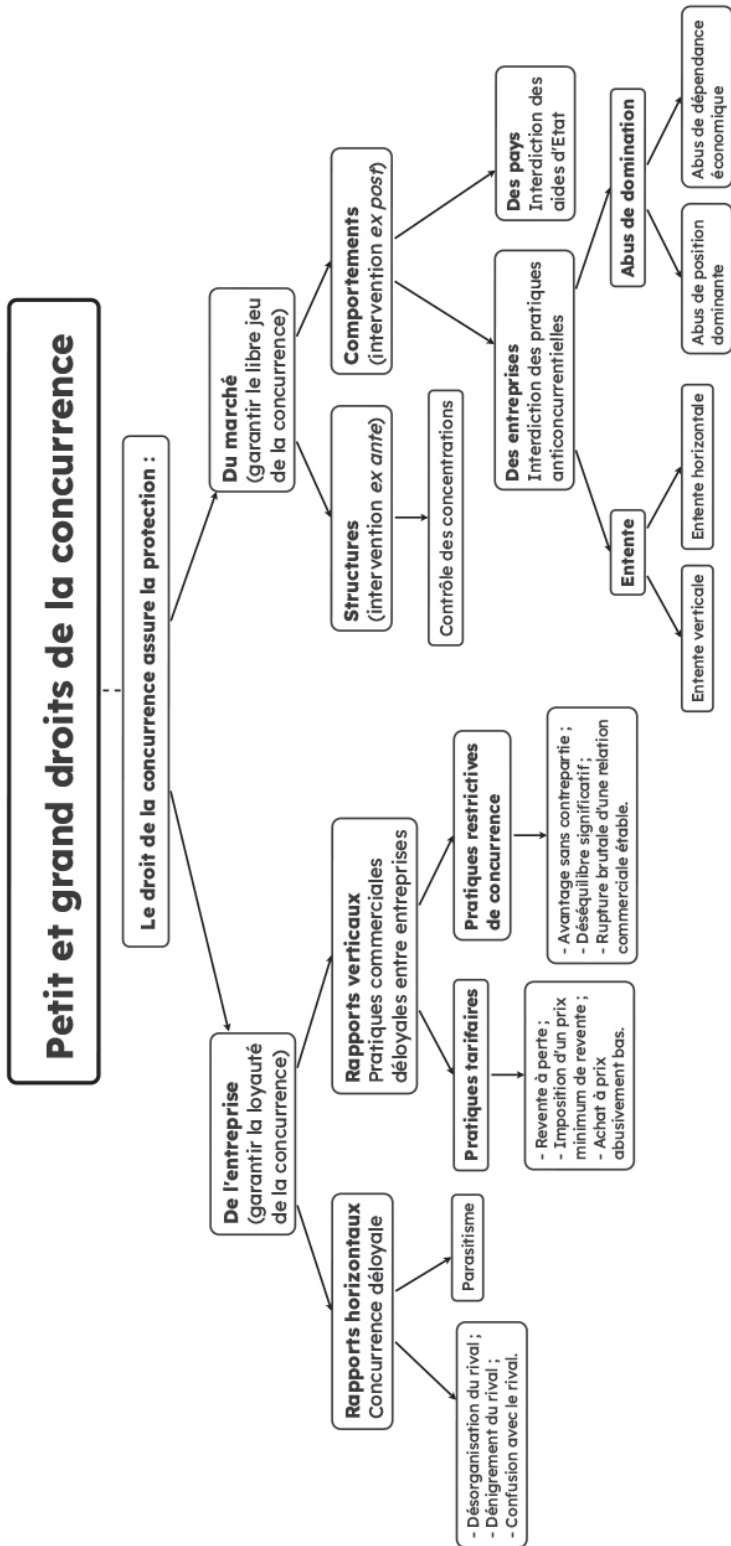
**Premier volet : garantir la loyauté de la concurrence.** La première branche protège les acteurs du marché. Les règles qui la composent ont pour but de maintenir la concurrence dans de justes limites, de veiller à ce qu'elle s'exerce de manière loyale, sans excès. En premier lieu, il va s'agir de protéger l'entreprise contre les agissements déloyaux ou injustifiés d'un concurrent. Ainsi, la jurisprudence condamne le dénigrement d'un concurrent, la publicité comparative mensongère ou encore le détournement du fichier client. De même, il est admis que, par contrat, un commerçant s'engage à ne pas faire concurrence à un autre, pendant un certain temps et sur un territoire limité. En second lieu, le législateur contemporain a entrepris de lutter contre les abus de puissance du partenaire commercial à l'égard de son cocontractant plus vulnérable économiquement. Le rééquilibrage des relations commerciales est ainsi l'objectif du droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence contenu dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Dans tous ces cas, on s'intéresse aux rapports individuels qu'ont les entreprises entre elles. D'où l'expression communément employée de « petit » droit de la concurrence.

**Second volet : garantir le libre jeu de la concurrence.** La seconde branche protège le marché lui-même. Les règles qui la composent ont pour fonction de préserver la concurrence, d'en favoriser le développement. Elles condamnent non pas les excès de la concurrence, mais les entraves à la concurrence qui résultent de certains comportements d'entreprises ou de certaines interventions étatiques. Ainsi, le droit de la concurrence, entendu dans ce sens, va par exemple interdire les ententes par lesquelles les entreprises limitent la concurrence qu'elles pourraient se faire entre elles ou que pourraient leur livrer des entreprises tierces. De même, le droit de la concurrence va veiller à ce que les concentrations d'entreprises n'aboutissent pas à la constitution de positions dominantes susceptibles de paralyser la concurrence. Pareillement, des règles de concurrence vont cibler le comportement de l'État et de ses démembrements, face au soutien financier qu'ils peuvent apporter aux entreprises, à travers le contrôle des aides d'État. À l'intérieur de ce volet, on s'intéresse aux relations collectives de concurrence. D'où l'appellation de « grand » droit de la concurrence.

**Plan de l'ouvrage.** Cette dichotomie servira d'ossature à l'étude des règles de concurrence dans cet ouvrage qui, par conséquent, sera scindé en deux parties :

**Partie 1 : La protection de l'entreprise**

**Partie 2 : La protection du marché**





# La protection de l'entreprise

**Petit droit de la concurrence.** La protection de l'entreprise contre la déloyauté des autres opérateurs économiques constitue la première composante du droit de la concurrence. Comme indiqué en introduction, l'objectif de ce qui est communément appelé le petit droit de la concurrence est de préserver les intérêts particuliers des entreprises dans leurs rapports interindividuels. À cet égard, une distinction peut être faite entre les rapports horizontaux, entre concurrents, et verticaux, entre partenaires commerciaux. Entre entreprises rivales, le petit droit de la concurrence s'emploie à combattre la concurrence déloyale (Chapitre 1) ainsi qu'à encadrer les engagements conventionnels de non-concurrence (Chapitre 2). Entre entreprises partenaires, le petit droit de la concurrence veille à ce que la relation commerciale s'établisse dans des conditions de transparence et d'équilibre suffisants. Comment ? En prévenant et en réprimant des agissements dénommés par le Code de commerce « pratiques commerciales déloyales entre entreprises » ou « pratiques restrictives de concurrence » (Chapitre 3).



# L'interdiction de la concurrence déloyale

**Limite à la liberté de la concurrence.** Dans un système d'économie de marché, le principe est celui de la liberté de la concurrence. Découlant directement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie proclamé par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, le principe de la liberté de la concurrence signifie fondamentalement que chaque entreprise a le droit de mettre en œuvre les moyens qui lui paraissent les plus appropriés pour exercer une activité et attirer à lui la clientèle. Corrélativement, ce principe de la liberté de la concurrence implique, comme l'illustre une jurisprudence ancienne et constante, que le fait de capter la clientèle du rival n'est pas en lui-même illicite (v. Amiens, 7 mai 1974, D. 1975, p. 264, note J.-C. Fourgoux : « la liberté de la concurrence reste, dans une économie libérale, le principe fondamental des rapports commerciaux, chaque commerçant ou industriel ayant la possibilité d'attirer à lui la clientèle de ses concurrents sans que ceux-ci puissent le lui reprocher »). Autrement dit, un commerçant ne saurait obtenir des dommages et intérêts du seul constat que ses clients l'abandonnent pour un fonds de commerce voisin, mieux équipé, mieux approvisionné ou encore vendant moins cher (par ex., Cass. com., 18 févr. 1969, n° 67-13482, Bull. civ. IV, n° 66, déboutant de son action en concurrence déloyale l'exploitant d'un cinéma qui avait agi contre un cafetier voisin ayant installé une télévision dans son établissement). S'il est vrai que la lutte concurrentielle est libre et qu'il est donc possible et licite d'attirer la clientèle d'autrui, cette liberté dans l'exercice de la concurrence n'est pas absolue. Tous les coups ne sont pas permis pour sortir vainqueur de la compétition. La recherche de la clientèle ne doit pas être placée sous le signe de la déloyauté et si, comme on vient de le dire, les tribunaux sont amenés à rappeler la liberté pour chaque concurrent d'attirer la clientèle de ses rivaux, c'est toujours sous la réserve de respecter les usages loyaux du commerce. En d'autres termes, il importe de rechercher un équilibre entre la liberté économique et la préservation des intérêts de

l'entreprise rivale. Le droit de la concurrence déloyale vise à sanctionner la concurrence excessive, celle qui utilise des moyens contraires à une certaine éthique des affaires.

**Singularité de l'acte de concurrence déloyale.** L'acte de concurrence déloyale peut ainsi se définir comme l'emploi de moyens déloyaux destinés à détourner la clientèle d'autrui. Il s'agit d'un comportement malhonnête, contraire aux usages professionnels, qui rompt l'égalité des chances qui doit en principe exister entre les concurrents. Lorsqu'ils sont saisis d'une action en concurrence déloyale, la difficulté réside, pour les juges, dans le tracé de la frontière entre la concurrence normale, qui doit être supportée par les rivaux, et les comportements anormaux, qui causent un préjudice et ouvrent droit à réparation. L'appréciation s'opère au cas par cas, en fonction des circonstances de l'affaire. À cet égard, la concurrence déloyale n'est pas sans rappeler la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage. Elle ne constitue rien de moins qu'une application de la théorie de l'abus de droit dans les affaires (R. Savatier, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 1967, p. 283). En commettant un acte de concurrence déloyale, une entreprise abuse du droit qui lui est reconnu de concurrencer autrui (v. Cass. com., 22 oct. 1985, n° 83-15096, Bull. civ. IV, n° 245, définissant l'acte de concurrence déloyale comme « l'abus de la liberté du commerce causant volontairement ou non, un trouble commercial »). Ainsi appréhendée, la faute de concurrence déloyale se distingue de la concurrence anticontractuelle, qui consiste dans la violation d'une obligation conventionnelle de non-concurrence, et de la concurrence illicite, qui est la violation d'une interdiction de concurrence posée par la loi ou le règlement.

**Édifice prétorien.** Certains pays se sont dotés d'une législation pour faire interdire la concurrence déloyale. Tel est le cas par exemple de l'Allemagne où la loi contre la concurrence déloyale du 3 juillet 2004 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) procède à une énumération des pratiques commerciales déloyales. En France, le législateur n'a pas jugé opportun de légiférer ce pan, pourtant important, du droit de la concurrence. À défaut de texte particulier sur la concurrence déloyale, les tribunaux français se sont fondés sur le principe général de responsabilité civile édicté aux articles 1240 et 1241 du Code civil pour sanctionner les actes de concurrence déloyaux en tant que délits civils.

### **Pour aller plus loin :**

#### **Entre la France et l'Allemagne, qui a le meilleur système ?**

En reposant entièrement sur la jurisprudence, le droit français de la concurrence déloyale est empreint de casuistique et génère de l'insécurité juridique pour les plaideurs. L'absence d'une liste établie par la loi de comportements déloyaux rend en effet plus incertaine l'issue des litiges de concurrence déloyale. Le succès de l'action est tributaire de l'appréciation personnelle du juge et de la pertinence des éléments apportés au soutien des prétentions. Cependant, contrairement au système allemand, le droit français de la concurrence déloyale a le mérite de ne pas être figé. « Comme tout système jurisprudentiel, il évolue, il s'adapte à son environnement économique et intellectuel beaucoup plus facilement que s'il était enserré dans des textes trop précis » (J.-B. Blaise et R. Desgorges, Droit des affaires, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2023, n° 637). En somme, chaque système a ses propres avantages et inconvénients.

Le 25 juin 2019, un groupe de travail de la Cour d'appel de Paris avait rendu public un rapport intitulé « la réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques ». Parmi les nombreuses propositions, l'on retient l'insertion de dispositions consacrées à la concurrence déloyale et au parasitisme dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Pour ses rédacteurs, l'introduction de ces dispositions textuelles, ancrant dans le droit positif des solutions préexistantes et dissipant certaines incertitudes, permettrait de renforcer la prévisibilité du droit français et par voie de conséquence son attractivité, alors que beaucoup d'États européens disposent d'une législation spéciale en matière de concurrence déloyale. Le texte suivant était ainsi proposé : « Toute personne physique ou morale formant une entreprise est responsable du dommage qu'elle a causé du fait d'un comportement déloyal sur le marché, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation, ou encore les agissements parasitaires ». À ce jour, toutes les tentatives en France de légiférer le droit prétorien de la concurrence déloyale sont cependant demeurées lettre morte.

Tout procédé déloyal employé dans la lutte concurrentielle constitue donc une faute civile, l'acte de concurrence déloyale (Section 1), qui ouvre à sa victime un droit d'agir contre son auteur, dans le cadre d'une action dite en concurrence déloyale (Section 2).

## Section 1. Les actes de concurrence déloyale

**Classification doctrinale.** Faute de texte, il n'existe pas de catégorisation légale des actes de concurrence déloyale. Il appartient donc au juge d'apprécier au cas par cas, à la lumière des éléments factuels rapportés, si le comportement dont il est saisi est ou non déloyal. À partir de l'observation de la jurisprudence, il est toutefois possible de dégager des tendances dans l'identification des actes de concurrence déloyale. Ainsi, depuis les travaux de Roubier (P. Roubier, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », RTD civ. 1948, p. 543), il est d'usage de distinguer trois types principaux de fautes de concurrence déloyale : la désorganisation (§1), le dénigrement (§2) et la confusion (§3). À cette trilogie classique, il faut y ajouter le parasitisme, qui est une notion apparue plus récemment dans la jurisprudence (§4).

### §1. La désorganisation

**Désorganisation ciblée ou généralisée.** Deux cas de désorganisation sont traditionnellement présentés en doctrine : la désorganisation de l'entreprise rivale (A) et la désorganisation générale du marché (B). Si la première affecte une entreprise en particulier et se manifeste par l'usage de procédés déloyaux (débauchage de salariés, détournement de fichiers clients, violation du secret des affaires, etc.), la seconde vise au contraire un ensemble d'opérateurs fabriquant ou commercialisant des produits identiques ou similaires.

#### A. La désorganisation de l'entreprise rivale

Une première manière de nuire à une entreprise rivale consister à porter atteinte à sa force commerciale.

**Diversité des procédés.** Il existe différents moyens de désorganisation d'une entreprise. On peut citer :

- l'espionnage industriel ou commercial, c'est-à-dire l'appropriation par la ruse des secrets de fabrication ou du savoir-faire du concurrent. (Cass. com., 25 mars 1969, Bull. civ. IV, n° 115). C'est ainsi que la concurrence déloyale offre un recours aux détenteurs d'un secret de fabrication ou d'un savoir-faire qui ne peuvent invoquer la contrefaçon (v. *infra* p. 31). La responsabilité de l'ancien salarié ayant mis le savoir-faire de l'entreprise à la disposition d'un employeur concurrent pourra ainsi être engagée sur ce fondement (Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-22596, inédit), de même que celle de l'entreprise qui en bénéficie (Cass. com., 12 déc. 1995, n° 94-14003, inédit) ;
- le détournement de renseignements, listes ou fichiers clients. La jurisprudence est abondante sur le sujet (dernièrement : Cass. com., 7 déc. 2022, n° 21-19860, publié au Bulletin ; Cass. com. 17 mai 2023, n° 22-16031, publié au Bulletin). Commet un acte de concurrence déloyale aussi bien l'ancien

salarié qui détourne des informations confidentielles relatives à l'activité du concurrent (Cass. com., 7 déc. 2022, préc., en l'espèce les salariés démissionnaires avaient transféré sur leur messagerie personnelle les contacts des clients) que la nouvelle société créée par lui (Cass. com., 17 mai 2023, préc.) ;

- la violation d'un réseau de distribution par les importateurs parallèles (mise en vente, sans l'autorisation du titulaire du réseau, de ses produits par un revendeur extérieur). Il y a désorganisation car le distributeur parallèle profite de la notoriété de la marque du fournisseur, de ses produits, sans se soumettre aux contraintes supportées par les distributeurs du réseau. L'on notera que dans la lutte contre la revente parallèle, la jurisprudence est aujourd'hui relayée par un texte spécial, l'article L. 442-2 du Code de commerce, qui sanctionne, en tant que pratique restrictive de concurrence, le fait de « participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive ».

**Focus sur le débauchage.** L'exemple le plus classique de désorganisation du rival est le débauchage de personnel. Cette pratique consiste à attirer plusieurs salariés liés à l'entreprise concurrente dans le but de priver ce rival de ses forces vives. L'auteur du débauchage se renforce ainsi en affaiblissant son concurrent. Pour être fautive, l'embauche de salariés d'une entreprise concurrente doit s'accompagner de manœuvres déloyales et entraîner la désorganisation de cette entreprise. En effet, le principe est celui de la liberté d'embauche, sauf complicité de violation d'un engagement de non-concurrence (v. *infra* p. 45 et s.). Ainsi, constituent des actes de concurrence déloyale le fait d'embaucher les salariés les plus qualifiés et expérimentés d'une société alors que ces derniers n'avaient jamais émis la moindre réserve sur leurs conditions de travail (Cass. com., 14 avr. 2015, n° 13-27093, inédit) ou encore le fait de débaucher une grande partie de l'équipe de l'entreprise concurrente, dont le chef d'équipe et son adjoint, causant ainsi la paralysie du service dans son entier (Cass. com., 23 juin 2021, n° 19-21911, inédit). Cependant, un recrutement massif de salariés n'est pas nécessairement fautif dès lors que leur départ est lié à une situation conflictuelle (Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-17660, inédit). L'analyse de la jurisprudence montre qu'il est difficile pour l'entreprise plaignante d'obtenir gain de cause en fondant son action en concurrence déloyale sur le débauchage.

## B. La désorganisation générale du marché

La désorganisation peut affecter non pas une entreprise en particulier, mais l'ensemble des concurrents opérant sur le même marché.

**Concurrence illégale.** Il peut d'abord s'agir de procédés concurrentiels illicites, souvent constitutifs d'infractions pénales : pratiques commerciales trompeuses (C. consom., art. L. 121-1 et s.) ou revente à perte (C. com., art. L. 442-5). En effet, le concurrent qui emploie des moyens économiques illégaux commet un acte de concurrence déloyale. Ainsi, il est admis, en complément des sanctions prévues par ces textes spéciaux, qu'une entreprise lésée par la concurrence illégale puisse mettre en œuvre l'action en concurrence déloyale.

**Non-respect d'une réglementation coûteuse.** La désorganisation du marché peut aussi résider dans le non-respect d'une réglementation. L'explication avancée est la rupture d'égalité des moyens dans la lutte concurrentielle. En se dispensant des contraintes imposées par la loi, l'entreprise s'octroie en effet un avantage économique indu au détriment des autres professionnels qui s'échinent à respecter la réglementation en vigueur.

**Illustrations.** La jurisprudence a assimilé plusieurs cas de violation de la loi à de la concurrence déloyale :

- exercice d'une activité de taxi sans autorisation administrative (Cass. com., 16 mai 1984, n° 83-11678, Bull. civ. IV, n° 167) ;
- soldes pratiqués hors périodes autorisées (Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-21087, Bull. civ. IV, n° 299) ;
- non-respect du taux de TVA (CA Lyon, 31 janv. 2008, n° 06/05922) ;
- méconnaissance d'une réglementation bancaire en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21995, publié au Bulletin) ;
- non-respect du RGDP (CJUE, 4 oct. 2024, aff. C-21/23, *Lindenapotheker*).

### Pour aller plus loin :

#### Le droit de la concurrence en renfort des obligations légales de *compliance*

Aujourd'hui, le pouvoir d'attraction de la théorie de la concurrence déloyale est tel que celle-ci englobe des comportements déloyaux affectant non pas un concurrent déterminé, mais une profession dans sa globalité. Et lorsque la concurrence déloyale procède d'une méconnaissance d'obligations légales de *compliance*, le mal nommé « petit » droit de la concurrence apporte sa contribution à l'accomplissement des buts monumentaux assignés à cette nouvelle discipline (v. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, 2022) et, ainsi, concrétise des ambitions qui dépassent la simple moralisation des rapports individuels de concurrence. Deux arrêts illustrent l'aptitude du droit de la concurrence à soutenir les obligations de mise en conformité supportées par les entreprises.