

# mémentos

APPRENDRE

UTILE

Marianne Villemonteix

# Droit de la concurrence

3<sup>e</sup>

Cours intégral et synthétique

## Marianne Villemonteix

est Maître de conférences HDR à l'université de Bordeaux et Membre de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP, UR 4191). Elle est avocat à la Cour.

Suivez-nous sur



[www.gualino.fr](http://www.gualino.fr)

Contactez-nous [gualino@lextenso.fr](mailto:gualino@lextenso.fr)



© 2022, Gualino, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris La Défense Cedex  
EAN 9782297175630  
ISSN 2680-073X

# mémentos

APPRENDRE

UTILE

Marianne Villemonteix

# Droit de la concurrence

3<sup>e</sup>

Cours intégral et synthétique

# mémentos

APPRENDRE

UTILE

- C'est un cours complet et synthétique avec des aides pédagogiques différenciées.
- Il correspond à un enseignement dispensé en Licence et Master.
- Il est entièrement rédigé de manière structurée, claire et accessible.
- Il est à jour de l'actualité la plus récente.

## Chez le même éditeur

- Amphi LMD
- Mémentos
- Exos LMD
- Méthodo LMD
- Carrés Rouge
- Annales corrigées et commentées
- Master
- En Poche
- Droit Expert
- Droit en poche
- Petit Lexique
- Hors collection

# Présentation

*Le droit de la concurrence a pour objet l'organisation de la compétition entre entreprises évoluant sur un même marché.* Cette rivalité est le plus souvent vertueuse en ce qu'elle pousse les entreprises à être les meilleures pour bénéficier de la préférence des consommateurs. Aussi convient-il de la préserver en surveillant et en sanctionnant ses éventuelles dérives.

On conçoit que dans une économie de marché libérale, le droit de la concurrence soit incontournable pour tout acteur qu'il soit public ou privé, qu'il exerce une activité de production, de distribution ou de service, qu'il intervienne sur le territoire national ou communautaire.

Le rayonnement du droit de la concurrence, qu'il soit français ou européen, rend son positionnement nécessairement complexe (matière de publicistes, matière de privatistes, matière d'économistes ?) mais contribue également à son attrait auquel participent une jurisprudence abondante et une actualité législative régulière.

La 3<sup>e</sup> édition 2022-2023 de ce Mémentos s'adresse tout d'abord aux étudiants de 1<sup>re</sup> année et de 2<sup>e</sup> année de Master de Droit tant général que spécialisé. Il vise également les étudiants de 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> années de Master d'Économie grâce au caractère transversal de la matière. Il peut encore attirer les professionnels du droit par ses vertus synthétiques.

Le but de cet ouvrage est de *présenter de manière simple les règles qui encadrent le fonctionnement du marché.* Ces règles poursuivent *deux objectifs dont la complémentarité est souvent discutée : celui de protéger le libre jeu de la concurrence et celui de sauvegarder les intérêts particuliers des concurrents.* Les développements s'articuleront autour de ces deux finalités.



# Plan de cours

<b>P</b> résentation	5
<b>I</b> ntroduction	13
1) Justification du droit de la concurrence	13
2) Bref historique du droit de la concurrence	16
3) Les sources du droit de la concurrence	20
a) <i>Les sources internes</i>	20
b) <i>Les sources communautaires et internationales</i>	21
4) Les caractères originaux du droit de la concurrence	22
5) La place centrale du droit de la concurrence dans la vie économique	25
a) <i>Le champ d'application matériel du droit de la concurrence</i>	25
b) <i>Le champ d'application territorial du droit de la concurrence</i>	28
c) <i>La spécificité du contentieux concurrentiel</i>	29

**PARTIE 1**

**La protection du libre jeu de la concurrence**

<b>Chapitre 1 Les pratiques anticoncurrentielles</b>	<b>37</b>
<b>1 La détermination des pratiques anticoncurrentielles</b>	<b>37</b>
<i>A - La prohibition des ententes anticoncurrentielles</i>	<b>38</b>
1) Les ententes anticoncurrentielles en droit interne	<b>38</b>
<i>a) Le critère tiré de l'existence d'une concertation entre plusieurs entreprises</i>	<b>39</b>
<i>b) Le critère tiré de l'atteinte au jeu de la concurrence sur un marché</i>	<b>43</b>
2) Les ententes anticoncurrentielles en droit communautaire	<b>49</b>
<i>a) Les deux critères communs tirés de la coordination entre plusieurs entreprises et de l'atteinte à la concurrence</i>	<b>49</b>
<i>b) Le critère supplémentaire tiré de la restriction de concurrence affectant le commerce entre États membres</i>	<b>51</b>
<i>B - La prohibition des abus de domination</i>	<b>52</b>
1) L'abus de position dominante en droit interne et communautaire de la concurrence	<b>52</b>
<i>a) Une position dominante</i>	<b>53</b>
<i>b) L'exploitation abusive de la position dominante</i>	<b>55</b>
2) L'abus de dépendance économique en droit français de la concurrence	<b>61</b>
<i>a) L'état de dépendance économique</i>	<b>61</b>
<i>b) L'exploitation abusive de l'état de dépendance économique</i>	<b>62</b>
<b>2 Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles</b>	<b>63</b>
<i>A - Les pratiques anticoncurrentielles justifiées</i>	<b>63</b>
1) Les exemptions en droit interne de la concurrence	<b>64</b>
<i>a) L'exception textuelle de l'article L. 420-4, 1° du Code de commerce</i>	<b>64</b>
<i>b) L'exemption individuelle fondée sur le progrès économique de l'article L. 420-4, 2 du Code de commerce</i>	<b>65</b>
<i>c) L'exemption collective (ou par catégorie) envisagée par l'article L. 420-4, 3° du Code de commerce</i>	<b>65</b>
2) Les exemptions en droit communautaire de la concurrence	<b>66</b>
<i>a) L'exemption individuelle</i>	<b>66</b>
<i>b) L'exemption par catégorie</i>	<b>67</b>
<i>B - Condamnation des pratiques anticoncurrentielles injustifiées</i>	<b>68</b>
1) Sanctions prononcées par les autorités de concurrence (« public enforcement »)	<b>70</b>
<i>a) Les différents types de sanctions</i>	<b>71</b>
<i>b) Les procédures tendant à diminuer ou à éviter les sanctions</i>	<b>75</b>

2) Sanctions prononcées par les juridictions (« <i>private enforcement</i> »)	78
a) <i>Les sanctions civiles</i>	78
b) <i>Les sanctions pénales</i>	80

## Chapitre 2 Le contrôle des concentrations d'entreprises 83

---

<b>1 Le contrôle européen des concentrations d'entreprises</b>	<b>84</b>
A - <i>Le champ d'application du contrôle</i>	84
1) L'existence d'une concentration	84
a) <i>Fusion entre des entreprises antérieurement indépendantes</i>	85
b) <i>Acquisition du contrôle d'une ou plusieurs entreprises</i>	85
c) <i>La création d'une entreprise commune</i>	87
2) La dimension communautaire de la concentration	87
a) <i>Les entreprises concernées</i>	88
b) <i>Les seuils</i>	88
B - <i>La mise en œuvre du contrôle</i>	90
1) La notification de l'opération à la Commission européenne	91
2) L'atteinte à la concurrence	92
a) <i>Les critères d'appréciation</i>	92
b) <i>Décision de la Commission</i>	94
c) <i>Sanctions des entreprises contrevenantes</i>	96
<b>2 Le contrôle national des concentrations d'entreprises</b>	<b>97</b>
A - <i>Les conditions d'application du contrôle</i>	97
1) La définition de l'opération de concentration	97
2) Le dépassement des seuils	98
3) L'atteinte à la concurrence	98
B - <i>L'exercice du contrôle des concentrations</i>	99
1) Les étapes du contrôle	100
2) Les sanctions en cas d'infraction aux dispositions relatives au contrôle des concentrations	103

## Chapitre 3 Le contrôle des aides publiques aux entreprises 107

---

<b>1 L'identification des aides d'État</b>	<b>107</b>
A - <i>Les aides incompatibles avec le marché intérieur</i>	108
1) L'aide est accordée par l'État ou au moyen de ressources d'État	108
2) L'aide confère un avantage sélectif à une entreprise	109
3) L'aide est susceptible d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres	111
B - <i>Les aides compatibles avec le marché intérieur</i>	112

1) Les exemptions fondées sur l'article 107 § 2 et 3 du TFUE	112
a) <i>Les aides compatibles de plein droit</i>	112
b) <i>Les aides pouvant être considérées comme compatibles</i>	113
2) Les exemptions fondées sur les règlements d'exemption par catégorie	114
<b>2 Le régime de contrôle des aides d'État</b>	<b>115</b>
A - <i>Le contrôle de compatibilité des aides d'État</i>	115
1) Qu'est-ce qu'une aide existante ?	115
2) Qu'est-ce qu'une aide nouvelle ?	115
B - <i>Sanctions et recours</i>	116
1) Les sanctions en cas de non-respect de la procédure de contrôle des aides d'État	116
2) Les recours	118

## PARTIE 2

### La protection des concurrents

<b>Chapitre 4 Condamnation de la concurrence déloyale</b>	<b>123</b>
<b>1 Présentation de l'action en concurrence déloyale</b>	<b>124</b>
A - <i>Les conditions de l'action en concurrence déloyale</i>	124
1) La faute	125
2) Le préjudice	125
3) Le lien de causalité	127
B - <i>L'exercice de l'action en concurrence déloyale</i>	127
1) Le titulaire de l'action	127
2) Les sanctions	128
<b>2 Les principaux comportements de concurrence déloyale</b>	<b>128</b>
A - <i>L'imitation</i>	129
1) Les conditions de la déloyauté par imitation	129
a) <i>L'imitation</i>	129
b) <i>Une possible confusion</i>	130
2) Recours de la victime : action en concurrence déloyale ou action en contrefaçon	131
a) <i>L'action en concurrence déloyale en l'absence de droit privatif</i>	131
b) <i>L'action en concurrence déloyale en présence d'un droit privatif</i>	132
B - <i>Le dénigrement</i>	133
1) Les conditions du dénigrement déloyal	133
a) <i>Des propos dénigrants</i>	133
b) <i>Des propos diffusés</i>	134
c) <i>Des propos ciblés</i>	134
2) Publicité comparative et dénigrement	135
a) <i>Jusqu'à la loi du 18 janvier 1992</i>	135
b) <i>À partir de la loi du 18 janvier 1992</i>	135

C - <i>La désorganisation</i>	136
1) La désorganisation par le débauchage de personnel	137
2) La désorganisation de l'activité de l'entreprise concurrente	137
D - <i>Le parasitisme économique</i>	139
1) La concurrence parasitaire	139
2) Les agissements parasitaires	139
<b>Chapitre 5 L'encadrement des clauses de non-concurrence</b>	<b>143</b>
1 Le domaine des clauses de non concurrence	144
A - <i>L'insertion d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail</i>	145
B - <i>L'insertion d'une clause de non-concurrence dans le cadre d'opérations relatives au fonds de commerce</i>	146
C - <i>L'insertion d'une clause de non-concurrence dans les contrats de distribution</i>	148
2 Les conditions de validité de l'obligation de non-concurrence	150
A - <i>Les conditions tenant au créancier de non-concurrence : l'existence d'un intérêt légitime</i>	151
B - <i>Les conditions tenant au débiteur de non-concurrence : le maintien de sa liberté économique</i>	152
1) Limitations des clauses de non-concurrence	152
2) La possibilité pour le débiteur d'exercer normalement sa profession	153
C - <i>Le test de proportionnalité</i>	153
3 Sanctions de l'obligation de non-concurrence	155
A - <i>Sanction de la violation de l'obligation de non-concurrence</i>	155
B - <i>Sanction de l'irrégularité de l'obligation de non-concurrence</i>	156
<b>Chapitre 6 Protection contre les pratiques commerciales déloyales entre entreprises</b>	<b>161</b>
1 Généralités sur le droit des pratiques commerciales déloyales	161
2 La refonte du droit des pratiques restrictives de concurrence	163
A - <i>Les règles nouvelles relatives à la transparence dans la relation commerciale</i>	163
1) La transparence tarifaire lors de la négociation du contrat	163
2) La transparence tarifaire lors de l'exécution du contrat	165
B - <i>Les règles nouvelles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre entreprises</i>	165
1) La simplification du droit des pratiques restrictives de concurrence	166
2) Le régime des sanctions	168
<b>Bibliographie générale</b>	<b>171</b>
<b>Index</b>	<b>173</b>

## Liste des principales abréviations

Aut. conc.	Autorité de la concurrence
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation chambre civile
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. trav.	Code du travail
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. com. électr.	Revue Communication – Commerce électronique
Contrats, conc. consom.	Revue Contrats, concurrence, consommation
Concurrences	Revue des droits de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP E	JurisClasseur périodique, édition entreprise
JCP G	JurisClasseur périodique, édition générale
JO	Journal officiel
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
Ord.	Ordonnance
RDC	Revue des contrats
REC	Réseau européen de concurrence
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
T. com.	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Tribunal de l'Union européenne

# Introduction

Le droit de la concurrence comprend l'ensemble des règles juridiques visant à préserver une concurrence effective et loyale entre les opérateurs économiques. Cette matière puise – et c'est sa singularité – dans un terreau à la fois juridique et économique, voire politique<sup>1</sup>. Dans une économie de marché comme la nôtre où « la concurrence est la loi du marché »<sup>2</sup>, le droit de la concurrence joue un rôle fondamental de protection du marché contre ses excès. En ce sens, il relève du droit économique ou pour certains du droit du marché ou encore du droit de l'économie de marché.

L'empreinte de l'analyse économique sur le droit de la concurrence est patente comme en témoigne l'utilisation de ses théories<sup>3</sup>, de ses méthodes et de son vocabulaire, lequel est, en outre, bien souvent d'origine anglo-saxonne. Si les notions d'entreprise ou plus encore de marché ou de bilan économique sont familières à l'économiste, elles le sont peu au juriste.

Pour comprendre l'importance acquise par cette discipline, il faut partir de ce qui justifie son existence, puis décrire son évolution pour se pencher ensuite sur ses multiples sources, dégager ce qui la caractérise et comprendre la place particulière qu'elle occupe dans la vie économique.

## 1) *Justification du droit de la concurrence*

**1. Avantages et inconvénients de la libre concurrence.** Pour quelles raisons le législateur a-t-il jugé nécessaire de réglementer le jeu de la concurrence ? Ces raisons méritent réflexion si l'on considère les bienfaits de la libre concurrence et qui s'imposent également dès lors que des inconvénients se manifestent durablement.

**2. Les bienfaits de la libre concurrence.** Depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, l'activité économique des pays occidentaux est soumise au principe de la libre concurrence, cher aux

---

1. Hawk B.-E., « Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence », CDE 1992, p. 1.

2. Frison-Roche M.-A., Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance, v. Concurrence, <https://www.mafr.fr/fr/glossaire-du-droit-de-la-regulation-et-de-la-compl/>

3. Couret A. et Rapp L., *Les 100 mots du droit des affaires*, 2010, PUF, Que-sais-je ?, p. 9, n° 3, Concurrence.

partisans du libéralisme économique. Fondement de l'économie de marché, la liberté de la concurrence<sup>4</sup> dérive elle-même du principe de la liberté du commerce et de l'industrie posé par la loi des 2 et 17 mars 1791 (décret d'*Allarde*). Ce dernier principe, bien connu, signifie que toute personne peut se livrer à tout commerce ou industrie de son choix soit en créant une exploitation soit en acquérant une exploitation existante. C'est dans ce sillage qu'a pu se développer la liberté de la concurrence qui ouvre à toute entreprise la faculté d'accéder librement au marché et par conséquent d'acquérir une clientèle. Une rivalité naturelle s'instaure entre la nouvelle entreprise qui souhaite conquérir la clientèle des autres et ces derniers qui désirent la préserver. Cette motivante compétition autour d'une clientèle non appropriée est présumée bénéfique pour tous<sup>5</sup>. Le plus méritant des compétiteurs l'emporte, le perdant doit alors accepter sa « défaite », autrement dit ne pas se plaindre de son dommage concurrentiel qui prend bien souvent la forme d'un déplacement de ce qui était jusqu'alors « sa clientèle ».

**3. Les méfaits de la libre concurrence.** Mais à la suite de l'évolution des structures de l'économie d'où ont émergé de grands groupes dans le cadre d'une production et d'une distribution de masse, il est apparu que le principe de libre concurrence ne suscitait pas que des avantages.

**4. L'introuvable concurrence pure et parfaite.** Pour comprendre ce constat, il est nécessaire de revenir sur la notion de concurrence que la théorie économique du marché suppose pure et parfaite lorsqu'il « existe un marché transparent (information complète, gratuite et connue de tous), atomistique (intervention d'un grand nombre d'agents, aucun n'ayant une dimension économique suffisante pour influencer à lui seul le marché) et homogène (les produits commercialisés sur le marché sont identiques et substituables) »<sup>6</sup>.

**5. L'important principe de contestabilité.** Un marché – serait-il monopolistique – peut être néanmoins concurrentiel s'il est « contestable »<sup>7</sup>, qualité qui suppose que « l'entrée et la sortie du marché soient aussi libres que possible »<sup>8</sup>. On comprend ainsi qu'une « entreprise seule sur le marché peut se retrouver en forte concurrence si elle est menacée en permanence par l'arrivée de nouveaux entrants. Elle n'a d'autre choix que de pratiquer un prix concurrentiel. En effet si elle pratique un prix supérieur, un nouvel offreur rentrera aussitôt sur le marché et « prendra la place » de l'entreprise

---

4. Decocq A. et G., *Droit de la concurrence interne et droit de l'Union européenne*, 8<sup>e</sup> éd., 2018, LGDJ, p. 27, n° 5, expliquent parfaitement que « selon la doctrine libérale, pour laquelle, on le sait, cette économie de marché est la forme idéale d'organisation de la société, la concurrence remplit de manière satisfaisante trois fonctions régulatrices : elle assure la coordination des projets des agents économiques par le jeu de l'offre et de la demande, comme si une "main invisible" (l'expression est de Adam Smith) intervenait pour les rendre compatibles, elle permet l'allocation efficace des ressources et elle constitue une méthode de découverte de l'information économique ».

5. Malaurie-Vignal M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 8<sup>e</sup> éd., 2019, Sirey, p. 1, n° 1 – Mainguy D. et Depincé M., *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., 2015, LexisNexis, p. 38, n° 35.

6. Reinhard Y., Thomasset-Pierre S. et Nourissat C., *Droit commercial*, 8<sup>e</sup> éd., 2012, LexisNexis, p. 97, n° 145 – v. Malaurie-Vignal M., *op. cit.*, p. 37, n° 97.

7. Selon l'économiste américain William Baumol.

8. Combe E. et Desbordes R., « Vous avez dit "contestabilité" du marché ? ». <https://www.skema-bs.fr/mars2021> – Frison-Roche M.-A. et Roda J.-Ch., *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, coll. Précis, n° 55.

installée »<sup>9</sup>. En somme, « la contestabilité permet de retrouver, sans qu'il soit besoin d'avoir une multiplicité d'acteurs sur le marché, les principaux effets bénéfiques d'un marché concurrentiel »<sup>10</sup>.

### **Pour aller plus loin**

Le futur règlement sur les marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (*Digital Markets Act* ou DMA) adopté par le Parlement européen le 5 juillet 2022 puis par le Conseil de l'UE le 18 juillet suivant<sup>11</sup>, est un bon exemple de la promotion dont la notion de contestabilité des marchés a fait récemment l'objet. L'objectif de ce texte est de contrôler les grandes plateformes en ligne qui, grâce à leur pouvoir de marché, jouissent d'une position de « contrôleurs d'accès » (ou « *gatekeepers* ») entre les entreprises utilisatrices et les consommateurs et sont susceptibles de poser ou de renforcer des barrières à l'entrée, ce qui ne peut que nuire à la contestabilité des services numériques les plus essentiels<sup>12</sup>.

**6. Une contestabilité délicate à obtenir.** En pratique, les conditions d'un marché réellement concurrentiel et donc contestable sont rarement réunies<sup>13</sup> : on observe au contraire que « la concurrence porte en elle-même sa propre destruction. La concurrence tue la concurrence »<sup>14</sup> parce que des entreprises pourtant rivales s'entendent pour fausser le jeu de la concurrence ou parce que l'une d'entre elles en position dominante abuse de cette situation pour imposer sa loi, pour empêcher toute entrée de concurrents sur son marché<sup>15</sup> voire pour éliminer ceux-ci. On pressent qu'en laissant de tels comportements se perpétuer, très rapidement le marché se trouve partagé entre quelques groupes multinationaux.

**7. Le rôle du droit de la concurrence.** C'est pour éviter de telles dérives que le jeu de la concurrence – dont il faut admettre qu'il n'est pas toujours satisfaisant<sup>16</sup> – doit être réglementé par les autorités publiques<sup>17</sup>. Et c'est précisément le rôle du droit de la concurrence que de proposer des règles permettant de garantir la libre compétition entre les entreprises sur le marché et de les faire respecter. De cette approche, il ressort que le droit de la concurrence a pour finalité l'intérêt général « de sorte qu'il ne devrait pas inclure les règles de droit dont l'objet est de protéger des intérêts particuliers en préservant la position légitimement acquise sur un marché par une

9. Combe E., *ibid.*

10. *Ibid.*

11. Le règlement DMA entrera en vigueur 6 mois après sa publication au JOUE.

12. Une deuxième proposition de règlement, de la part de la Commission, est intervenue le 15 décembre 2020 relatif à un marché intérieur des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE, dit « Digital Services Act », DSA, COM (2020) 825 final. Cette proposition a fait l'objet d'un accord le 23 avril 2022 entre le Parlement et le Conseil.

13. V. l'exposé des motifs de la proposition de *Digital Markets Act* du 15 décembre 2020 (COM(2020) 842 final) où la Commission européenne met en avant la faible contestabilité et les pratiques déloyales dans le secteur numérique.

14. Malaurie-Vignal M., *op. cit.*, p. 1, n° 1.

15. Frison-Roche M.-A. et Roda J.-Ch., *op. cit.*, p. 441, n° 546.

16. Reinhard Y., Thomasset-Pierre S. et Nourissat C., *op. cit.*, p. 97, n° 145, vont en ce sens en reconnaissant « que toute concurrence n'est pas forcément bonne, que son libre jeu est fragile et qu'il existe des phénomènes de concurrence monopolistique, de concurrence imparfaite, de domination et de déséquilibres économiques ».

17. *Ibid.*

entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droits intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale »<sup>18</sup>. C'est pourtant bien l'option choisie, depuis longtemps, par le droit français de la concurrence que de ne pas viser – comme le droit communautaire de la concurrence – la seule protection du marché en incluant celle des concurrents, en tant que potentielles victimes de procédés déloyaux.

### *Pour aller plus loin*

Cette option n'étant pas du tout inconciliable avec le droit de l'Union européenne, lequel<sup>19</sup> « n'interdit pas aux États membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes (que celui de préserver la concurrence sur un marché), pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire ». Par voie de conséquence, les États membres peuvent interdire ou sanctionner « les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel. Les dispositions de cette nature visent un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché. C'est particulièrement le cas des dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie ».

## **2) Bref historique du droit de la concurrence**

**8. L'origine américaine du droit de la concurrence.** C'est aux États-Unis, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup>, qu'apparaît un droit de la concurrence (droit dit « anti-trust ») lié aux craintes suscitées par la puissance excessive acquise par certaines industries, comme celles de l'acier, des chemins de fer et du pétrole : le Sherman Antitrust Act est alors voté le 2 juillet 1890 afin de prohiber les ententes restreignant le commerce et les abus de monopolisation, comme ceux commis par la Standard Oil Company de John D. Rockefeller qui contrôlait à l'époque 90 % du raffinage et de la distribution de pétrole aux EU. Condamnée pour abus de position dominante<sup>20</sup>, la Standard Oil fut démantelée en une trentaine d'entreprises indépendantes, dont certaines sont toujours en activité<sup>21</sup>. En 1914, la loi *Sherman* est complétée par le *Clayton Act* sur les fusions et la Commission fédérale du commerce (Federal Trade Commission), chargée du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, est installée<sup>22</sup>.

18. Decocq A. et G., *op. cit.*, p. 21, n° 1.

19. Règl. (CE) n° 1/2003 du Conseil, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité, point 9.

20. Par une décision de la Cour suprême des États-Unis du 15 mai 1911.

21. Comme Exxon-Mobil, Chevron, Esso.

22. Arcelin-Lécuyer L., *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2<sup>e</sup> éd., PUR, p. 22, n° 27.

### Pour aller plus loin

L'affaire de la Standard Oil a, il y a peu, refait surface à la faveur de soupçons de position dominante voire monopolistique acquise par des multinationales du secteur des nouvelles technologies et de menaces de démantèlement : plusieurs procédures ont ainsi été engagées par le département américain de la justice (DoJ), la Commission fédérale du commerce et certains élus contre Google, Facebook et Amazon<sup>23</sup>. D'autres autorités de concurrence sont également mobilisées, nous le constaterons<sup>24</sup>.

**9. L'émergence d'un droit européen de la concurrence.** Les inquiétudes américaines ont par la suite gagné les Européens qui ont entrepris de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Cette préoccupation s'est toutefois intégrée dans un objectif plus vaste, celui assigné par les traités européens, consistant à assurer, dans la Communauté puis dans l'Union européenne, une économie de marché garantie par les libertés de circulation et de la concurrence<sup>25</sup>. Aujourd'hui les outils de préservation de la concurrence dans l'espace communautaire sont prévus tant par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>26</sup> aux articles 101 (prohibition des ententes restrictives de concurrence), 102 (prohibition des abus de position dominante), 106 à 109 (contrôle des aides publiques) que par le droit dérivé (Règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, sur le contrôle des concentrations d'entreprises).

**10. L'existence d'un droit interne de la concurrence.** En France, le droit moderne de la concurrence est véritablement né en 1986, l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence apparaissant comme le texte fondateur de la matière<sup>27</sup>.

### Pour aller plus loin

Que l'on ne se méprenne pas, les préoccupations de concurrence sont évidemment bien antérieures à 1986 mais leurs manifestations sont longtemps restées discrètes : en effet hors le décret d'*Allarde* proclamant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il faut se tourner vers le droit pénal du XIX<sup>e</sup> siècle pour en trouver trace et plus précisément vers l'article 419 du Code pénal de 1810 qui punissait le délit d'accaparement constitué par le fait pour les détenteurs de marchandises de se réunir pour augmenter les prix *au-dessus de ceux qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce*.

Peu appliqué, ce texte a cependant permis de dégager l'idée d'une fixation des prix par le libre jeu de la concurrence et d'identifier les notions de réunions ou de coalitions comme

23. Paris G., « Washington entre en guerre contre les géants du Net », *Le Monde*, 9, 10 et 11 juin 2019, p. 15 – Piquards A., « Concurrence : que reproche-t-on aux GAFAM ? », *Le Monde*, 9, 10 et 11 juin 2019, p. 15 – Leloups D. et Untersingers M., « Il est temps de démanteler Facebook, plaide un ancien fondateur du réseau social », *Le Monde*, 11 mai 2019, p. 15.

24. Lauer S., « GAFAM : la fête est finie », *Le Monde*, 29 juin 2021 ; Bradford A., « Fin de partie pour les Big Tech », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> et 2 janvier 2022.

25. TFUE, art. 4 énonce « qu'aux fins énoncées à l'article 2, l'action des États membres et de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des États membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

26. Le TFUE est issu du traité de Lisbonne entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

27. Malaurie-Vignal M., *op. cit.*, p. 3, n° 5.

expressions d'une entente illicite. D'autres instruments ont été, par la suite, utilisés comme les règles de la responsabilité civile pour sanctionner des faits de concurrence déloyale. Ces quelques dispositions ne pouvaient cependant à elles seules former une législation sur la concurrence digne de ce nom alors même que les changements économiques qui se profilaient en cette fin de XIX<sup>e</sup> siècle en justifiaient l'existence. Or, l'exemple américain avec le Sherman Act de 1890 n'est suivi ni en France ni dans les autres États membres.

La première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, ponctuée de guerres et de crises économiques, n'est guère favorable à la concurrence, bien au contraire : face aux pénuries et à l'inflation, l'État prend l'économie en main. Son interventionnisme s'incarne dans deux ordonnances du 30 juin 1945 : l'une (n° 45-1483) impose une réglementation des prix des produits et des services, l'autre (n° 45-1484) a pour finalité de constater, poursuivre et réprimer les infractions à la législation économique.

Le droit de la concurrence retrouve un peu de souffle à partir des années 1950 : un décret n° 53-704 du 9 août 1953 dit décret antitrust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence vient insérer dans l'ordonnance n° 45-1483 précitée une nouvelle section intitulée « Maintien de la libre concurrence ». Apparaissent alors les deux axes autour desquels est aujourd'hui fixé le droit français de la concurrence : l'interdiction de pratiques collectives telles que les ententes « qui contrarient le plein exercice de la concurrence » (sauf si ces ententes résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ou dont les auteurs peuvent justifier qu'elles favorisent le progrès économique) ; l'interdiction de certaines pratiques individuelles telles que le refus de vente, la fixation de prix minimums imposés, le traitement discriminatoire des revendeurs.

Sur le plan procédural, la poursuite des ententes illicites entre dans les compétences du ministre de l'Économie (lequel peut s'appuyer sur les avis autorisés de la Commission technique des ententes) qui décide seul de transmettre ou non le dossier au Parquet en vue de sanctions pénales. En revanche la poursuite des pratiques individuelles interdites relève des juridictions pénales. Les années 60 et 70 apportent, au droit de la concurrence, leur lot d'améliorations : la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 complète l'ordonnance n° 45-1483 en prohibant les abus de position dominante et interdit la revente à perte ; l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence élargit la définition de l'entente illicite afin de la rapprocher de celle du traité de Rome ; enfin et de manière plus substantielle, la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 innove en créant un contrôle des concentrations économiques, remplace la Commission technique des ententes et des abus de position dominante par une Commission de la concurrence et renforce les pouvoirs de sanction du ministre de l'Économie en matière de pratiques anticoncurrentielles.

**11. La réforme issue de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986.** En abrogeant les ordonnances du 30 juin 1945, le législateur de 1986 accueille, après 40 ans d'économie administrée, l'économie de marché et fait ainsi confiance aux mécanismes du marché pour stimuler le développement des entreprises : c'est à cette fin qu'il rétablit la liberté des prix et celle de la concurrence. Disparaît dans le même temps l'objectif de lutte contre l'inflation qui avait jusqu'alors guidé les règles de concurrence : désormais ces règles servent un autre but, celui de former « un mécanisme de régulation de l'économie »<sup>28</sup>.

Si l'esprit de la réforme de 1986 – intégrée depuis 2000 dans le Code de commerce (Livre IV intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence ») – est assurément d'inspiration libérale, comme en témoigne la création du Conseil de la concurrence, organe indépendant chargé d'assurer le respect des règles interdisant les pratiques

28. Maréchal C., JCI Concurrence – Consommation, fasc. 25, n° 8.

anticoncurrentielles, subsiste la volonté des pouvoirs publics d'organiser la concurrence et d'en limiter les excès. Il est dès lors logique que les prohibitions des ententes et des abus de position dominante, telles qu'inscrites dans le droit antérieur, aient été maintenues, de même que l'interdiction de certaines pratiques individuelles rebaptisées pratiques restrictives de concurrence et le contrôle des concentrations économiques. Fidélité qui n'empêche pas des innovations telles que celle qui entoure les pouvoirs (de décision, d'injonction, de sanction) accordés au Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, celle qui touche aux sanctions du droit de la concurrence de moins en moins pénales, de plus en plus civiles ou administratives ou encore celle qui impose un principe de transparence, notamment tarifaire ou encore celle qui introduit, dans notre législation, l'interdiction de l'abus de dépendance économique.

**12. Les réformes de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.** La suite est beaucoup plus délicate à résumer tant l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 a subi de modifications afin le plus souvent d'adapter la réglementation aux évolutions économiques mais également aux exigences du droit communautaire de la concurrence.

### *Pour aller plus loin*

Citons les textes postérieurs les plus importants : la loi n°96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (Loi « Galland ») qui revient sur les règles relatives à la transparence tarifaire (facturation, revente à perte, délais de paiement), sur les pratiques restrictives de concurrence (suppression du délit de refus de vente entre professionnels, insertion de nouvelles pratiques interdites) et à la marge sur les pratiques anticoncurrentielles (sanction des prix abusivement bas) ; la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques comprend une partie totalement dédiée à la régulation de la concurrence entendue comme visant à moraliser les pratiques commerciales et à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles : au titre des pratiques restrictives de concurrence et des règles de transparence tarifaire, la loi prévoit l'installation d'une Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), de nouvelles pratiques interdites, au titre des pratiques anticoncurrentielles, certaines sont précisées (comme l'abus de dépendance économique), des modifications sont apportées à la procédure devant le Conseil de la concurrence (les procédures de transaction et de clémence sont introduites) et le contrôle des concentrations est réorganisé ; la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a entrepris de réformer tous les pans du droit de la concurrence tels qu'inscrits dans le livre IV du Code de commerce : la mesure la plus spectaculaire étant le remplacement du Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence afin de répondre aux standards européens ; la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 qui relative à la consommation prévoit (dans le Code de la consommation) la possibilité, réservée aux associations agréées de consommateurs d'introduire une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles.

La liste des réformes apportées au droit de la concurrence est, plus que jamais ouverte : méritent d'y figurer côté droit antitrust, le tout nouveau règlement (UE) 2022/720 de la Commission concernant l'application de l'article 101, § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ainsi que l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 transposant la directive ECN+ (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.

Côté droit des pratiques commerciales déloyales, inscrivons notamment 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 et l'ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021 de transposition de la directive 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

### 3) Les sources du droit de la concurrence

**13. Variétés des sources.** Le droit de la concurrence puise à de nombreuses sources<sup>29</sup> internes et surtout communautaires, voire internationales.

#### a) Les sources internes

**14. Le Code de commerce.** La première des sources du droit français de la concurrence est indiscutablement le livre IV du Code de commerce dont les dispositions, réparties entre sept titres, forment un droit spécial. Pour important qu'il soit, cet ensemble de textes ne saurait suffire à une matière qui doit être régulièrement innervée par d'autres : le droit de la concurrence ne peut ainsi se passer ni du droit civil (droit des contrats et de la responsabilité civile), ni du droit de la consommation, ni du droit de la propriété intellectuelle, ni, malgré un effort de dépenalisation du droit pénal, du droit public (dans sa version économique) et encore moins du droit de l'Union européenne<sup>30</sup>.

**15. La jurisprudence judiciaire.** Celle-ci apporte un éclairage indispensable à une matière dont on a déjà souligné la dimension économique : les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris suite aux recours formés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence<sup>31</sup>, les pourvois portés ensuite devant la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>32</sup> sont autant de sources de compréhension concrète de concepts souvent compliqués comme ceux de « prix prédateur » ou d'infrastructures essentielles.

**16. Autres sources.** À côté de ces sources formelles, une place doit être faite à la doctrine notamment universitaire<sup>33</sup> ainsi qu'au *soft law*<sup>34</sup> (droit souple) composé de règles non étatiques diverses et variées dont la force contraignante est cependant discutée : ainsi en est-il des recommandations, des avis, des mises en garde ou des prises de position adoptés par l'Autorité de la concurrence. Que risquent les entreprises à ne pas les suivre ? Le Conseil d'État apporte une réponse dans sa décision n° 390023 du 21 mars 2016, *NC Numericable* : « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptée par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; (...) ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de

29. Dont, nous l'avons déjà évoqué, la science économique. V. Prieto C., « Source économique du droit de la concurrence : Quelle efficacité ? », *Contrats, conc. consom.*, juin 2020, n° 6, doss. 3.

30. Mainguy D. et Depincé M., *op. cit.*, n° 2.

31. Le rapport d'activité que publie annuellement l'Autorité de la concurrence comporte d'utiles enseignements sur ses orientations.

32. Arrêts (de la cour d'appel de Paris et de la chambre commerciale) et décisions de l'Autorité de la concurrence sont publiés au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (BOCCRF).

33. Frison-Roche M.-A. et Roda J.-Ch., *op. cit.*, n° 14 et 15.

34. Expression qui fait irrésistiblement penser à celle de flexible droit du Doyen Carbonnier.