

# Cycle de conférences de la Cour de cassation

## CONCURRENCE DÉLOYALE ET PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Jeudi 13 septembre 2007

### PROPOS D'ACCUEIL

#### Intervenant

**Claire FAVRE**, Présidente de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

RLC 1121

L'intitulé de cette troisième conférence du cycle « *droit et économie de la concurrence* » organisé en 2007 par la Cour de cassation est-il trompeur ?

Que peut-il en effet surgir de la confrontation entre ce que les spécialistes de ces matières nomment quelquefois affectueusement la « *petite concurrence* » et la « *grande concurrence* » ?

La première n'a les honneurs ni du droit communautaire, ni du législateur de droit interne. Expression d'un phénomène strictement jurisprudentiel déjà ancien, la concurrence déloyale est généralement présentée dans les manuels de droit civil comme un phénomène contrariant celui du déclin de la faute en droit de la responsabilité civile complaisamment affirmé. À défaut d'être un fondement juridique d'avenir de la responsabilité, la faute n'en serait en effet pas pour autant matériellement moins fréquente dans les contentieux, notamment grâce aux nouvelles frontières que lui a offertes la concurrence déloyale. Selon une typologie qu'on doit au Doyen Roubier, le dénigrement, le débauchage de personnel, la désorganisation de l'entreprise concurrente sont tout simplement des fautes, au sens le plus classique de l'article 1382 du Code civil.

Curieuse responsabilité civile cependant, qui postule l'existence du préjudice et présume le lien de causalité une fois caractérisée ladite faute. Le néophyte comprend assez vite que c'est de moralisation des rapports entre les agents économiques qu'il s'agit.

La « *grande concurrence* », celle des ententes, des abus de position dominante, et autres pratiques restrictives illicites, régie tant par le droit d'origine interne que par le droit communautaire, met en scène un ordre public économique négativement défini, celui de la libre concurrence, donc de l'absence d'entraves. L'intégrité du marché est ici en cause.

Le Doyen Roubier fut le premier à analyser les rapports entre la concurrence faussée et la concurrence déloyale. Il écrivait : « *dans l'hypothèse de la concurrence interdite, celui qui fait acte de concurrence agit sans droit; dans la concurrence déloyale, il fait un usage excessif de sa liberté* » (Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey 1952, p. 505).

Limpide dans son exposé, cette analyse qui concilie l'absence de droit et l'abus de droit, n'explique pas pour autant quels rapports entretiennent la concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles. La première pourrait bien être un censeur contrariant la seconde, le défaut de moralité dans les relations commerciales pouvant s'apprécier indépendamment de l'effet anticoncurrentiel de la faute.

Aussi le Doyen Roubier explique-t-il encore que pour apprécier la faute dans la concurrence déloyale, il ne suffit pas « *de se laisser guider par la distinction du bien et du mal, il faut prendre en compte l'aspect économique et social du problème : il s'agit de savoir dans quelles conditions la concurrence doit être conduite* » (Roubier, *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD civ. 1948, p. 541, spéc. p. 543).

De la protection du concurrent à celle du marché, du préjudice économique au préjudice causé à l'économie, « *loyauté et efficacité* » aurait-il pu être le sous-titre de cette conférence ? Monsieur Patrick Rey, Professeur d'économie à l'Université Toulouse I, et Monsieur le Doyen Yves Picod, Professeur à la Faculté de droit de Perpignan, nous diront peut-être ce soir si, en matière de concurrence, il est de notre intérêt d'être moral. Je vous remercie.

## Affinités ou divergences ? L'approche juridique

#### Intervenant

**Yves PICOD**, Professeur à l'Université de Perpignan  
Via Domitia, Doyen de la Faculté de droit

Pour comprendre ce qu'est la théorie de concurrence déloyale, il faut partir de l'idée que dans un système de libre concurrence, chaque agent économique peut attirer la clientèle de ses concurrents, c'est-à-dire prendre part à la compétition économique : la captation de la clientèle d'autrui est le principe même de l'acte de concurrence. Mais les moyens de conquête utilisés ne sauraient traduire un abus de la liberté d'être concurrent.

Berceau du droit de la concurrence (Prieto C., RRJ 1998, n° 36, p. 67) dans la tradition française, la théorie de la concurrence dé-

loyale a vocation à s'appliquer là où la concurrence n'est pas interdite par la loi ou une convention. Elle apparaît comme une projection du droit de la responsabilité civile sur le droit du marché et constitue sans doute l'une des plus belles constructions prétoriennes échafaudées, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, à partir des articles 1382 et 1383 du Code civil. Mais son objectif initial qui résidait initialement dans la patrimonialisation de la clientèle ou, si l'on préfère, la sauvegarde des intérêts individuels des titulaires de cette valeur, s'est aujourd'hui largement diversifié.

Son génie créateur tient en effet à ce que « *sous son habillage affleure un concept moral* » et se profilent « *des préceptes fondant une éthique de l'action* » (Le Tourneau Ph., *L'éthique des affaires et du management au XXI<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 2000) : le qualificatif loyal évoque la chevalerie et renvoie traditionnellement aux règles d'hon-

neur et de dignité entre adversaires. Mais, en même temps, son appréciation conduit à des critères économiques, le juge étant amené à discerner les bons comportements de marché des mauvais. La concurrence déloyale se trouve donc à la croisée d'une approche morale et d'une conception économique de la faute. Lorsqu'il caresse la réalité économique, le droit commun, incarné ici par la concurrence déloyale, « *mue et se régénère, sans abdiquer ni capituler* » (expression empruntée à Thaller : De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, Livre du centenaire du Code civil 1904, tome 1, p. 226) pour autant. La vieille dame de 1804 offre au droit de la concurrence déloyale des *liftings* miraculeux, pour mieux nous séduire encore... (cf. nos observations, Rapport introductif in Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, p. 1).

Cette vigueur absorbante de la responsabilité civile, laquelle atteste d'une verdeur renouvelée de la faute (selon l'expression de Ph. Le Tourneau : La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), RTD civ. 1988, p. 505), accorde aux juges une très large liberté de manœuvre pour moduler le régime de la concurrence déloyale, non sans risque d'écarter de vertueux principes au contact de la réalité économique. Mais c'est aussi, en l'absence de législation, une nécessité.

En ce sens, le droit de la concurrence déloyale français se singularise par rapport à celui de nos pays voisins qui ont pour la plupart adopté, au cours de ces dernières années, une législation spécifique en la matière. À ce titre, au moment où, par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 (JOUE 11 juin 2005, n° L 149), les instances européennes nous invitent à légiférer en matière de pratiques déloyales à l'égard des consommateurs (la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a finalement réalisé cette transposition), on peut se demander si notre droit n'aurait pas intérêt à graver à son tour dans sa législation des dispositions concernant la concurrence déloyale, d'autant qu'elle semble avoir aujourd'hui atteint son plus haut degré de maturation. Ce n'est pourtant pas faute d'y avoir réfléchi : la commission Canivet a même fait une proposition précise en la matière (Restaurer la concurrence par les prix, Doc. fr., 2005, p. 97 et 159; cf., également, Béhar-Touchais M., La lutte contre les marges arrières : un superbe rapport, RDC 2005, n° 2, p. 388), permettant de mettre en perspective tout le droit des pratiques restrictives de concurrence et d'inscrire en exergue du Titre IV du Livre IV du Code de commerce les dispositions essentielles qui manquent à son rayonnement (Picod Y., Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale, Mélanges Serra, Dalloz 2006, p. 359). Cette proposition qui aurait permis de faire fusionner le droit prétorien de la concurrence déloyale et le droit codifié des pratiques restrictives de concurrence au sein d'un même titre, à l'instar du droit comparé, n'a toutefois pas été retenue.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'apparaît sous sa forme moderne que dans la deuxième partie du XX<sup>e</sup> siècle, lorsque la concurrence est devenue un véritable enjeu économique et où la régulation s'est substituée progressivement à la réglementation (sur ces questions, cf. Gaudemet Y., Droit de la concurrence : une autre introduction in Le code de commerce, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 397). C'est à partir du moment où l'analyse économique a permis de constater que certaines pratiques avaient pour effet « *d'accroître les prix du fait de comportements monopolistiques et d'ententes, mais aussi de diminuer les incitations à la recherche et au progrès économique* » (Nussenbaum M., Les enjeux économiques in Les sanctions civiles à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles, Contrats, conc., consom. 2007, p. 34) que les pouvoirs publics se sont intéressés au jeu de la concurrence. Ce droit spécial s'est développé en dehors du Code de commerce, à travers des lois successives, jusqu'à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui

l'a fait entrer dans une ère nouvelle. Ce n'est qu'à l'aube du troisième millénaire, à l'occasion de l'ordonnance du 18 septembre 2000, que le Code de commerce a accueilli le droit des pratiques anticoncurrentielles dans le Titre II du Livre IV, lequel est composé des articles L. 420-1 à L. 420-7.

Ces textes concernent à la fois les ententes, c'est-à-dire des comportements d'entreprises ayant pour objet ou pour effet (réel ou potentiel) de limiter ou d'éliminer la concurrence s'exerçant entre elles ou à l'égard des tiers sur un marché, les abus de position dominante concernant les entreprises qui, compte tenu de leur position sur un marché, adoptent des pratiques qui visent à maintenir ou à renforcer cette position en restreignant ou en faussant le jeu de la concurrence sur le marché, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique d'une entreprise par une autre lorsqu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement de la concurrence ainsi que les prix abusivement bas ayant pour effet d'éliminer un concurrent du marché ou de lui en empêcher l'accès.

La finalité de cette réglementation est « *le maintien d'une concurrence suffisante, effective, nécessaire à la sauvegarde (...) de l'intérêt général et de celui des consommateurs que l'on estime liés à l'existence de la concurrence et de son efficacité* » (Serra Y., Rép. civ. Dalloz, V<sup>o</sup> Concurrence déloyale, n° 14). La pratique est sanctionnée avant tout pour son effet négatif sur le marché.

Ainsi, il existe dans notre système juridique trois niveaux de pratiques : les comportements civilement ou pénalement réprimés *per se*, indépendamment de leurs effets sur le marché (discriminations, revente à perte...), lesquels sont expressément visés par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce ; les pratiques visées par le Titre II (ententes, abus de position...) qui ont un effet concurrentiel négatif sur le marché ; enfin, les comportements déloyaux (confusion, dénigrement, désorganisation), réprimés en tant qu'ils provoquent un préjudice à autrui au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

En droit communautaire, alors qu'une place privilégiée est réservée aux pratiques anticoncurrentielles par les articles 81 et 82 du traité CE, la concurrence déloyale n'est que timidement abordée : une mention y est faite dans le préambule du Traité instituant la Communauté économique européenne : « *l'équilibre des échanges et la loyauté dans la concurrence* » sont des données essentielles (cf. Picod F., Concurrence déloyale et libre circulation des marchandises, in La concurrence déloyale, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 95; Kovar R., Droit de la concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence, in La concurrence déloyale, préc., p. 109).

Faut-il en déduire qu'il y a deux droits de la concurrence : celui des boutiquiers, le petit droit de la concurrence, version XIX<sup>e</sup> siècle, d'une part ; le droit de la concurrence par excellence, orienté vers un dessein économique, d'autre part ? Le premier semble répondre à une approche purement civiliste, microéconomique, des rapports commerciaux : c'est l'application quelque peu démodée des bons et loyaux usages du commerce ; le second peut en revanche se parer d'une approche macroéconomique, tournée vers le concret. L'un serait pétri de morale, l'autre de préceptes économiques. Il y aurait en quelque sorte un « *droit académique* », d'un côté, « *un droit vivant* », de l'autre (cf. Chagny M., Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Préface Ghestin J., Dalloz, 2002, n° 994).

Dès lors, on peut se demander si le droit de la concurrence déloyale et celui des pratiques anticoncurrentielles ne constituent pas deux disciplines différentes, la première étant l'apanage des spécialistes de la responsabilité civile et du droit des contrats, la seconde étant réservée aux spécialistes du

&gt;

droit économique et du droit communautaire. Pourtant, à la lecture de certains ouvrages ou de certaines revues, on observe de plus en plus une approche transversale de la doctrine qui semble révéler le sentiment commun d'une même appartenance au droit de la concurrence et plus largement à ce qu'on appellera le droit du marché, lieu privilégié d'interactions entre le droit spécial de la concurrence et le droit commun. Or, ce droit du marché est intéressé non seulement à ce qui touche à l'existence même de la concurrence, mais aussi à la manière dont celle-ci est exercée.

Au-delà des différences d'approche que l'on ne peut pas nier (I), il existe donc une aspiration à une convergence de plus en plus marquée (II).

### I. – Des approches divergentes

Les conceptions de ces deux droits paraissent *a priori* éloignées. Pour autant, ils ne peuvent vivre l'un sans l'autre, au-delà de toute articulation. Les divergences d'approche entre le droit de la concurrence déloyale et des pratiques anticoncurrentielles se manifestent par l'inévitable juxtaposition de systèmes différents (A), tout en générant entre eux une nécessaire complémentarité (B).

#### A. – Une inévitable juxtaposition

1. Une différence essentielle justifie la juxtaposition des règles régissant respectivement les pratiques anticoncurrentielles et la concurrence déloyale.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles répond à une finalité économique précise qui est d'assurer le bon fonctionnement du marché et, par-là même, la satisfaction du consommateur (cf. Vogel L., *Droit français de la concurrence*, Lawlex 2006, n° 1). Le comportement anticoncurrentiel est d'abord un comportement d'entreprise ayant des effets négatifs sur la concurrence : c'est le fait de plusieurs entreprises qui se concertent pour restreindre la concurrence dans le cadre d'une entente, voire de la volonté unilatérale constitutive d'abus d'une seule entreprise qui est en position dominante.

Les règles s'appliquent aux entreprises en considération du marché sur lesquels elles agissent : elles répondent à un objectif d'efficacité économique et sont de nature politique. Pour être incriminés, les comportements anticoncurrentiels doivent en outre fausser ou faire obstacle à la concurrence sur un marché déterminé. Les marchés concurrentiels sont « à la fois le fondement et les éléments de la mise en œuvre des normes » (Frison-Roche M.-A. et Payet M.-S., *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz 2006, n° 24). L'appréciation ne se limite d'ailleurs pas aux seuls effets actuels ; elle embrasse aussi les effets potentiels sur le marché. Une exigence de sensibilité de l'atteinte à la concurrence a été consacrée par le juge communautaire, puis par le législateur français en matière d'entente (la condition ne soulève pas les mêmes difficultés en matière d'abus de position puisque l'entreprise dominante dispose par définition de la capacité de perturber la concurrence sur le marché) : l'accord qui a des effets insignifiants (par exemple, accord entre deux PME) sur le marché en question ne sera pas pris en considération.

Par ailleurs, les ententes pourront être exemptées lorsqu'elles contribuent au progrès économique, dans le cadre du bilan économique qui sera effectué (ainsi, l'article 81 du traité CE permet d'exempter les ententes qui contribuent « à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte » ; l'article L. 420-4, I, § 2, du Code de commerce permet pour sa part d'exempter les pratiques « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création et le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui

en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause »).

À la différence du droit de la concurrence déloyale qui participe d'une analyse comportementale, le droit des pratiques anticoncurrentielles consacre de plus en plus la prééminence des effets par rapport au comportement (cf., en ce sens, Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, D. 2007, p. 1953, obs. Chevrier E., entre les trois opérateurs de téléphonie mobile : la seule constatation de l'échange d'informations est insuffisante), à tel point que l'on a pu parler d'« absorption des comportements par les effets » (Vogel L., *Concurrence : de l'évolution à la révolution in Le Code de commerce, Livre du bicentenaire, op. cit.*, p. 413 et s., spéc. p. 415), laquelle serait induite par une « économisation » (Vogel L., préc., p. 414) du droit de la concurrence.

Enfin, la finalité est répressive : il s'agit avant tout de sanctionner, de punir à des fins dissuasives un comportement anticoncurrentiel, ce que la dépénalisation du droit de la concurrence ne permet plus. Le profit du comportement doit être anéanti par l'effet de la sanction. Il s'agit d'un droit « quasi répressif » (Idot L., *Responsabilité professionnelle quasi répressive : l'exemple du droit de la libre concurrence*, LPA 2001, n° 137, p. 34), une sorte d'*ersatz* du droit pénal. De ce fait, ces sanctions administratives appellent des garanties similaires aux sanctions pénales.

En revanche, le droit de la concurrence déloyale appréhende, dans une approche traditionnelle, la rivalité commerciale saisie par le Code civil (cf., en ce sens, Frison-Roche M.-A. et Payet M.-S., préc., n° 424). C'est le droit des concurrents, dépourvu de toute vision stratégique, de tout choix politique. Il tire sa force et sa faiblesse à la fois de ses racines : manifestation de la puissance de l'universalité de la responsabilité civile dont la vocation est de combler tous les interstices laissés par la loi, il sollicite l'imagination du juge dans son adaptation des principes classiques de responsabilité pour faute au monde moderne des affaires.

Le droit de la concurrence déloyale a fondamentalement, comme le droit de la responsabilité civile en général, une fonction de réparation et non pas de sanction ou de régulation. Il n'appréhende pas un pouvoir sur le marché : il met fin ou répare le préjudice causé par « un comportement délictuel de marché » (cf. Auguet Y., *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence par la protection de la clientèle*, LGDJ 2000, n° 462, selon lequel l'expression permettrait d'englober les hypothèses dans lesquelles il n'y a pas de situation de concurrence entre les parties, en particulier les agissements parasitaires), sans s'intéresser à l'incidence de ce comportement sur ledit marché et sans poser des conditions d'intensité du préjudice : l'adage *de minimis non curat praetor* n'a pas cours ici. En revanche, un écart de conduite doit être caractérisé, à la différence du droit des pratiques anticoncurrentielles où l'anormalité ne traduit pas forcément un comportement fautif caractérisé (Chagny M., préc., n° 490), l'abus semblant se confondre avec le trouble concurrentiel (sur le dommage concurrentiel, cf. Dorandeu N., *Le dommage concurrentiel*, PUP 2000, Préface Serra Y.).

La trilogie de Roubier (Roubier P., *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, Sirey 1952, p. 505 ; *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD civ. 1948, p. 541, spéc. p. 543) ramène la concurrence déloyale aux griefs de confusion, de désorganisation et de dénigrement. Cette classification, à laquelle la doctrine moderne ajoute le parasitisme économique, est peu éclairante en ce qui concerne la faute puisqu'elle met au même niveau les comportements et leurs effets : le dénigrement et l'imitation du parasite sont des comportements, mais la confusion et la désorganisation (sur cette notion, cf. Texier M., *La désorganisation*, PU Perpignan 2006, Préface Picod Y.) de marché ou d'entreprise sont le résultat d'un comportement. Ce sont en réalité les moyens utilisés en vue d'une confusion ou d'une désorganisation qui peuvent être remis en cause.



Enfin, la faute constitutive de concurrence déloyale doit être prouvée, la jurisprudence écartant toute présomption. En revanche, aucune autre condition que la faute n'est à apporter : la chambre commerciale le rappelle encore dans un arrêt rendu le 12 juin 2007 (Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349, RLDA 2007/18, n° 1108, D. 2007, p. 1723, note Chevrier E.) : deux sociétés engageaient une action en concurrence déloyale contre une autre à laquelle il était reproché une imitation de modèle de lunettes ; une cour d'appel avait rejeté l'action car les lunettes ne présentaient aucune originalité ; l'arrêt est cassé, la cour indiquant fort justement que l'originalité ne constitue pas une condition de l'action en concurrence déloyale mais un des facteurs pris en compte pour déterminer s'il existe une faute créant un risque de confusion auprès du client : il ne s'agit pas ici de sanctionner un droit exclusif (cf. RLDA 2007/18, n° 1107).

**2.** Conformément au principe de spécialité, le Conseil de concurrence ne saurait apprécier l'indemnisation des préjudices générés par les pratiques qu'il condamne : les conséquences civiles des pratiques anticoncurrentielles sont de la compétence des juridictions judiciaires, plus précisément des tribunaux territorialement compétents pour connaître de ces litiges (tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce dont le siège et le ressort sont fixés par décret, en application de l'article L. 420-7 du Code de commerce). En revanche, la loi confère une compétence exclusive au Conseil pour infliger une sanction pécuniaire à leurs auteurs en matière de pratiques anticoncurrentielles : c'est une justice d'experts, laquelle échappe au juge (sur cette question, cf. Dorandeu N., *La concurrence des procédures en droit de la concurrence*, Mélanges Serra Y., Dalloz 2006, p. 132 et s.) ; il a le monopole de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, hormis l'hypothèse du délit pénal de participation frauduleuse et déterminante d'une personne physique à une pratique anticoncurrentielle, prévu par l'article L. 420-6 du Code de commerce, rarement mise en œuvre. Les sanctions administratives en droit de la concurrence constituent alors un véritable vecteur d'effectivité de ce droit (Béhar-Touchais M., *Les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence in La concurrence*, Congrès de l'association Capitant, Journées internationales, Maroc, 2006, à paraître aux éditions Dalloz). Leur fonction est tantôt dissuasive, tantôt régulatrice.

Le Conseil de la concurrence peut infliger, à l'instar de la Commission, des sanctions exemplaires, comme il n'a pas hésité à le faire en matière de téléphonie mobile (amende de 534 millions d'euros) ou dans le domaine du BTP. Ces sanctions sont d'autant plus efficaces qu'elles sont proportionnées à la fois au chiffre d'affaires de l'entreprise ainsi qu'à la gravité des pratiques. Ces dernières seront mesurées, en droit français, à l'aune de l'importance du dommage causé à l'économie (cf. Malaurie-Vignal M., n° 431 ; Lucas de Leyssac C., *La réparation du dommage à l'économie*, Rev. conc. consom. 1995, n° 83, p. 67 ; Avenel E. et Bresse P., *Dommage à l'économie et efficacité des sanctions prononcées à l'encontre des pratiques concurrentielles : de la théorie à la pratique*, LPA 2001, n° 165, p. 4), ce qui nous éloigne de la conception civiliste du dommage et par voie de conséquence de la concurrence déloyale. À ce titre, il existe deux aspects du dommage à l'économie : le dommage concernant le marché pertinent et le dommage à l'économie globale, apprécié compte tenu des répercussions sur l'équilibre général de l'économie du fait des liens entre les différents marchés.

Droits interne et communautaire accordent aux autorités de concurrence un pouvoir d'injonction pour faire cesser l'illécite. Le Conseil de la concurrence peut ainsi prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire dans le but de corri-

ger les comportements anticoncurrentiels. L'intérêt est de pouvoir agir directement sur les comportements de marché. L'efficacité de ces injonctions est d'autant plus assurée que le Conseil a aujourd'hui la possibilité d'infliger des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard pour contraindre les réfractaires à s'exécuter (C. com., art. L. 464-2).

Le Conseil peut également prononcer des injonctions de publication, la publicité donnée à ses décisions permettant de mettre en garde les acteurs du marché et d'informer les consommateurs du caractère anticoncurrentiel des pratiques. Des instruments de modération, tels que les engagements (les autorités de concurrence peuvent décider de clore la procédure en contrepartie des engagements pris par les entreprises de mettre fin à leur pratique : C. com., art. L. 464-2, I et Règl. n° 1/2003, art. 9, § 1), les transactions (les autorités de concurrence peuvent décider de clore la procédure en contrepartie des engagements pris par les entreprises de mettre fin à leur pratique : C. com., art. L. 464-2, I et Règl. n° 1/2003, art. 9, § 1) ou encore les mesures de clémence (la procédure de clémence joue dans le seul domaine des ententes où il s'agit d'inciter les membres d'une coalition à dénoncer l'illécite pour obtenir une exonération des sanctions : C. com., art. L. 464-2, IV ; communication du 19 février 2002 ; ladite exonération sera totale ou partielle en fonction de l'ordre des dénonciations), sont prévus. Mais ils opèrent en dehors du sort des victimes qui constituent presque une gêne pour leur mise en place : ainsi le repentir hésitera à demander la clémence s'il risque d'être poursuivi par des victimes qui, sans la délation, n'auraient pas eu connaissance de la contravention au droit de la concurrence (Béhar-Touchais M., art. préc.).

Cette juxtaposition de régimes rend nécessaire une articulation entre eux, laquelle se réalise dans une nécessaire complémentarité.

## B. – Une nécessaire complémentarité

**1.** Cette complémentarité s'exerce dans un double mouvement.

Tout d'abord, un acte de concurrence déloyale est susceptible de caractériser un abus de domination, qu'il se manifeste par un détournement de clientèle assorti de manœuvres dolosives (cf. Cons. conc., déc. n° 93-D-14, 18 mai 1993, Sté Roblot, Rec. Lamy, n° 535), un dénigrement (cf. Cons. conc., déc. n° 92-D-62, 18 nov. 1992, Sté Biwater, Rec. Lamy, n° 515) ou encore une publicité fallacieuse (Cons. conc., Avis, 4 nov. 1985, n° 253). De la même façon, une désorganisation ou un dénigrement (cf. à propos d'un dénigrement destiné à exclure un concurrent du marché : Cons. conc., déc. n° 04 D 75, 22 déc. 2004) pourra, dans certaines circonstances, constituer une entente prohibée. Prenons l'exemple, récemment soumis à la chambre commerciale de la Cour de cassation, du courrier adressé par le conseil de l'ordre des chirurgiens-dentistes à l'ensemble des directeurs de maisons de retraite du Puy-de-Dôme dénonçant l'exercice de l'activité de prothésiste dentaire comme étant illégale (Cass. com., 20 févr. 2007, n° 06-13.498, Contrats, conc., consom. 2007, comm. 153, obs. Decocq G. : la Cour de cassation estime que le Conseil est compétent pour connaître des actes par lesquels les ordres professionnels sortent de leur mission de service public et interviennent dans une activité de production, de distribution ou de services) : les faits sont susceptibles de tomber sous le coup de la concurrence déloyale – en ce sens qu'il y a bien dénigrement –, mais ont aussi un objet anticoncurrentiel relevant du Conseil de la concurrence, puisqu'il s'agit d'éliminer un concurrent sur le marché.

Ensuite, l'action en réparation du préjudice subi par les concurrents du fait des pratiques anticoncurrentielles obéit aux mêmes principes de droit commun de la responsabilité que le droit de la concurrence déloyale. L'action exercée devant les juridictions civiles ou commerciales est fondée sur la faute des articles 1382 et 1383 du Code civil, faute qui ressort du seul fait de la violation des articles L. 420-1 (ententes

&gt;

prohibées) et L. 420-2 (exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique) du Code de commerce ou de la violation des articles 81 et 82 CE (les dispositions nationales ou communautaires appellent sur le plan civil une solution identique : Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 1982, n° 80-15.834, Bull. civ. IV, n° 76).

On voit donc que les juridictions civiles et commerciales (en tout cas celles qui sont visées par l'article L. 420-7 du Code de commerce), et le cas échéant, les tribunaux administratifs quand l'acte ou la pratique est imputable à une personne publique (CA Paris, 31 mai 1995, Softmax, JCP E 1995, pan., p. 1219 : constitue un acte de concurrence déloyale la commercialisation par l'administration d'un logiciel élaboré par ses soins et contrefaisant celui conçu par une entreprise privée), auront à connaître des demandes d'annulation ou d'indemnisation formées par les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles.

**2.** Toutefois, cette complémentarité se manifeste dans l'autonomie du droit de la concurrence déloyale par rapport aux pratiques anticoncurrentielles.

À ce titre, la marge d'appréciation dont dispose le juge saisi de l'action en concurrence déloyale par rapport aux autorités de concurrence ne peut contribuer qu'à renforcer cette autonomie de la concurrence déloyale.

Une juridiction nationale, saisie d'une action en responsabilité ou en nullité à raison d'une pratique anticoncurrentielle, a compétence pour apprécier ce caractère anticoncurrentiel afin d'en tirer les conséquences civiles, *a fortiori* s'il s'agit de qualifier ce comportement au regard de la concurrence déloyale, sans que la saisine préalable du Conseil de la concurrence ou de la Commission ne soit nécessaire.

Même si l'une de ces autorités a été saisie, la juridiction nationale n'est pas obligée de surseoir à statuer. Une fois la décision rendue, le juge n'est pas lié par la décision du Conseil de la concurrence quand bien même celle-ci serait-elle approuvée par une décision de la Cour d'appel de Paris ayant autorité de la chose jugée. Elle est encore moins liée par l'avis rendu, même s'il est vrai qu'il lui sera bien difficile de s'en départir ; on imagine assez mal le juge solliciter un avis à des spécialistes pour ne pas le suivre ; cependant, rien ne l'oblige juridiquement à le faire.

Cette autonomie est d'ailleurs réciproque. Plusieurs décisions du Conseil ou de la Commission refusent d'accepter l'idée que la contribution à la loyauté des relations commerciales puisse justifier une entente illicite (Déc. Comm. CE n° 98/815, 30 nov. 1994, aff. Ciment, JOCE, n° L 343).

Bien entendu, en vertu de la primauté du droit communautaire, le juge national ne pourrait adopter une solution contraire à celle de la Commission (sur ces questions, Malaurie-Vignal M., Droit de la concurrence interne et communautaire, Sirey U 2008, n° 448). Mais dès lors que l'exigence de primauté de ce dernier est satisfaite, la concurrence déloyale bénéficie d'une autonomie vis-à-vis du droit communautaire. Dans différentes hypothèses où la question a été soumise aux autorités de Bruxelles, l'application du droit interne de la concurrence déloyale a été jugée compatible avec la réglementation communautaire (Kovar R., Concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence, in La concurrence déloyale, préc., p. 109 et s.).

Cette complémentarité, inévitable et nécessaire, génère elle-même des axes de convergence dont il nous faut apprécier la portée.

## II. – Des aspirations convergentes

Le droit de la concurrence déloyale et celui des pratiques anticoncurrentielles se rapprochent quant à leur finalité (A). Ils aspirent par ailleurs souvent à protéger les mêmes intérêts (B).

## A. – Des finalités rapprochées

**1.** Fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil et jouissant à ce titre d'une extraordinaire plasticité, l'action en concurrence déloyale doit pouvoir être mise en œuvre à propos de toute faute – intentionnelle ou non – commise dans le cadre de l'exercice de la liberté de concurrence (Izorche M. L., Les fondements de la concurrence déloyale et du parasitisme, in Droit du marché et droit des obligations, RTD com. 1998, p. 17 ; Serra Y., Concurrence déloyale, Rép. com., n° 122). Elle doit pouvoir concerner toute intervention fautive sur le marché dont elle contribue à façonner la compétition (en ce sens, cf. Payet M.-S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz 2001, n° 142). Longtemps, la jurisprudence a considéré que la concurrence déloyale supposait l'intention de nuire. Puis elle a fini par considérer que la concurrence déloyale n'exigeait pas la mauvaise foi (Cass. com., 18 avr. 1958, n° 58-04.997, Bull. civ. IV, n° 148, D. 1959, p. 87, note Derrida F.). Ce n'est plus de la loyauté du concurrent qu'il s'agit, mais de la « loyauté dans la concurrence » (cf. nos obs. in La concurrence déloyale, in La concurrence, Congrès de l'association Capitain, Journées internationales, Maroc, 2006, à paraître aux éditions Dalloz).

La question du préjudice en matière de concurrence déloyale témoigne également de la spécificité de ce droit (Dorandeu N., Le dommage concurrentiel, PU Perpignan 2000 ; cf. aussi Le Tourneau Ph., La spécificité du préjudice concurrentiel, in Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, p. 83). De la même façon qu'en droit commun, le préjudice peut être matériel (baisse du chiffre d'affaires) ou moral (atteinte à l'image de marque) et ne devrait ouvrir droit à réparation que s'il est direct et certain. Dans la conception classique, il s'exprime par une perte ou un détournement de clientèle. Cependant, les procédés déloyaux contiennent en eux-mêmes une infinie potentialité d'effets préjudiciables. C'est pourquoi la jurisprudence accepte de réparer le trouble commercial qui constitue un préjudice autonome englobant tous les comportements susceptibles de perturber le jeu du marché. Le préjudice existe en dehors de toute perte de clientèle et même en l'absence de clientèle (Cass. com., 8 nov. 1994, n° 92-17.994, Bull. civ. IV, n° 325, D. 1995, somm., p. 209, obs. Serra Y. ; cf. toutefois, en l'absence de préjudice potentiel démontrant la réalité du trouble commercial : Cass. com., 10 juill. 2007, n° 05-18.571, Bull. civ. IV, n° 189). Telle est sans doute la raison pour laquelle de nombreuses décisions considèrent que « l'existence d'un préjudice s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés » (cf. par exemple : Cass. com., 14 juin 2000, n° 98-10.689, RJDA 2000, n° 1195, Contrats, conc., consom. 2000, n° 81, obs. Malaurie-Vignal M. ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, n° 01-13.052, Propr. industr. 2003, n° 96, obs. Schmidt-Szalewski J.), comme si les comportements appréhendés étaient interdits *per se* (cf. Boutard-Labarde M. C. et Canivet G., Droit français de la concurrence, LGDJ 1994, p. 2 : pour ces auteurs, « la théorie la concurrence déloyale diffère assez peu d'une véritable interdiction par nature »), comme si on cherchait à punir la déloyauté avant de se préoccuper de la réparer (Frison-Roche M.-A. et Payet M.-S., *op. cit.*, n° 428). La même fluidité conceptuelle est observée en ce qui concerne le lien de causalité. Cela explique sans doute que certains auteurs aient parfois mis l'accent sur le caractère disciplinaire de l'action en concurrence déloyale ou que d'autres aient proposé de lui donner une autonomie sur le modèle des troubles de voisinage (cf. Frison-Roche M.-A., Les principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme, RJDA 1994, p. 483).

Les tribunaux se situent autant dans une logique de répression que de réparation (cf. Carval S., La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ 1995, p. 145) : le développement du caractère punitif de l'action en concurrence déloyale les conduit parfois, pour calculer le montant de dommages et intérêts, à se référer non plus au préjudice subi, mais au profit réalisé par l'auteur des agissements déloyaux. Cela leur est d'autant plus facile qu'ils disposent, dans le cadre de leur pouvoir souverain, d'une grande liberté d'appréciation dans la fixa-

tion du préjudice. Même lorsqu'une expertise a été ordonnée, chacun sait que les fourchettes sont énormes.

Le rapprochement est encore accentué lorsque l'on propose d'introduire en matière de concurrence déloyale la théorie des « *dommages et intérêts punitifs* ». L'instauration de dommages et intérêts punitifs, prônée par le rapport de la commission Canivet (*op. cit.*, p. 84), serait susceptible de dissuader efficacement les comportements déloyaux et de permettre à l'action en concurrence déloyale de jouer un rôle disciplinaire accentué, certaines entreprises espérant tirer des agissements déloyaux des profits supérieurs à l'indemnisation du préjudice à laquelle elles pourraient être condamnées (Fasquelle D., *Concurrence déloyale, amendes civiles ou dommages punitifs?*, in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, Gaz. Pal. 2001, 2, doct., p. 9; L'existence de fautes lucratives en droit français, LPA 2002, n° 232, p. 27). Il serait dès lors souhaitable que le législateur conforte le juge dans ses certitudes en exprimant l'idée que les dommages peuvent tenir compte de la faute et des profits réalisés (en ce sens : Viney G., *Rapport de synthèse*, in *La concurrence déloyale*, préc., p. 123). Le rapport de la commission présidée par le Professeur Catala portant avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription propose en ce sens un nouvel article 1371 du Code civil, lequel dispose que « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le trésor public* ». L'intérêt serait alors de pouvoir neutraliser les profits tirés de la faute lorsqu'ils s'avèrent supérieurs au préjudice subi (sur cette notion de faute lucrative : Fasquelle D. et Méza R., *La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala*, D. 2005, p. 2666). Ces *dommages punitifs* participent incontestablement d'un rapprochement entre la réparation et la sanction, à l'instar des pays d'outre-Atlantique. Cependant, la démarche relève peut-être davantage d'une tendance régressive de notre droit que d'une tendance progressive, dans la mesure où sous l'ancien régime, responsabilité pénale et responsabilité civile étaient étroitement mêlées, ce qui était une source de confusion permanente. Il serait plus judicieux de prévoir la possibilité pour les juges de prononcer des amendes civiles, comme en matière de pratiques restrictives.

Quoi qu'il en soit, la possibilité de sanctionner par des dommages punitifs l'action en concurrence déloyale conférerait à cette dernière une connotation répressive, déjà acquise en partie grâce à la jurisprudence.

Par ailleurs, le juge prescrit parfois la publication de la décision prononçant la condamnation, ce qui a un effet préventif à l'égard de la clientèle du professionnel mis en cause. Cette publicité intervient tantôt à titre principal, c'est-à-dire à titre de réparation, tantôt à titre accessoire, c'est-à-dire en plus des dommages et intérêts alloués.

2. En sens inverse, le droit de la concurrence est de plus en plus sensible au contentieux de l'indemnisation. Aux États-Unis, les victimes tiennent un rôle déterminant dans la détection des pratiques anticoncurrentielles, assurant la police du marché aux côtés des autorités administratives. Ce n'est malheureusement pas encore le cas en Europe. C'est la raison pour laquelle le juge communautaire a déclaré très explicitement que « *les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté* » (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage*, Rec. CJCE, I, p. 06297, pt. 27, *Contrats, conc., consom.* 2002, n° 14, obs. Poillot-Peruzzetto S.). De façon encore plus marquée, la Commission européenne a

publié, le 21 décembre 2005, un livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante : il s'agit de créer une proximité des victimes – consommateurs ou entreprises – avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, de favoriser une meilleure indemnisation du citoyen européen, victime de tels agissements (le constat de la Commission européenne est un sous-développement total des actions civiles et une très grande diversité juridique selon les États membres, situations qui créent une incertitude dissuasive pour les plaignants : cf. Cohen-Tanugi L., *Introduction*, in *Les actions civiles à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles*, *Rev. conc. consom.* 2007, p. 23; aussi, de façon à rendre les actions en réparation plus efficaces, la Commission propose-t-elle notamment d'introduire des actions collectives en dommages-intérêts permettant de regrouper les plaintes des consommateurs, d'appliquer des dommages-intérêts punitifs consistant plus particulièrement à doubler le montant de la réparation dans les hypothèses les plus graves d'ententes horizontales). Ce dernier est en effet peu enclin à se tourner vers des procédures longues, lourdes et onéreuses, ce qui encourage les pratiques illicites. On mesure alors combien le droit commun constitue un complément harmonieux au droit spécial de la concurrence. Ce qui est vrai pour la responsabilité civile en général, l'est également pour la concurrence déloyale lorsque ces comportements caractérisent de surcroît un dénigrement, une confusion ou une désorganisation.

Par ailleurs, le législateur ou le juge réduisent la portée des théories qui éliminent toute référence aux caractéristiques des comportements anticoncurrentiels. Ainsi, certaines ententes sont interdites en raison même de leur objet anticoncurrentiel : il s'agit de comportements réprimés sans que la preuve de l'effet sensible ne soit requise; l'effet anticoncurrentiel est ici inhérent à la pratique elle-même (par exemple, entente restreignant la liberté de l'acheteur de fixer le prix de vente des produits). En matière de position dominante, l'abus traduira un comportement anormal auquel les autorités de concurrence font généralement référence (cf. Vogel L., art. précité, p. 417).

Si les finalités des deux droits se recoupent ainsi de plus en plus, c'est sans doute parce que les intérêts protégés ne sont pas aussi éloignés qu'on pourrait le penser.

## B. – Vers un intérêt protégé commun

*A priori*, l'intérêt protégé par les deux droits n'est pas le même : le droit des pratiques anticoncurrentielles a un dessein économique alors que la théorie de la concurrence déloyale est tournée vers la défense d'intérêts individuels, sans finalité économique. Mais cette analyse est réductrice.

1. De plus en plus, la théorie de la concurrence déloyale dépasse la défense des intérêts des concurrents.

Tout d'abord, la situation de concurrence entre les parties n'est pas toujours exigée.

Notre jurisprudence, traditionnellement attachée à l'existence d'une « *clientèle commune* », a assoupli sa position; ainsi, la concurrence déloyale a-t-elle été retenue à l'égard d'agents économiques n'ayant pas de clientèle commune (CA Paris, 24 sept. 1996, D. 1997, p. 234, note Serra Y.), ne serait-ce que parce qu'ils se trouvaient à des niveaux différents dans la chaîne de distribution (CA Paris, 20 févr. 1992, D. 1993, somm., p. 155, obs. Izorche M.-L.; CA Versailles, 12 févr. 1990, D. 1990, p. 264, note Serra Y.) ou à l'égard d'opérateurs n'ayant pas de clientèle du tout (Cass. com., 8 nov. 1994, n° 92-17.994, Bull. civ. IV, n° 325, D. 1995, somm., p. 209, obs. Serra Y.; cf. antérieurement : Cass. com., 27 sept. 1989, n° 86-43.169, D. 1990, somm., p. 75, obs. Serra Y.), tels que des associations, voire des organismes professionnels, lesquels ont vocation à saisir le Conseil de concurrence. Un arrêt de la chambre commerciale du 30 mai 2000 affirme sans détour que l'action en concu-



rence déloyale peut être mise en œuvre « *quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée* » et que la circonstance que la clientèle disputée par les opérateurs « *soit réputée celle d'un tiers au litige est indifférente pour accueillir une action en concurrence déloyale* » (Cass. com., 30 mai 2000, n° 98-15.549, D. 2001, p. 2587, note Serra Y., Contrats, conc., consom. 2000, comm. 161, obs. Malaurie-Vignal M.). Un autre arrêt affirme encore plus explicitement que la situation de concurrence entre les parties n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale (Cass. com., 21 nov. 2000, n° 98-17.478, RJDA 2001, n° 248 ; cf. aussi : Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-20.233, RJDA 1998, n° 237). Il en résulte que la distinction entre concurrence déloyale et agissements parasitaires ne se justifie sans doute plus aujourd'hui. Pourtant, dans un certain nombre de décisions récentes où le grief de confusion était invoqué, l'absence de clientèle commune a permis au juge de rejeter les prétentions des parties dans des hypothèses : la Cour de cassation l'a encore rappelé à propos des noms de domaine (cf. Cass. com., 19 nov. 2002, n° 00-13.154, Bull. civ. IV, n° 171 ; Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-10.143, Bull. civ. IV, n° 254 : l'arrêt affirme que l'action en concurrence déloyale ne saurait prospérer qu'en présence d'un risque de détournement de la clientèle, ce qui suppose des sociétés exerçant des activités identiques ou concurrentes ; en l'espèce, le simple enregistrement en *<.com>* d'un nom de domaine préalablement enregistré en *<.fr>* ne saurait constituer à lui seul une atteinte aux droits du titulaire sur ce nom de domaine et caractériser un comportement déloyal ; cf. aussi : Cass. com., 25 avr. 2006, n° 04-12.406, Contrats, conc., consom. 2006, n° 141, note Malaurie-Vignal M. ; Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.352, Contrats, conc., consom. 2007, n° 100, note Malaurie-Vignal M. [à propos de la dénomination *argus.fr*] ; cf. toutefois, au moment où ces lignes sont sous presse, un arrêt en sens contraire, mais en matière de dénigrement : Cass. com., 20 nov. 2007, n° 05-15.643, D. 2008, p. 255, avec nos obs.). Cependant, on peut se demander si l'absence de situation de concurrence ne démontre pas ici l'absence de dommage, l'exigence d'une situation de concurrence comme condition de l'action en concurrence déloyale étant en quelque sorte détournée de son rôle (en ce sens : Lasserre-Jeannin F., L'acte de concurrence déloyale, Montpellier I, n° 34 ; Serra Y., art. préc., Rép. com., n° 78). En tout cas, l'abolition de l'exigence de concurrence permettrait d'inclure les agissements parasitaires dans le schéma de la concurrence déloyale.

Ensuite, on s'aperçoit que, bien souvent, l'action en concurrence déloyale contribue à protéger, au-delà de l'intérêt des parties, le consommateur contre des comportements délictuels de marché. À titre d'exemple, la tromperie peut concerner aussi bien un concurrent qu'un consommateur : il a d'ailleurs été jugé qu'est déloyal l'acte qui trompe le consommateur (Cass. com., 8 nov. 1994, n° 93-10.066 ; cf. Malaurie-Vignal M., *op. cit.*, n° 253). Nous prendrons deux exemples récents pour vérifier cette assertion. Tout d'abord, un arrêt de la chambre criminelle du 9 mai 2007 (Cass. crim., 9 mai 2007, n° 06-86.373) vient confirmer la jurisprudence relative aux paniers comparatifs : en l'espèce, un centre Leclerc exposait dans son magasin un caddy rempli de produits de consommation courante de son enseigne, l'autre des produits de l'enseigne concurrente. Une annonce indiquait que le prix des produits sous l'enseigne Leclerc était inférieur aux autres. Les juges du fond avaient rejeté l'action en concurrence déloyale du concurrent. Mais leur point de vue est censuré dans la mesure où la publicité comparative ne pouvait être objective. Ensuite, un jugement du Tribunal de commerce de Paris du 16 mars 2007 (CA Paris, 16 mars 2007, n° RG : 2007004540) considère que l'offre Triple play de France Telecom en contrepartie d'un forfait mensuel de 29 euros, sans précision de l'abonnement téléphonique de 15 euros par mois en complément, constitue un acte de concurrence déloyale. Dans les deux cas, l'action du concurrent protège le consommateur. Le nouvel article L. 121-1 du Code de la consommation, issu de la loi du 3 janvier 2008 (pertinamment intitulée « *pour le développement de la concurrence*

*au service du consommateur* »), précise en ce sens que les nouvelles dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses bénéficient au professionnel comme au consommateur (plus précisément, celles visées par le I de ce texte : confusion, fausses allégations...), autrement dit concernent aussi les rapports entre professionnels, dressant ainsi un véritable pont entre la concurrence déloyale et le droit de la consommation.

Parfois même, c'est l'intérêt général qui est protégé. On songe à l'exercice d'une activité contraire à la réglementation : revente à perte, pratiques discriminatoires... lorsque le concurrent choisit de se placer sur le terrain de la concurrence déloyale. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 mai 2007 a condamné, à l'initiative du syndicat de la librairie française, l'éditeur d'un site internet qui offrait un bon d'achat de 15 euros pour tout achat supérieur ou égal à ce bon (CA Paris, 23 mai 2007, n° RG : 05/07433). La cour d'appel considère que l'offre est contraire à la réglementation spécifique relative au prix du livre. L'action en concurrence déloyale vient ici en renfort de l'intérêt général puisque c'est de la défense d'un produit culturel qu'il s'agit. De la même façon, lorsque les syndicats professionnels font condamner pour concurrence déloyale une société qui emploie irrégulièrement des salariés le dimanche, rompant ainsi l'égalité des commerçants exerçant la même activité et respectant la loi, c'est bien une conception de l'intérêt général qui est défendue (Cass. soc., 25 oct. 1994, n° 90-12.753, Bull. civ. V, n° 291), même si l'on agit par le biais d'un fondement disciplinaire.

Le législateur est également sensible à ces préoccupations, comme en atteste l'article L. 442-6 du Code de commerce. Ce texte sanctionne un certain nombre de comportements déloyaux (discriminations, rupture abusive des relations commerciales, violation de l'interdiction de revente hors réseau...), nommément désignés par le législateur au titre des pratiques restrictives de concurrence, lesquelles ne sont après tout qu'une consécration légale de règles normalement sanctionnées au titre de la concurrence déloyale ou anti contractuelle. Or, l'action en réparation (ou en nullité) peut être introduite par toute personne justifiant d'un intérêt, mais aussi par le ministère public, par le ministre chargé de l'Économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, de telles pratiques. C'est bien le marché qui est protégé ici en tant que tel.

**2.** L'action en concurrence déloyale n'est ouverte qu'aux professionnels victimes d'agissements déloyaux, ainsi qu'aux syndicats professionnels agissant dans le cadre de la défense d'un intérêt collectif. L'ouverture de l'action en concurrence déloyale aux consommateurs et à leurs associations, voire à différents organismes susceptibles d'incarner l'intérêt général, permettrait de mettre en harmonie le droit processuel avec les droits substantiels réellement défendus et, par-là même, de renforcer encore davantage son impact sur le marché. Elle rapprocherait alors la concurrence déloyale des pratiques anticoncurrentielles, lesquelles peuvent être dénoncées au Conseil de la concurrence certes par les entreprises concernées, les organisations professionnelles ou syndicales, mais aussi par les organisations de consommateurs agréées et par des organes qui incarnent l'intérêt général (ministre de l'Économie, collectivités territoriales). Si l'on s'en tient à la situation du consommateur, il est paradoxal de constater que l'action en concurrence déloyale tend de plus en plus à prendre en considération ses intérêts, mais que cette dernière leur est fermée : les associations disposent d'un cer-

tain nombre d'actions pour défendre l'intérêt des consommateurs (Picod Y. et Davo H., Droit de la consommation, A. Colin, coll. U, 2005, nos 528 et s.), mais pour des pratiques reposant sur des textes spécifiques ; l'action en concurrence déloyale ne leur est pas directement ouverte. L'action de groupe revigorerait encore le dispositif, en facilitant pour le consommateur l'accès à la justice (cf. en ce sens : Calais-Auloy J., Concurrence déloyale et protection des consommateurs, Mélanges Serra Y., *op. cit.*, p. 59 et s., spéc. p. 67).

La loi espagnole du 10 janvier 1991 sur la concurrence déloyale est à ce titre révélatrice d'une conception étendue de son domaine : elle recouvre ainsi tous les actes qui lèsent à la fois les intérêts de l'agent économique, les intérêts du consommateur et même l'intérêt général, regroupant ainsi des comportements qui relèvent chez nous tantôt des pratiques restrictives, tantôt de la concurrence déloyale.

En conclusion, on mesure alors combien le droit de la concurrence déloyale peut servir, aussi bien que le droit des pra-

tiques anticoncurrentielles, des intérêts autres que l'intérêt des concurrents. Il nous semble qu'à l'instar du droit allemand ou du droit espagnol, l'action en concurrence déloyale doit nous transporter d'une vision étriquée (défense de la clientèle ou des intérêts professionnels) vers une conception au service de l'ordre public économique qui rejoint le droit des pratiques anticoncurrentielles. Les deux branches sont au fond issues du même tronc : celui de l'égalité des méthodes utilisées dans la compétition, à l'image du droit du sport. S'il est vrai que le droit de la concurrence déloyale met davantage l'accent sur une éthique de l'action du concurrent alors que le droit des pratiques anticoncurrentielles défend l'exercice de la liberté de concurrence sur le marché, leur démarche est profondément imbriquée : selon la formule fréquemment mentionnée par la doctrine allemande, « *seule la concurrence loyale est libre* », ce qui conduit à penser, a contrario, que l'exercice déloyal de la concurrence peut menacer son existence même... ♦

## Affinités ou divergences? L'approche économique

### Intervenant

Patrick REY, Professeur d'économie à l'Université Toulouse I (IDEI)

Je vous remercie de me donner l'occasion de participer à ce débat, même si je dois dire que, pour un économiste, le sujet est difficile à appréhender ; je vais toutefois essayer de l'explorer avec vous. Je vais rejoindre Yves Picod sur les affinités et les points de convergence entre le droit de la concurrence déloyale et le droit des pratiques anticoncurrentielles. Un certain nombre de divergences existent cependant et j'essaierai d'analyser l'articulation entre ces deux dispositifs.

Dans mon exposé, je mettrai d'abord l'accent sur les points positifs, c'est-à-dire la manière dont le droit de la concurrence déloyale peut venir épauler celui des pratiques anticoncurrentielles et contribuer ainsi au maintien de l'ordre économique. Je mettrai ensuite l'accent sur un certain nombre de points plus difficiles, voire sensibles, qu'il conviendrait peut-être de faire évoluer, ou disons d'approfondir, pour que cette contribution du droit de la concurrence déloyale à l'ordre public économique soit encore plus efficace. Je prendrai un ou deux exemples pour illustrer mon propos.

Affinité ou divergence? Comme l'a très bien présenté Yves Picod, nous avons deux outils, deux dispositifs de droit qui ont apparemment des objets, des objectifs assez différents : rivalité commerciale d'un côté, versus atteinte à une notion un peu plus abstraite de concurrence de l'autre. Un principe qui s'inspire plus d'un principe de réparation pour l'un, d'une fonction de régulation, de sanction et de répression pour l'autre. Vous avez ainsi opposé dans votre introduction, Madame la présidente, la "petite concurrence", à savoir les relations bilatérales, à la "grande concurrence", c'est-à-dire l'analyse du marché et de son fonctionnement dans son ensemble. Au-delà de ces objectifs apparemment différents, nous avons également des institutions et des moyens d'action relativement distincts. En effet, qui sont les institutions en charge de la mise en œuvre? En première instance se trouvent d'un côté

des tribunaux et de l'autre des autorités de la concurrence. Les moyens d'intervention portent d'un côté sur des compensations de préjudices subis et de l'autre sur une panoplie de moyens peut-être un peu plus diversifiée, mais qui exclut les réparations : amendes civiles, injonctions, engagements, et transactions. Les initiateurs susceptibles d'ouvrir une action sont également différents d'un côté et de l'autre.

Ces deux dispositifs contribuent néanmoins, chacun à sa façon, à déterminer l'environnement dans lequel se déroulent et se développent les relations économiques. En ce sens, même s'ils ont des objectifs et des moyens d'action qui peuvent apparaître différents, en pratique ces deux dispositifs se retrouvent (ou ne se retrouvent pas, voire s'opposent le cas échéant) pour définir ensemble l'environnement dans lequel les acteurs du marché vont pouvoir évoluer. Le fait que les deux dispositifs ont un impact sur les mêmes acteurs et sur le fonctionnement du marché appelle *a priori* une certaine coordination. Le sens de mon propos, aujourd'hui, sera de voir comment assurer ou améliorer cette coordination.

### I. – ASPECTS POSITIFS

Le droit de la concurrence déloyale est un outil qui peut être assez efficace pour protéger et encourager l'investissement, l'innovation et l'effort. En cela, il y a une certaine analogie avec la propriété intellectuelle, et de fait, parfois, on trouve des actions en concurrence déloyale qui sont en conjonction, ou à la périphérie d'actions liées à une propriété intellectuelle (brevet, marque, copyright, secret d'affaires, etc.). Il est établi que voler la propriété d'autrui, ce n'est pas bien ; par analogie, voler les idées d'autrui, voler le savoir-faire, voler la réputation, est également condamnable. Parmi les différentes déclinaisons de la concurrence déloyale, les affaires de confusion et de parasitisme s'inscrivent assez naturellement dans la lutte contre les actions visant à « voler » la propriété d'autrui, ou la propriété intellectuelle d'autrui. Ceci a un effet bénéfique, non seulement pour le propriétaire du savoir-faire, de la marque ou de la réputation, mais aussi parce qu'en protégeant ce savoir-faire, cette marque



ou cette réputation, c'est-à-dire en protégeant le fruit de l'effort, on contribue aussi à encourager l'effort puisque celui qui fournit cet effort sait ainsi qu'il sera récompensé et pourra en obtenir le fruit.

En ce sens, il existe une certaine synergie entre la protection *ex post* du fruit de l'effort (la concurrence déloyale pouvant y contribuer), et l'effet positif sur le marché, sur la « *grande concurrence* », consistant à encourager l'effort, l'investissement, l'innovation, et ainsi encourager le jeu de la concurrence. Ce point est particulièrement important pour les investissements spécifiques à une relation particulière. Je vais prendre deux exemples.

Le premier exemple est typique du débat concernant les relations entre les fournisseurs (et notamment pour ce qui concerne les PME) d'une part, et les grandes surfaces d'autre part. Un grand distributeur demande ainsi, par exemple, à une PME d'investir dans un processus de fabrication unique, dont les produits n'intéresseront que le distributeur en question. Initialement, le distributeur s'engage, une fois l'investissement réalisé, à acheter les produits à un certain prix. Mais une fois l'investissement réalisé intervient une « *renégociation* » plus ou moins unilatérale, visant à diminuer le prix initialement accepté. En d'autres termes, je vous demande de faire un certain investissement et m'engage à rémunérer cet investissement en achetant votre produit à un certain prix, mais une fois que vous avez fait l'investissement et que vous êtes pieds et poings liés, je profite de cette situation pour renégocier les prix à la baisse. Il s'agit là d'un exemple assez classique de comportement opportuniste, qui évidemment pose un certain nombre de problèmes sur lesquels je vais revenir plus précisément dans un instant.

Le deuxième exemple est une variante du premier, qui montre toutefois que ce problème peut se décliner en pratique de façons différentes. Je vais prendre l'exemple d'un petit distributeur à qui un fabricant aurait demandé faire un investissement spécifique pour distribuer sa propre marque, ce qui fait qu'une fois l'investissement réalisé il est difficile de l'utiliser pour distribuer des marques concurrentes. Afin d'encourager là encore le distributeur à faire cet investissement spécifique à sa marque, le fabricant, ou le franchiseur le cas échéant, peut, par exemple, s'engager à ne pas faire une concurrence directe au distributeur en question. Toutefois, une fois que l'investissement a été fait, le fabricant ou le franchiseur met plusieurs distributeurs en concurrence, ou distribue lui-même le produit, tout au moins pour une certaine catégorie de clientèle, etc. On retrouve dans ce cas de figure une tension entre la promesse initiale de rémunérer l'investissement, ici par une clause de non-concurrence ou d'exclusivité, et ce qui se passe par la suite, une fois que l'investissement a été fait et que le distributeur se trouve pieds et poings liés.

Il est bien sûr important d'éviter ce genre de comportement opportuniste ; le droit de la concurrence déloyale peut y contribuer, puisque *ex post*, le droit de la concurrence déloyale, ou la notion de loyauté dans les relations contractuelles, peut prévenir ou limiter les marges de manœuvre et donc les risques de comportement opportuniste. C'est bénéfique *ex post* et correspond bien au principe de loyauté des relations contractuelles. Mais c'est également souhaitable *ex ante*, puisque cela contribue à améliorer la prévisibilité de ce qui se passera dans la mise en œuvre de la relation contractuelle et permet également de protéger les incitations à investir, à développer de nouveaux produits, de nouveaux modes de distribution.

Prenons un exemple pour illustrer ce propos. Imaginons que l'investissement initial coûte « 10 » (10 millions d'euros, par exemple) et que la clause d'exclusivité garantis un revenu

de 15, ce qui laisse un gain net de 5 (un revenu de 15 moins l'investissement initial de 10). Avec la clause d'exclusivité l'investissement est profitable et donc réalisable. Supposons de plus qu'en l'absence d'exclusivité le revenu espéré n'est plus que de 5 pour celui qui a fait l'investissement, bien que l'autre partie voie dans ce cas son propre gain augmenté et que le profit total, voire le surplus des consommateurs, soit globalement supérieur *ex post*. En d'autres termes, enlever la clause d'exclusivité et promouvoir la concurrence *ex post* permet de dégager des profits globalement plus importants, mais en donne la plus grande part à l'autre partie, et non pas à celui qui a réalisé l'investissement. Dans d'autres cas de figure, faire sauter la clause d'exclusivité et créer de la concurrence *ex post* pourrait réduire la profitabilité et donc le profit total, mais néanmoins laisser « *une plus grande part d'un gâteau plus petit* » à l'autre partie. Dans les deux cas de figure, l'autre partie a donc intérêt *ex post* à revenir sur cette clause d'exclusivité, mais cela laisse un revenu insuffisant, puisqu'investir 10 ne permet d'obtenir que 5 : clairement, si le distributeur anticipe un tel comportement opportuniste, il n'acceptera pas de faire l'investissement au départ. Ceci n'est clairement pas bon pour celui qui pourrait réaliser cet investissement et s'abstient de le faire, mais ce n'est pas bon non plus pour l'autre partie, qui aurait intérêt à pouvoir s'engager *ex ante* à ne pas exploiter *ex post* la situation de fragilité de son partenaire. En d'autres termes, il est souhaitable du point de vue de l'ensemble des deux parties (y compris de celui qui pourrait devenir opportuniste) de pouvoir s'engager à ne pas se comporter de manière opportuniste par la suite.

Là encore, le droit de la concurrence déloyale, en intervenant *ex post* et en limitant les risques de comportements opportunistes, peut contribuer ainsi à l'ordre public économique et faire en sorte que les relations contractuelles se déroulent de manière sereine et que les investissements souhaitables soient ainsi réalisés. Ce scénario peut se décliner dans de nombreux types de situations ; je viens d'en esquisser deux, mais cela peut également d'autres manières, avec des dimensions qui peuvent varier d'une situation à l'autre. Le comportement opportuniste peut prendre la forme d'une simple « *renégociation* » unilatérale de la part de celui qui se retrouve *in fine* en position de force, une fois l'investissement réalisé. Mais il peut également se manifester lors de renégociations mutuellement acceptables d'un contrat initial ; en effet, même si le nouveau contrat est accepté de part et d'autre, la renégociation se fait sur la base de ce qui se produirait en l'absence de ce nouvel accord. La manière dont le contrat serait mis en œuvre, et tout particulièrement la protection donnée aux différentes parties contractantes, notamment par le droit de la concurrence déloyale, contribue à définir le *statu quo* servant de base aux renégociations éventuelles. Dès lors, même si apparemment une relation se passe bien et que les parties parviennent à un nouvel accord, le droit de la concurrence déloyale peut là encore jouer un rôle important, puisqu'il importe de définir ce qui se passerait en l'absence de cette renégociation.

J'ai évoqué ici un exemple simpliste à l'extrême : j'ai mis l'accent sur le gain attendu par celui qui devait réaliser l'investissement. Ce gain peut s'exprimer schématiquement comme le revenu, déterminé par exemple par le prix de vente espéré pour les produits en question, moins le coût opérationnel de fabrication ou de distribution de ces produits. Un comportement opportuniste peut toutefois très bien apparaître dans des situations où le prix finalement pratiqué reste supérieur au coût opérationnel et où donc, *ex post*, une logique de court terme pourrait suggérer que tout se passe bien : le prix couvre le coût ; un comportement opportuniste peut encore dans ce

cas se manifester par marge libérée insuffisante pour compenser les investissements initiaux. Lorsqu'on analyse ces situations, il faut bien donc prendre en compte l'ensemble du contexte, y compris l'historique de la relation contractuelle qui a conduit à la situation en question.

Toujours dans la catégorie des effets bénéfiques du droit de la concurrence déloyale, la lutte contre le parasitisme (appelées encore stratégies de passager clandestin) ainsi que contre les stratégies d'imitation, peut non seulement avoir un effet positif sur la relation bilatérale faisant l'objet d'une action en concurrence déloyale, mais elle peut aussi, indirectement, contribuer à un meilleur jeu de la concurrence sur l'ensemble du marché.

Commencer par les stratégies d'imitation : lorsque par exemple une marque ou un produit sont imités, une partie des fruits de l'investissement ayant permis le développement du produit, de la marque, de sa réputation, sont partagés par les imitateurs. Au-delà de ce premier aspect, le fait que ces imitateurs entrent en concurrence avec le développeur du produit original, voire la concurrence supplémentaire entre imitateurs contribue également à diminuer les fruits attendus du développement du produit. Non seulement le « gâteau » devient partagé entre un plus grand nombre d'acteurs, ce qui réduit la part de celui qui est à l'origine du produit, mais en plus, la concurrence induite par les imitateurs diminue le gâteau à partager. Les deux effets combinés peuvent diminuer substantiellement le fruit attendu des investissements et décourager ainsi l'investissement, l'innovation, etc.

Un raisonnement semblable s'applique aux stratégies de passer clandestin : une illustration classique est celle d'un distributeur proposant des conseils à l'achat, conseillant par exemple les clients sur les produits les mieux adaptés à leurs besoins. Le problème soulevé par ces services de conseil à l'achat est que le distributeur fournissant le service n'est pas assuré d'en récupérer les fruits, puisqu'un client peut très bien obtenir le conseil chez un distributeur et traverser ensuite la rue pour acheter le produit en question, une fois recueillies les informations nécessaires, chez un autre distributeur. Ce scénario est d'autant plus réaliste que le distributeur qui fournit le conseil devra en supporter les coûts et sera donc probablement amené à pratiquer des prix moins attractifs, ou tout moins incapable de pratiquer des prix aussi attractifs que celui qui se dispense de fournir le conseil. La saga de Monsieur Chapelle et de ses magasins, qui a contribué à développer l'activité du Conseil de la concurrence pendant un certain nombre d'années, est un exemple de ce type de problème. Là encore, le problème est inhérent au type de service (conseil à l'achat), mais les distributeurs, ou les concurrents, peuvent exacerber ce phénomène et bénéficier ainsi des services fournis par les autres. Là encore, lorsqu'un tel risque de comportement de passager clandestin est anticipé, les distributeurs ne vont pas se bousculer pour fournir le service en question, ce qui est regrettable du point de vue des relations bilatérales entre le fabricant et ces distributeurs, mais aussi du point de vue du marché dans son ensemble.

## II. – ASPECTS NÉGATIFS

Nous avons vu jusqu'ici le côté positif du droit de la concurrence déloyale. Il y a malheureusement quelques aspects moins positifs dans l'articulation entre droit de la concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles, ou libre jeu de la concurrence. En bref, l'excès de loyauté peut être un frein à la concurrence. La notion de jeu de la concurrence, c'est que les clients, les fournisseurs, voire les employés, peuvent s'adresser au partenaire qui leur propose les meilleures perspectives.

Dans ce contexte, imposer une loyauté à un partenaire particulier peut limiter et entraver le libre jeu de la concurrence. Les clauses de non-concurrence en fournissent une illustration classique. Supposons que j'embauche un salarié et que je lui fasse signer une clause de concurrence. J'enlève ainsi ce salarié du « marché » du travail, puisqu'il n'est plus disponible et ne peut être embauché par mes concurrents, même si mes concurrents sont par la suite mieux placés ou ont une meilleure idée pour utiliser le savoir-faire de cet employé. Il y a là, potentiellement, une tension entre, d'une part, la notion de loyauté, et, d'autre part, la notion de libre jeu de la concurrence.

Les mêmes idées s'appliquent aux normes ou aux tentatives de standardisation. Un effort de normalisation peut certes apporter des bénéfices tangibles, notamment lorsqu'il y a des problèmes d'externalité, de synergies, etc. *A contrario*, cependant, la définition de codes de déontologie ou de recueils de bonnes pratiques peut avoir des effets pervers, notamment en termes de barrières à l'entrée, puisqu'ils peuvent conduire à limiter ou rendre plus difficile l'arrivée de nouveaux acteurs qui pourraient arriver avec, par exemple, des façons de fonctionner différentes. De même, les acteurs déjà installés peuvent également être freinés dans leur stratégie d'innovation, que celle-ci porte sur un produit, un procédé ou un mode d'organisation. Par ailleurs, lorsqu'une règle du jeu uniforme est acceptée (voire imposée ou auto imposée) à l'ensemble des acteurs d'un marché, cette règle constitue un point focal susceptible de favoriser les ententes entre les acteurs du marché. Il peut donc y avoir une tension entre les efforts visant à garantir par exemple la loyauté des relations contractuelles ou commerciales, d'une part, et le bon fonctionnement de la concurrence, ou la mise en place de conditions assurant le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché donné. Des idées semblables s'appliquent aux notions de transparence et de non-discrimination, qui sont souvent associées aux notions de loyauté et de concurrence loyale mais entrent parfois en conflit avec le jeu de la concurrence. Commençons par la transparence. Améliorer la prévisibilité ou les anticipations des acteurs peut avoir un effet bénéfique sur le fonctionnement du marché, mais peut *a contrario* rendre plus facile la mise en œuvre d'ententes : il est en effet plus facile de s'entendre lorsqu'on sait exactement à quoi s'en tenir, lorsqu'on sait ce que font les concurrents. Là encore, des pratiques assimilées à une certaine notion de loyauté des relations peuvent malheureusement être utilisées également à des fins anticoncurrentielles.

Le rôle de la discrimination ou des règles de non-discrimination constitue un autre thème classique, mais généralement difficile à aborder. Nous avons déjà entendu parler à plusieurs reprises aujourd'hui de moralisation. Or, la notion même de discrimination a une connotation péjorative, négative, moralement discutable. Du point de vue économique et du jeu de la concurrence, toutefois, la discrimination – je pourrais utiliser le terme de personnalisation – peut constituer un élément clé pour assurer une saine concurrence. Considérons par exemple une entreprise ayant une idée de produit nouveau ; pour lancer ce produit, elle peut avoir intérêt à tester cette idée sur certains clients, et pas sur d'autres. Dans ce contexte, lui imposer de proposer d'entrée de jeu les mêmes conditions à l'ensemble des clients rend plus coûteux le lancement de cette nouvelle idée, de ce nouveau produit, ce qui tend à freiner l'innovation. De même, dans le cadre de relations commerciales entre un fournisseur et ses distributeurs, imposer des conditions non discriminatoires peut rendre la concurrence moins effective ou plus difficile.

&gt;

Cet effet pervers des règles de non-discrimination peut se décliner de différentes façons. Considérons tout d'abord le cas d'un fournisseur en situation de pur monopole, qui n'a donc aucun rival à craindre, s'adressant à des distributeurs qui sont, à leur niveau, en concurrence entre eux. Les conditions de mise à disposition du produit aux différents distributeurs contribuent évidemment à déterminer les prix proposés *in fine* au consommateur. Si par exemple le fournisseur augmente le prix de gros qu'il pratique à l'égard d'un distributeur, on peut s'attendre à ce que les prix de détail augmentent, c'est-à-dire que l'augmentation du prix de gros soit répercutée, au moins en partie, au niveau des prix de détail. En d'autres termes, bien que les distributeurs soient eux-mêmes en situation de concurrence, le fournisseur peut « *pi-loter* » le niveau de prix finalement proposé au consommateur, et par là-même le profit dégagé dans l'industrie dans son ensemble : sa situation de monopole confère au fournisseur un certain pouvoir de marché.

La façon dont le fournisseur pourra exercer ce pouvoir de marché sera toutefois différente, selon que le fournisseur doit traiter tous les distributeurs de la même façon, ou qu'il puisse se permettre de proposer des conditions différentes, particulières, aux différents distributeurs. En effet, si le fournisseur peut concéder un rabais à un distributeur sans nécessairement le répercuter aux autres distributeurs, échappant donc à une clause de non-discrimination, il sera peut-être plus facilement tenté ou convaincu de concéder ce rabais à un distributeur particulier. Ceci, toutes choses égales par ailleurs, renforce la possibilité, pour un distributeur donné, d'obtenir un avantage particulier. Toutefois, dans la mesure où tous les distributeurs peuvent bénéficier de cette possibilité, ceci peut conduire *in fine* à une situation où, bien que le fournisseur soit en position de monopole sur le marché amont, il lui sera difficile d'exercer pleinement son pouvoir de marché, les prix de gros et, par suite, les prix de détail, étant finalement inférieurs aux prix de monopole.

*A contrario*, si le fournisseur est obligé de répercuter à l'ensemble des distributeurs tout avantage particulier concédé à l'un d'entre eux, il sera plus réticent à concéder de tels avantages particuliers ; en ce sens, une règle de non-discrimination consistant par exemple à imposer des conditions générales de vente transparentes et non discriminatoires et couvrant de même toutes les conditions particulières de vente ou de coopération commerciale que le fournisseur pourrait être amené à développer, renforce le pouvoir de négociation du fournisseur et lui permet ainsi d'exercer de manière plus efficace son pouvoir de monopole. En effet, si un distributeur vient lui demander par exemple un effort particulier, un « *coup de pouce* » en raison de circonstances exceptionnelles, le fournisseur aura beau jeu de dire : « *désolé, je ne peux pas le faire, et vais au contraire maintenir mes prix, car si je faisais cette concession, je devrais la répercuter à l'ensemble de vos concurrents* ». Des règles de non-discrimination peuvent ainsi avoir des effets pervers, renforçant la capacité, pour ceux qui disposent déjà d'un certain pouvoir de marché, à exercer ce pouvoir de marché.

Une variante de la même idée s'applique aux situations où plusieurs fournisseurs sont en concurrence sur le marché amont. Dans un tel contexte, les fournisseurs auront davantage intérêt à faire preuve d'agressivité et essayer de prendre des clients à leurs concurrents s'ils peuvent « *cibler* » leurs offres et proposer ainsi des offres plus attractives aux clients susceptibles de se tourner vers les concurrents. Autoriser les fournisseurs à proposer des offres différentes, personnalisées, à différents clients, est donc susceptible de renforcer le jeu de

la concurrence entre les fournisseurs. *A contrario*, si un fournisseur doit proposer les mêmes tarifs à tous ses clients, il y regardera à deux fois avant d'essayer de s'attaquer aux clients du concurrent, puisque toute baisse de tarif proposée à celui-ci devrait être aussi répercutée sur sa propre base de clientèle. Le fournisseur préférera plus probablement exploiter sa propre base de clientèle, plutôt que de s'attaquer à celle de son concurrent.

Dans les deux cas de figure que nous venons d'analyser, la possibilité de faire des offres différenciées, personnalisées, et donc discriminatoires, contribue à rendre la concurrence plus active, et donc à améliorer le fonctionnement de la concurrence dans les marchés. Ce sont là des points sur lesquels il y a une tension assez claire entre d'une part des logiques de loyauté, transparence, non-discrimination, et d'autre part les conditions susceptibles d'assurer le meilleur fonctionnement de la concurrence sur les marchés. Il convient d'approfondir la réflexion sur ces thèmes pour voir comment appliquer, mettre en œuvre le droit de la concurrence déloyale de manière compatible avec la logique du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Pour prendre un exemple, considérons une action en concurrence déloyale pour désorganisation. Supposons qu'un concurrent débauche un groupe de salariés d'une entreprise. Clairement, cela crée un dommage pour l'entreprise et peut contribuer à la désorganiser, surtout si un certain savoir-faire est attaché aux salariés en question, puisque les salariés vont dans ce cas partir avec le savoir-faire. Du point de vue économique, afin d'évaluer le dommage pour l'entreprise, il convient toutefois d'analyser la source de ce savoir-faire : en particulier, résulte-t-il d'un investissement de l'entreprise, en d'autres termes, est-ce un savoir-faire de l'entreprise, développé dans celle-ci et transmis aux salariés ? Ou est-ce au contraire un savoir-faire développé par les salariés eux-mêmes ? La réponse à cette question est importante pour apprécier la situation. On peut aussi se poser la question de savoir si le savoir-faire en question peut faire l'objet de clauses contractuelles, auquel cas le fait qu'un tel contrat n'ait pas été mis en place peut aussi déterminer l'opportunité d'essayer de corriger, de se substituer à l'absence de telles relations contractuelles.

On peut également analyser le type de concurrent impliqué dans l'affaire. S'agit-il d'un nouvel entrant qui a eu une idée, vient d'entrer sur le marché et donc a besoin de personnel compétent sur le sujet, scénario *a priori* favorable qu'il conviendrait de regarder, toutes choses égales par ailleurs, d'un œil plutôt bienveillant. S'agit-il d'une entreprise déjà en place mais qui souhaite introduire une innovation, développer un nouveau produit, ou s'organiser de manière différente et plus efficace ? Là encore, toutes choses égales par ailleurs, il conviendrait de regarder ce scénario d'un œil plutôt bienveillant. S'agit-il au contraire d'un concurrent déjà en place qui voit là le moyen, à faible coût et de manière effective, d'éliminer l'entreprise qui le gêne, en la privant d'un de ses atouts, d'une de ses armes pour être efficace sur le marché ? Ce sont là des éléments d'appréciation qu'il est probablement souhaitable de garder à l'esprit lorsqu'on regarde ces situations.

Pour conclure, je pense que les deux outils, le droit de la concurrence déloyale d'une part, et le droit des pratiques anticoncurrentielles d'autre part, peuvent chacun à leur façon contribuer à assurer un meilleur fonctionnement du marché ; il y a notamment une certaine complémentarité entre l'activité de réparation du dommage subi par une partie et l'activité de régulation ou de sanction d'un dommage économique. Il convient cependant de veiller à ce que l'articulation entre ces deux outils soit bien faite.



Je voudrais, pour finir, mentionner d'autres pistes qui peuvent être envisagées pour assurer l'articulation entre la notion de régulation et de sanction d'un dommage économique d'une part, et la notion de réparation d'un préjudice d'autre part. Ceci concerne la problématique des actions civiles dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles. Comme vous le savez, c'est un débat actuellement à l'ordre du jour. La Commission européenne a notamment ouvert le débat au niveau communautaire, avec la publication d'un livre vert sur la question en décembre 2005, suivi d'une assez large consultation et d'un avis plutôt favorable du Comité européen économique et social en avril 2006. Le Parlement européen a quant à lui adopté en avril 2007 un rapport appelant la Commission à préparer un livre blanc de propositions visant à faciliter les actions civiles, qu'il s'agisse d'actions civiles pour des affaires « nouvelles » ou qu'elles fassent suite à une action publique de la part des autorités de la concurrence. Ce livre blanc, en cours de finalisation, liste un certain nombre de pistes qui rejoignent en grande partie celles évoquées par Yves Picod pour améliorer la mise en œuvre du droit de la concurrence déloyale.

Ainsi par exemple, qui doit être autorisé à ouvrir une telle action ? Cette possibilité doit-elle être réservée aux clients, directs ou indirects, aux partenaires, directs ou indirects ? Peut-on au contraire avoir une forme d'action collective, ou autoriser une agence, une association à représenter une catégorie d'entités lésées ? Cela soulève aussi des questions d'accès à l'information : comment faire en sorte que celui qui s'estime lésé arrive à rassembler les preuves du dommage en question (en particulier, doit-on imposer aux accusés éventuels de livrer certains documents) ? Parmi les autres questions soulevées se trouvent aussi le rôle éventuellement contraignant des décisions des autorités de la concurrence, ainsi que l'interaction éventuelle avec les programmes spécifiques de lutte contre les cartels, notamment les programmes de clémence.

Voilà bien une série de questions, de pistes qui rejoignent celles évoquées par Yves Picod pour le droit de la concurrence déloyale. Il s'agit également de développements potentiels qu'il convient de prendre en compte pour affiner l'articulation entre le droit de la concurrence déloyale et les autres outils dont dispose le droit des pratiques anticoncurrentielles. ♦