

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 1 : Introduction

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : Le droit de la concurrence.....	p. 2
§ 1 : Fondements du droit de la concurrence.....	p. 2
A - La protection des concurrents.....	p. 2
B - La protection de la concurrence.....	p. 3
1. L'existence de la concurrence.....	p. 4
a) Monopole et pouvoir de marché.....	p. 4
b) Ouverture à la concurrence.....	p. 5
2. Le maintien de la concurrence.....	p. 6
§ 2 : Historique du droit de la concurrence.....	p. 7
Section 2 : Les sources du droit de la concurrence.....	p. 11
§ 1 : Les sources internes.....	p. 11
A - Les sources législatives et réglementaires.....	p. 11
B - La jurisprudence et la pratique.....	p. 11
§ 2 : Les sources européennes.....	p. 12
§ 3 : Les sources internationales.....	p. 13

La concurrence est une donnée inéluctable et même naturelle dans une économie de marché. Les opérateurs économiques se livrent nécessairement à une bataille visant à la conquête et à la conservation d'une clientèle ou d'une part de marché. Néanmoins, dans cette lutte économique, tous les coups ne sont pas permis. Le droit de la concurrence, dans son acception la plus large, impose des règles bridant la liberté économique des acteurs.

Section 1 : Le droit de la concurrence

La liberté de commerce et d'industrie puise ses origines dans la philosophie des lumières et le mouvement libéral qui s'en est suivi. Elle ne fut consacrée textuellement qu'à la période révolutionnaire. En effet, la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 interdit les corporations au sein desquelles toute idée de concurrence était bannie tandis que quelques jours auparavant, les 2-17 mars 1791, était voté le Décret d'Allarde proclamant en son article 7 la liberté du commerce et de l'industrie :

« A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle jugera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. »

Cette dernière et la liberté de concurrence sont étroitement liées, la seconde étant traditionnellement présentée comme l'une des déclinaisons de la première.

En savoir plus : Un peu d'histoire...

V. Y. Gaudemet, « Droit de la concurrence : une autre introduction » : in *Le Code de commerce 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 397. L'auteur développe une approche critique de l'idée traditionnellement admise d'une proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie – qu'il assimile à la liberté de concurrencer – dans les textes révolutionnaires.

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

L'époque révolutionnaire se voulait libérale et non libertaire. Aussi, aucune des libertés proclamées n'a été envisagée de façon absolue : la liberté de commerce et d'industrie devait être exercée dans le cadre des « règlements de police » et « la liberté de se porter concurrent est au moins limitée, encadrée, par une réglementation de l'accès à la profession et de l'exercice de celle-ci » (A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. coordonnée par Ph. Jaudel, Livres I et II, Livres III et IV, Livre V, éd. Economica 2000, 2002, 2005).

§ 1 : Fondements du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence privilégie deux axes qui s'entremêlent : la protection des concurrents (A) et la protection du marché (B). La poursuite de ses objectifs est guidée par des principes fondateurs que sont la loyauté et la concurrence par les mérites.

A - La protection des concurrents

Tout le XIX^{ème} siècle est profondément marqué par des valeurs individualistes et moralisatrices. L'organisation sociale est centrée sur l'homme et sur sa liberté qui assoie corrélativement le principe de responsabilité morale de l'homme. Le libre jeu des volontés ne peut que réaliser la justice et assurer l'équilibre économique et la

prospérité générale : la recherche de son intérêt personnel par le cocontractant va dans le sens de l'intérêt général car celui-ci est la somme des intérêts particuliers.

A la fin du XIX^{ème} siècle et tout au long du XX^{ème} siècle, naîtra une réaction contre cette philosophie qui démontrera l'artifice de la construction. La poursuite par l'homme de son intérêt propre ne va pas forcément dans le sens de l'intérêt général. Appliqué à la matière commerciale, ce constat conduira le juge à dégager en premier lieu la théorie de la concurrence déloyale en se fondant sur la responsabilité civile délictuelle. La liberté de la concurrence promue quelques décennies auparavant n'implique pas que les concurrents puissent utiliser n'importe quel moyen de conquête de la clientèle.

De son côté le législateur tentera à de nombreuses reprises au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle jusqu'à aujourd'hui, de préserver les concurrents, et plus généralement les partenaires économiques, contre tout abus contractuel. Cette approche puise en particulier sa source dans l'analyse économique du droit développée par Richard Posner à partir des années 60 (*Economic analysis of Law*, 1972). Le contrat doit permettre à chacun des contractants d'augmenter ses richesses ou son bien être sans attenter à ceux de son partenaire. Le droit français des pratiques restrictives et les règles relatives à la transparence, englobés dans la vision large du droit de la concurrence, sont empreints de cette philosophie. Les articles [L. 440-1 et suivants](#) du Code de commerce cherchent ainsi à maintenir, autant que faire se peut, un équilibre des relations entre opérateurs.

B - La protection de la concurrence

Le droit moderne de la concurrence, c'est-à-dire le droit antitrust pour reprendre la terminologie américaine, ne protège pas tant les concurrents que la concurrence.

L'Europe s'est assigné comme objectif, depuis le Traité de Rome de 1957, d'assurer une économie de marché, seule garante du bien-être social et économique des citoyens, des consommateurs, des travailleurs ... La concurrence est apparue comme le meilleur moyen d'atteindre cet objectif. L'article 3 g) du Traité assignait ainsi à la CEE la mission d'établir « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* ». La concurrence est donc perçue comme un moyen d'accéder à l'objectif supérieur d'économie de marché et de réalisation du marché intérieur, et n'est pas une fin en soi. On oppose ainsi traditionnellement le droit interne et européen au droit antitrust américain, même si, nous le verrons, les deux ensembles ont des points de convergences.

En savoir plus : Le mot de l'expert...

« D'emblée, j'aimerais vous dire que la concurrence n'est pas un but en soi, ni pour la Commission, ni pour les Autorités nationales de concurrence. Elle est un atout essentiel pour garder une économie florissante et c'est pour cette raison qu'elle doit accompagner toute politique économique et industrielle moderne et toute stratégie de sortie de crise » (A. Italianer, *Défis de la politique de concurrence*, Discours du 14 février 2012, Paris, Cercle des européens).

Le même esprit a guidé les rédacteurs du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui a remplacé le Traité instituant la CE. L'article 3 est réécrit dans le TFUE. Ne figure plus aussi explicitement la concurrence mais on la retrouve néanmoins dans le Protocole sur le marché intérieur et la concurrence : « *Le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée.* »

Assurer la libre concurrence ne figure plus dans les missions explicites imparties à l'Union mais est présentée comme un « simple outil », ce que révèle d'ailleurs la rédaction de l'article 2 : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.* » L'économie sociale de marché qui tend au plein emploi... doit être « *hautement compétitive* ». En d'autres termes, la concurrence permet toujours d'accéder à ces objectifs.

Partant, le droit de la concurrence tend à garantir à la fois l'existence (1) et le maintien de la concurrence sur le marché (2). Dans un souci de pragmatisme, les comportements qui ne portent qu'une faible atteinte au jeu de la concurrence ne sont pas sanctionnés, sauf exceptions. Le droit fixe ainsi des seuils de sensibilité (Entente – aide d'Etat).

1. L'existence de la concurrence

a) Monopole et pouvoir de marché

Les monopoles et pouvoirs de marché peuvent receler une inefficacité économique. En effet, lorsqu'une entreprise est seule sur le marché ou en nette position dominante, il en résulte le plus souvent une hausse des prix, une augmentation de son surplus et une baisse du surplus des consommateurs, c'est-à-dire le gain réalisé par les consommateurs qui étaient prêts, compte tenu de leurs goûts, de leur capacité financière, à payer plus que le prix constaté sur le marché : c'est un gain de pouvoir d'achat.

Exemple

Ex : vous êtes prêt à acheter 15 euros un produit qui est vendu 10 : le surplus est de 5.

En savoir plus : Pour plus de détails

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

Comme le font remarquer des auteurs, ce qui est gênant est certes ce transfert de surplus du consommateur vers l'entreprise délinquante, mais surtout « *la perte sèche en bien-être, une partie des surplus n'étant pas récupérée par la firme et se trouvant donc perdue pour la société dans son ensemble* » (L. Donnedieu de Vabre-Tranie et Ch. Montet, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *Contrats, concurrence, consom.* 2006, chron. 22).

Le droit de la concurrence va donc vérifier ex post le comportement de ces opérateurs dominants (abus de position dominante) et contrôler ex ante la constitution de ces positions (concentration économique).

Remarque

Le secteur du numérique fait actuellement l'objet de toute l'attention des autorités de concurrence (V. [ADLC, Rapport pour 2019](#), p. 17). Parallèlement aux règles de concurrence, l'Union européenne s'est dotée d'un nouveau texte, le *Digital Market Act* ou DMA - interdisant ex ante un certain nombre de comportements imputables à ce que le texte appelle les *Gatekeepers* ou contrôleurs d'accès (Les GAFA notamment), comportements qui peuvent aussi être qualifiés le cas échéant d'abus de position dominante (Règlement n° [2022/1925](#) du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 - règlement sur les marchés numériques, DMA).

Il faut savoir que le pouvoir de marché n'est pas forcément néfaste. Au contraire, il peut bénéficier aux consommateurs en étant propice à l'innovation.

Dès lors, une entreprise en position dominante ne sera pas inquiétée tant qu'elle se livre à une « *concurrence par les mérites* ». En raison de son pouvoir de marché, elle a une « *responsabilité particulière* » limitant en fait ses moyens de concurrence (pour une analyse critique, V. M. Glais, « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de "dominantes" dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », *RTD com.* 2015, p. 649). Seul l'exercice d'une concurrence par les mérites, notion non définie, est légitime. Elle peut ainsi « *améliorer la qualité de ses produits ou de ses services ; offrir de nouveaux produits ou services ou, en d'autres termes, innover ; intensifier ses efforts de promotion ; développer des services accompagnant*

la vente ou des services après-vente » (Bo Vesterdof, Considérations sur la notion de « concurrence par les mérites », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 163. V. aussi, P. Rey, Concurrence par les mérites, in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 151. – B. E. Hawk, « A propos de la "concurrences par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences* n° 3/2005, p. 33). Cependant, la notion de concurrence par les mérites ne fait l'objet d'aucune définition précise, ce qui peut être perçu comme source d'insécurité juridique par les entreprises dominantes. D'autant plus que, l'entreprise dominante supportant une « *responsabilité particulière* », même l'exercice d'une concurrence par les mérites peut être qualifié d'abusif parce que préjudiciable *in fine* aux consommateurs. Les relations qu'entretiennent le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle illustrent parfaitement l'embarras des autorités lorsqu'elles doivent déclarer un comportement *a priori* légitime d'abusif.

b) Ouverture à la concurrence

Une concurrence effective commande que les opérateurs puissent accéder au marché. Or, plusieurs facteurs peuvent fermer celui-ci.

Certains secteurs font tout d'abord l'objet d'un monopole institué par l'Etat. Certains présentent un caractère économique et concurrentiel, ce qui a conduit les pouvoirs publics, sous l'impulsion européenne, à libéralisé ces secteurs. Ainsi en va-t-il des transports, des télécommunications, de la poste ou encore des jeux et paris en ligne. Cette ouverture à la concurrence peut toutefois connaître des aménagements en raison du caractère de service d'intérêt économique général dont se parent certaines entreprises en cause.

En savoir plus : Exemple : l'ouverture des jeux en ligne à la concurrence

En 2006, la France, parallèlement à d'autres Etats membres, a fait l'objet d'une enquête de la Commission européenne au sujet de sa réglementation sur les jeux et paris sportifs à distance réservés à la FDJ et au PMU. L'autorité a posé plusieurs questions concernant toute une série de restrictions imposées aux prestataires de paris sportifs à distance qui ont leur licence et sont établis dans d'autres Etats membres. En particulier, la Commission s'interrogeait sur la proportionnalité du refus adressé aux opérateurs d'accéder au marché français des paris sportifs et des paris sur les courses de chevaux pour des motifs tels que la protection des consommateurs contre la dépendance au jeu, alors que le marché français des paris sportifs continue de s'étendre et offre davantage de possibilités et d'occasions de parier aux consommateurs. Par la suite, la Commission a rendu un avis motivé dans lequel elle estime incompatible avec le droit communautaire le fait que la loi française interdit à tout opérateur de « *prouver que les contrôles auxquels il est astreint dans son Etat d'établissement garantissent une protection équivalente à celle exigée par les autorités nationales* ». Dans le même sens, l'adéquation entre d'un côté la promotion des activités sous monopole et d'un autre côté, la canalisation du jeu pourrait être jugée incohérente. Comme le soulignait le sénateur Trucy dans son rapport de 2006, « *il devra être démontré, d'une part, que les efforts de promotion de l'offre des monopoles étaient compatibles, avec une politique de canalisation du jeu, (...) d'autre part, que les restrictions apportées à la concurrence étaient justifiées* » (F. Trucy, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'évolution des jeux de hasard et d'argent*, 2006, p. 219).

Dans ces conditions, les pouvoirs publics ont du s'interroger sur le point de savoir s'il fallait maintenir l'interdiction et les monopoles en place ou bien ouvrir le secteur des jeux et paris en ligne à la concurrence, notamment étrangère. C'est dans cette atmosphère de suspicion du droit communautaire que le gouvernement déposa sur le bureau de l'Assemblée nationale le 25 mars 2009 un projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. La loi aurait dû être votée et promulguée de façon à entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2010. Finalement, la loi ne fut promulguée que le 12 mai 2010, juste avant que ne débutent la coupe du monde de football et son cortège de paris. Le pouvoir réglementaire fut tout aussi rapide pour publier les décrets et arrêté d'application (Décret n° 2010-495 du 14 mai 2010 relatif à la procédure de sanction applicable aux opérateurs agréés de jeux ou de paris en ligne : JO 15 mai 2010, p. 9052 ; Décret n° 2010-498 du 17 mai 2010 relatif à la définition des courses hippiques supports des paris en ligne et aux principes généraux du pari mutuel : JO 18 mai 2010, p. 9165 ; Décret n° 2010-509 du 18 mai 2010 relatif aux obligations imposées aux opérateurs agréés de jeux ou de paris en ligne en vue du contrôle des données de jeux par l'Autorité de régulation des jeux en ligne : JO 19 mai 2010 et Arrêté du 17

mai 2010 portant approbation du cahier des charges applicable aux opérateurs de jeux en ligne : JO du 18 mai 2010). Le législateur expose sa volonté de procéder à une ouverture de certains secteurs de jeux et paris en ligne qui est néanmoins contrôlée pour répondre à trois objectifs : la protection des joueurs et des populations vulnérables, la sécurité des opérations de jeux et la lutte contre la fraude et le blanchiment d'argent. Poursuivant son objectif de libéralisation et de contrôle du secteur, la Commission européenne a publié le 23 octobre 2012 une Communication "Vers un cadre européen global pour les jeux de hasard en ligne".

Le droit de la concurrence s'intéresse ensuite aux barrières à l'entrée du marché. Pour l'OCDE « *une barrière à l'entrée est tout élément structurel ou stratégique qui, seul ou en combinaison avec d'autres, affaiblit ou tend à affaiblir de manière persistante la contestabilité d'un marché ou d'un secteur donné* » (OCDE, Les barrières à l'entrée, 6 mars 2006, DAF/COMP(2005)42). Elles peuvent être d'ordre naturel ou structurel (économies d'échelle, réglementations, ...) ou bien de nature comportementale comme les stratégies de fidélisation d'une entreprise (cf. leçon 8).

En savoir plus : Professions réglementées

Sur les professions réglementées ([la page dédiée](#)):

- ADLC, Avis n° [15-A-02](#) du 9 janvier 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées.
- Loi n° [2015-990](#) du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
- L. Arcelin, « Vers un renforcement de la concurrence ? (Transport - Professions réglementées) », AJCA oct. 2015, p. 400.
- ADLC, Avis n° [16-A-03](#) du 29 janvier 2016 et [16-A-06](#) du 22 février 2016 concernant le projet de décret relatif aux tarifs de certains professionnels du droit et au fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice prévu par l'article 50 de la loi du 6 août 2015.
- ADLC, Avis n° [16-A-25](#) du 20 décembre 2016 relatif à la liberté d'installation des huissiers de justice et à une proposition de carte des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices d'huissiers de justice.
- ADLC, Avis n° [16-A-26](#) du 20 décembre 2016 relatif à la liberté d'installation des commissaires-priseurs judiciaires et à une proposition de carte des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices de commissaires-priseurs judiciaires.
- Déc. n° [19-D-13](#) du 24 juin 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des huissiers de justice.
- Déc. n° [19-D-12](#) du 24 juin 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par des notaires dans le secteur de la négociation immobilière.
- ADLC, Avis n° [19-A-16](#) du 2 décembre 2019 relative à la liberté d'installation des huissiers de justice et à une proposition de carte révisée des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices d'huissiers de justice.
- ADLC, Avis n° [19-A-17](#) du 2 décembre 2019 relative à la liberté d'installation des commissaires-priseurs judiciaires et à une proposition de carte révisée des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices de commissaires-priseurs judiciaires.
- ADLC, Avis n° [21-A-04](#) du 28 avril 2021 relatif à la liberté d'installation des notaires et à une proposition de carte révisée des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices notariaux.
- ADLC, Avis n° [23-A-10](#) du 7 juillet 2023 relatif à la liberté d'installation des notaires et à une proposition de carte révisée des zones d'implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices notariaux.

2. Le maintien de la concurrence

Sur les marchés concurrentiels ou marchés atomisés, il ne s'agit plus d'assurer l'existence mais le maintien de la concurrence. Le droit de la concurrence se tourne aussi bien du côté des opérateurs privés que des acteurs publics.

D'une part, il s'agit de veiller à ce que les entreprises concurrentes ne s'entendent pas (ententes anticoncurrentielles) pour gommer toute concurrence effective entre elles. De la même façon, les pratiques d'une entreprise dominante cherchant à évincer ses concurrents seront sanctionnées (abus de position dominante) tout comme les mesures de concentration aboutissant à créer ou renforcer une telle position dominante seront surveillées.

D'autre part, les mesures étatiques sont contrôlées dans la mesure où certaines d'entre elles peuvent fausser le jeu de la concurrence. Le meilleur exemple concerne les aides d'Etat qui sont en principe prohibées par le droit européen. Est également visé l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs à des entreprises.

§ 2 : Historique du droit de la concurrence

Les Etats-Unis sont les premiers à avoir stigmatisé les monopoles (F. Souty, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 2945, 1995. – E. Combe, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005). Dans les années 1870/1880, de véritables « géants » industriels ont fait leur apparition sur le territoire américain dans des domaines variés :

Exemple

pétrole avec la *Standard Oil* de John D. Rockefeller, sidérurgie, chemins de fer.

Parallèlement, on prend conscience que ces trusts peuvent soulever de nouveaux problèmes en termes de bien-être social. On suspecte, on diabolise même, ces grandes coalitions qui affectent la vie des travailleurs et citoyens (on ne parle pas encore de consommateurs). Est alors voté le *Sherman Act* le 2 juillet 1890 dont, schématiquement, la section 1 prohibe les ententes restreignant le commerce et dont la section 2 interdit les abus de monopolisation (droit antitrust).

La première application du *Sherman Act* qui fera vraiment date concerne la *Standard Oil*. Déjà une enquête avait débuté en 1888 et en 1906, le gouvernement fédéral ouvre une action judiciaire à l'encontre du groupe. Finalement, en 1911, la *Standard Oil* est condamnée pour abus de position dominante et le juge ordonne le démantèlement (sanction envisagée dans le DMA) du groupe en 33 entreprises indépendantes.

Exemple

Naîtront ainsi Exxon, Mobil, Chevron, Esso.

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

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

La construction européenne avait pour objectif initial le rapprochement des peuples et la préservation de la paix.

En savoir plus : Déclaration de Robert Schuman

V. le célèbre discours de Robert Schuman du 9 mai 1950 [en cliquant ici](#).

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

L'Union économique fut d'abord limitée au domaine du charbon et de l'acier. Le Traité de Paris du 18 avril 1951 créa en effet la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). On mettait ainsi en place une organisation des industries lourdes fondée sur l'entente franco-allemande. Le but était de contrôler et de limiter ce qui avait été la politique allemande pendant des décennies : la clémence et même sous le III^{ème} Reich, l'encouragement à constituer des cartels. A l'époque, le droit allemand nourrissait depuis des décennies un sentiment favorable aux cartels. Jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale, il avait sa lecture propre du principe de liberté du commerce et de l'industrie (v. M. Glais, Crises sectorielles et ententes défensives, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle*. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 335). Tandis que les pays anglo-saxons en faisaient découler un principe de non immixtion de l'Etat dans les affaires privées associé à une règle de libre exercice de la concurrence prohibant toute concertation entre entreprises, le droit allemand ne l'assimilait qu'au premier principe. La concurrence entre entreprises était ainsi supposée avoir des effets néfastes puisqu'elle pouvait conduire à la faillite des entrepreneurs provoquée par une baisse anormale des prix (R. Bouscant, *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République fédérale d'Allemagne*, préf. M. Fromont, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 6 et suiv.). En découlait alors un important phénomène de cartellisation dont le rôle bénéfique sur les secteurs en difficulté pendant la crise des années trente était au contraire mis en exergue, les cartels sauvant à la fois production et emplois. Sous le III^{ème} Reich, cette conception avait permis la création de grands groupes, de Konzern de rationalisation dans des secteurs vitaux pour l'économie de guerre : le charbon et l'acier. Après la seconde guerre mondiale, on ne veut plus de ces cartels et se produit alors un mouvement inverse, un phénomène de décartellisation imposé par les américains dans la zone qu'ils occupent (Une influence similaire se manifestera au Japon avec en avr. 1947, la promulgation de l'*Anti-monopoly Act* et la création de la *Japan Fair Trade Commission*). Il s'agit d'éviter qu'un groupe détienne le monopole sur un marché, qu'il impose sa politique et ses prix ou bien que ce pouvoir soit détenu par plusieurs entreprises s'entendant entre elles.

C'est aussi ce que s'est assigné le Traité de Paris lorsqu'il a créé la CECA et pour le domaine particulier mais essentiel à l'époque, le charbon et l'acier. Aujourd'hui, ce secteur n'est plus aussi important ; les rédacteurs du traité en avaient sans doute conscience, puisqu'ils avaient prévu une durée de vie limitée de ce traité : 50 ans. Depuis le 23 juillet 2002, ce sont donc les règles de droit commun de la concurrence qui s'appliquent (Comm. CE, Communication sur certains aspects du traitement des affaires de concurrence résultant de l'expiration du traité CECA, JOCE n° C 152, 26 juin 2002 ; Europe 2002, comm. n° 290, obs. L. Idot).

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

Du côté français, les premières fondations du droit moderne de la concurrence ont été posées par l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et à la répression des infractions à la législation économique. Certes, l'article 419 du Code pénal, réformé par une loi du 3 décembre 1926 (L. Mazeaud, Commentaire de la loi du 3 décembre 1926, D.P. 1927, 4, p. 145), réprimait déjà les coalitions économiques :

« Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus. »

On sait bien cependant que ce texte a tout de suite sombré dans les limbes poussiéreux des textes inusités. Il fut oublié par le législateur qui ne s'intéressa qu'aux coalitions touchant le droit du travail (V. Rapport sur les coalitions fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi portant modification des articles 414, 415 et 416 du Code pénal (coalitions) par M. Emile Ollivier, Député au Corps Législatif, 1864) et négligé par le juge dont l'analyse économique commandée pour l'application du texte se révélait absconse.

Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale et sous l'influence du droit communautaire qui se construisait, que le droit français s'est doté d'un arsenal juridique plus moderne pour lutter contre les coalitions et ententes défavorables à ce nouveau personnage central : le consommateur. Tenant compte des écueils de l'article 419 du Code pénal, les rédacteurs des textes d'après guerre, et en particulier du décret du 9 août 1953 intégré à l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sur les prix qui prohiba les mauvaises ententes tout en validant les ententes réglementaires et celles contribuant au progrès économique, ont confié le contrôle des ententes à une institution administrative : la Commission technique des ententes (V. Leçon 7). Dix ans plus tard, ce fut au tour de l'abus de position dominante d'être sanctionné (Loi n° 63-628 rectificative pour 1963). La loi du 19 juillet 1977 institua ensuite le contrôle de la concentration économique. Après maintes modifications de l'ordonnance de 1945, une nouvelle ordonnance, dite Ordonnance Balladur, relative à la liberté des prix et de la concurrence, fût promulguée le 1^{er} décembre 1986, abrogeant celles de 1945 et consacrant le passage de l'économie française « du dirigisme à la régulation, de l'Etat interventionniste à l'Etat arbitre » (Ch. Babusiaux, *Concurrence : vers un espace européen : Enjeux*, Les Echos, juin 1998, p. 129). Le texte, désormais intégré dans le Code de commerce (articles [L. 410-1 et suivants](#) du Code de commerce) et modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles réglementations économiques (NRE), conférait à un nouvel organe, le Conseil de la concurrence, la mission de veiller au respect des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes illicites et abus de domination. La [loi de Modernisation de l'Economie \(LME\) du 4 août 2008](#) (art. 95 et suiv.) a substitué au Conseil de la concurrence l'Autorité de la concurrence (ADLC).

En savoir plus : Conseils de lecture

V. A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2021.

Sur l'ADLC :

- L. Idot, « Interview », *Concurrences* n° 2/2008 ;
- C. Vilmar et E. Leguin, « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », *JCP E* 2008, 1997 ;
- D. Ferrier et K. Biancone, « L'Autorité de la concurrence (après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 nov. 2008) », *D.* 2009, p. 1031 ;
- Ch. Vilmar, « Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », *JCP E* 2009, I, 1077 ;
- V. Sélinsky, « L'autorité de concurrence « unique » : une réforme à parfaire », *RLC* n° 17/2008, p. 202 ;
- R. Poesy, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA* 2009, p. 347.
- J.-L. Fourgoux, « L'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron ? », *AJCA* oct. 2015, p. 404

Parallèlement, le droit relatif à la transparence et aux pratiques restrictives (qualifié parfois de « petit » droit de la concurrence par rapport au « grand droit de la concurrence » consacré aux pratiques anticoncurrentielles et aux concentrations économiques) évoluait tout autant. L'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963 vint interdire, sous peine d'amende, le fait pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Cette interdiction de la revente à perte fut maintenue dans l'ordonnance de 1986 mais les modalités de calcul du seuil de revente à perte ont été corrigées régulièrement par les pouvoirs publics (Loi Galland, 1^{er} juillet 1996 - loi du 2 août 2005 en faveur des PME - loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs). L'exigence de transparence des relations entre fournisseurs et distributeurs et la lutte contre les pratiques restrictives ont été constantes depuis les années 60 mais ont donné lieu à de nombreuses réformes (outre les précédentes lois, V. aussi Loi n° [2001-420](#) du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations économiques NRE – Loi n° [2008-776](#) du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie LME - Loi n° [2014-344](#) du 17 mars 2014 relative à la consommation - Loi n° [2018-938](#) du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite Loi Egalim 1 - Ordonnance n° [2019-359](#) du 24 avril 2019 - Loi n° [2020-1508](#) du 3 décembre 2020 - Ordonnance n° [2021-859](#) du 30 juin 2021 - Loi n° [2021-1357](#) du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, dite Loi Egalim 2 - Loi n° [2023-221](#) du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, dite Loi Egalim 3) montrant par là même la quasi-illusion de l'objectif. Si cette partie de la discipline est à première vue plus accès sur la protection des opérateurs, on note un rapprochement très net

entre ce « petit » droit de la concurrence et le « grand » droit de la concurrence à la fois dans les outils de lutte et dans les notions.

Concernant les outils, les relations Commerce – Industrie ou Distributeur – Fournisseur sont envisagées par leur propre commission : La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales ([CEPC](#)). Certes, il ne s'agit pas d'une Autorité administrative comme l'ADLC, mais la CEPC dispose sans aucun doute d'une autorité morale et ses avis peuvent servir de guide aux parties comme au juge. Régulièrement, des associations savantes proposent de renforcer ses pouvoirs (Association Française d'Etude de la Concurrence - AFEC, Club des Juristes). Par ailleurs, l'article [L. 442-4 I](#) du Code de commerce permet au ministre de l'Economie de saisir le juge et demander la cessation des pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile ne pouvant excéder 5 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. Il peut aussi réclamer des dommages et intérêts pour les préjudices subis. Or, pour la Cour de cassation, cette action « *est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence...* » (Cass. com., 8 juill. 2008 (2 arrêts) : *D.* 2009, p. 1441 ; *JCP E* 2008, 2143, note A. Ballot-Léna. – 5 mai 2009, n° [08-15264](#)). Concernant les notions, celle, emblématique du droit des pratiques anticoncurrentielles, à savoir « *l'entreprise, a été importée en droit des pratiques restrictives, ce qui renforce l'idée d'un rapprochement des deux branches* » (Cass. com., 21 janv. 2014. V. L. Arcelin, « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », *JCP E* 2014, 1124. - L. Arcelin, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.* 3/2018, p. 575).

Section 2 : Les sources du droit de la concurrence

§ 1 : Les sources internes

A - Les sources législatives et réglementaires

Les règles matérielles de prohibition et de contrôle des pratiques et structures figurent dans le Code de commerce pour la partie législative, aux articles [L. 410-1 et suivants](#), ce premier texte précisant le champ d'application du droit de la concurrence, et pour la partie réglementaire, aux articles [R. 420-1 et suivants](#). Les principes de procédure (enquêtes – organisation et pouvoirs de l'ADLC) sont également posés dans le Code de commerce aux articles [L. 450-1 et suivants](#) et [R. 450-1 et suivants](#).

Les règles régissant les relations entre partenaires économiques sont quant à elles envisagées aux articles [L. 440-1 et suivants](#) et [R. 440-1 et suivants](#) du Code de commerce.

La concurrence déloyale est quant à elle, appréhendée sous le prisme de la responsabilité civile délictuelle (art. [1240](#) et [1241](#) du Code civil).

B - La jurisprudence et la pratique

Les décisions et avis de l'Autorité de la concurrence sont publiés sur son [site](#). Comme le juge en *common law*, l'Autorité tend au fil de ses décisions à asseoir sa jurisprudence en fondant sa démonstration sur ses décisions antérieures. De même, les décisions de transaction de l'administration locale fondées sur les articles [L. 464-9](#) et [R. 464-9-1 à R. 464-9-3](#) du Code de commerce (**DIRECCTE : Direction régionale de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi**) sont en partie publiées sur le [site de la DGCCRF](#). Ainsi pour 2015, 12 décisions ont-elles été publiées.

Le juge de son côté joue un rôle non négligeable :

- D'un côté, la Cour d'appel de Paris, agissant sur recours contre les décisions de l'ADLC, dispose d'une compétence de pleine juridiction permettant de contrôler la jurisprudence de l'ADLC tout comme in fine la Chambre commerciale de la Cour de cassation.
- D'un autre côté, le juge de droit commun (civil et pénal) et a fortiori le juge spécialisé dans le contentieux fondé sur l'article [L. 442-6](#) du Code de commerce, occupent la place centrale dans les litiges entre fournisseurs et distributeurs. Fort utilement, la DGCCRF publie chaque année un bilan de ces décisions.

Parallèlement, et à l'instar du droit européen, l'Autorité de la concurrence publie des lignes directrices (Lignes directrices du 23 juillet 2020 relatives au contrôle des concentrations), des communiqués de procédure (Communiqué du 30 juillet 2021 sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence. Communiqué de procédure du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité. Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction) ou encore des documents-cadre (document cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence). Elle se livre aussi parfois à des études qui peuvent augurer une auto-saisine dans le secteur (v. ADLC et Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016. ADLC, déc. [16-SOA-02](#), 23 mai 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne. ADLC, Avis n° [18-A-03](#) du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet). On doit malgré tout rappeler que le Communiqué de procédure ou le document-cadre, tout comme les lignes directrices européennes, n'ont pas de force obligatoire et que ces textes n'engagent pas « *outré mesure* » les autorités.

Exemple

Le point 7 du Communiqué de 2011 (remplacé par celui du 30 juillet 2021) sur le calcul des sanctions, par exemple, pose certes que ce dernier est opposable à l'ADLC, mais « *sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné* » (Cass. com., 18 octobre 2016, n° [15-10384](#)).

L'Autorité française s'est donc laissée une marge d'appréciation dans la fixation des amendes afin d'adapter le cas échéant le niveau des amendes aux besoins de sa politique.

La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), quant à elle, n'a qu'un pouvoir de recommandation. En aucun cas ses décisions n'engagent les parties ou ne lient le juge. Toutefois, à partir des éléments qu'elle recueille, elle peut définir et promouvoir les bons usages commerciaux et peut conduire à l'élaboration de Codes de bonne conduite.

§ 2 : Les sources européennes

Le TFUE contient les règles principales relatives aux pratiques des entreprises et des Etats. Les articles 101 et 102 prohibent les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante tandis que les articles 106 et 107 s'intéressent respectivement aux droits exclusifs et spéciaux conférés par l'autorité publique et aux Aides d'Etat. Une grande partie du droit de la concurrence ne figure cependant pas dans ce texte fondateur mais est à rechercher dans le droit dérivé.

Celui-ci (Règlement, directive, décision, acte unilatéral...) n'a cessé d'évoluer.

Exemple

Il en va ainsi, par exemple, des règles en matière de concentrations économiques. Le traitement de ces opérations n'avait pas été prévu dans le traité de Rome. Les autorités communautaires s'en remettaient alors aux dispositions relatives aux ententes et aux abus de position dominante sans que cela n'emporte la conviction. Après de nombreux débats opposant la France et l'Allemagne, un compromis a été trouvé et a donné lieu au Règlement n° 4064/89 du 31 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, modifié plusieurs fois et finalement abrogé par le Règlement n° 139/2004/CE du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, en cours de révision.

Dans le même sens, la Commission européenne a édicté toute une série de règlements fixant des exemptions par catégories d'accords. Elle avait ainsi élaboré un règlement d'exemption pour les accords de distribution exclusive (Rgl. CEE n° [1983/83](#), 22 juin 1983), un autre pour les accords d'achat exclusif (Rgl. CEE n° [1984/83](#), 22 juin 1983), un autre pour les accords de distribution et de service vente et après-vente de véhicules automobiles (Rgl. CEE n° [123/85](#), 12 décembre 1984 ; remplacé par Rgl. CEE n° [1475/95](#), 28 juin 1995 ; remplacé par Rgl. CEE n° [1400/2002](#), 31 juillet 2002 puis par le Règlement n° [463/2010/UE](#) du 27 mai 2010 mettant en place un régime transitoire avant d'appliquer le Règlement général au secteur automobile) et un autre pour les accords de franchise (Rgl. n° [4087/88/CEE](#), 30 novembre 1988). Depuis, un Règlement général est venu se substituer aux règlements précités et fixe un cadre applicable à tous les accords de distribution (sauf la distribution automobile). Il s'agit du Règlement n° [2790/1999/CE](#) du 22 décembre 1999 relatif aux accords verticaux, remplacé par le Règlement UE n° [330/2010](#) du 20 avril 2010 puis par le Règlement n° [2022/720](#) du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

La pratique des autorités est sans conteste une source importante du droit européen. A ce titre, il faut rappeler que la Commission européenne, et plus particulièrement sa Direction Générale IV (DG IV) ou DG Concurrence est l'un des organes principaux de la politique de concurrence. Outre les décisions qu'elle rend, la Commission européenne publie des lignes directrices précisant les principes qu'elle entend suivre dans une situation donnée et donnant ainsi aux parties un gage de prévisibilité juridique. Par exemple, lorsque l'Etat aide une entreprise en difficulté, normalement cette aide doit faire l'objet d'un examen approfondi de la Commission. Cette dernière a publié alors des lignes directrices pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté en 1999 puis en 2004 remplacées par celles du 9 juillet 2014, donnant sa position

sur la question, comme par exemple, ce qu'elle entend par entreprise en difficulté, la forme que doit prendre l'aide et le but qu'elle doit suivre pour être valide... On pourrait encore citer les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes infligées dans le cadre du règlement n° 1/2003. Ces textes de *soft Law* ou de droit mou sont très importants en pratique et assurent une certaine souplesse requise par l'analyse économique. Mais, dépourvus de caractère normatif ou du moins très imparfait, ces textes peuvent heurter le principe de sécurité juridique. Néanmoins, le juge les dote d'une certaine valeur normative en considérant qu'ils lient au moins les autorités dont ils émanent (CJCE, 28 juin 2005, aff. [C-189/02 P](#), Dansk Rorindustri). Enfin, toujours dans cet esprit de collaboration, avant toute réforme, la Commission invite les Etats membres à lui adresser des observations, comme ce fût le cas pour l'introduction de la procédure de transaction.

Se sont succédés les commissaires chargés de la concurrence suivants :

	Nationalité	Mandat
Hans von des Groeben	Allemagne de l'Ouest	1958-1967
Maan Sassen	Pays-Bas	1967-1971
Albert Borschette	Luxembourg	1971-1976
Raymond Vouel	Luxembourg	1976-1981
Frans Andriessen	Pays-Bas	1981-1985
Peter Sutherland	Irlande	1985-1989
Leon Brittan	Royaume-Uni	1989-1993
Karel Van Miert	Belgique	1993-1994 et 1995-1999
Mario Monti	Italie	1999-2004
Neelie Kroes	Pays-Bas	2004-2010
Joaquin Almunia	Espagne	2010-2014
Margrethe Vestager	Danemark	2014-2019 et 2019-2024
Teresa Ribeiro	Espagne	2024-

Les décisions de la Commission européennes peuvent faire l'objet de recours devant le Tribunal de l'Union européenne (le Tribunal) – auparavant dénommé Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) – et devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – anciennement Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Souvent, la CJUE apporte des précisions, harmonise des solutions ou des définitions.

Exemple

Celle de la notion d'entreprise en est un exemple majeur. La CJCE/CJUE y est allée par tâtonnements et a fini par cerner les contours de cette notion en 1991 (CJCE, 23 avr. 1991, aff. [C-41/90](#), Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979) et s'en tient aujourd'hui à cette définition.

§ 3 : Les sources internationales

Aujourd'hui, l'ensemble des Etats européens s'est doté d'un droit de la concurrence. A travers le monde, c'est presque une centaine de pays qui dispose d'un tel corps de règles (V. les chroniques de François Souty sur les politiques internationales de concurrence dans chaque numéro de la revue *Concurrences*). Une concurrence, des conflits apparaissent alors nécessairement. Cela est le fruit du principe de l'effet, reconnu quasi universellement : à partir du moment où un comportement litigieux produit des effets dans un Etat, son droit national de la concurrence devient applicable. Comme les actes d'une société multinationale peuvent avoir des effets partout dans le monde, on en vient à une application simultanée des droits de la concurrence des pays concernés et les solutions ne sont pas toujours identiques et conciliables. Quelques exemples en témoignent :

Exemple

- **Affaire Boeing et McDonnell Douglas** : un projet de fusion de ces deux constructeurs d'avions avait été autorisé par les autorités antitrust américaines faisait l'objet de réticences européennes. Ce n'est qu'après d'âpres discussions et une certaine pression politique qu'elle a été admise par les autorités européennes.
- **Affaire General Electric et Honeywell** : là encore, le projet de fusion avait été admis par les autorités américaines mais la Commission l'a interdite. Le TPICE a confirmé l'interdiction le 14 décembre 2005.
- **Affaire Microsoft** (Dossier spécial Microsoft, RLC n° 17/2008, pp. 130 et suiv. – C. Prieto, *Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft* : in *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration* (dir. W. Abdelgawad), Litec, 2008, p. 383) : était en cause un abus de position dominante sur le marché des logiciels d'exploitation (Windows) visant à conquérir illégalement d'autres marchés. Aux Etats-Unis, une solution amiable a été trouvée, tandis que la Commission européenne a infligé à Microsoft une amende de 497 millions d'euros.

L'émergence d'un droit mondial de la concurrence apparaît alors nécessaire (v. A. Henemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE* 2004, p. 293. L. Donnedieu de Vabres-Tranié et T. Picot, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », in *Mélanges Jeantet*, LexisNexis 2010, p. 141). Il existe bien des accords bilatéraux qui ont été conclus à travers le monde (v. F. Romano, « Les accords bilatéraux de coopération en matière d'application des règles de concurrence », in *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration* (dir. W. Abdelgawad), Litec, 2008, p. 87). On pense à l'accord passé entre les Communautés européennes et les Etats-Unis concernant l'application de leurs règles de concurrence du 23 septembre 1991, complété par l'accord euro-américain de 1998 sur la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (JOCE n° L 173, 1998, p. 28). On compte aussi un accord conclu avec le Canada en 1999 et un autre avec le Japon en 2003. Plus souvent, une courtoisie passive est mise en œuvre. On confère compétence aux autorités du pays principalement touché. Mais, ces accords bilatéraux ne sont pas suffisants. L'affaire General Electric / Honeywell en témoigne.

En savoir plus : Coopération UE/US

V. Communiqué de presse, 14 octobre 2011 : Concurrence : l'UE et les États-Unis célèbrent les 20 ans de leur coopération et décident de la renforcer (IP/11/1194).

Les solutions multilatérales sont préférables. L'OCDE, la CNUCED et surtout l'OMC peuvent constituer des cadres pour promouvoir un droit mondial de la concurrence. En effet, contrairement à la CNUCED, l'OMC n'est pas simplement un forum de discussions aboutissant à l'élaboration d'un *soft law*, mais au contraire, une organisation internationale reposant sur des accords précis dotés de la force obligatoire et qui dispose en plus, avec le Memorandum d'accord sur le règlement des différends, d'un instrument unique en droit international public pour la mise en œuvre de ses règles. C'est donc en son sein que devrait être élaboré ce code international de la concurrence. Sans doute pourrait-on prendre appui sur les forums de discussions, tels que celui de la CNUCED ou encore de l'*International Competition Network* (ICN) qui existe depuis 2001 et qui réunit de façon informelle les autorités de concurrence dans le monde (90 Autorités nationales de concurrence participent aujourd'hui à l'ICN), notamment celles des pays en développement prêts à accueillir une législation en droit de la concurrence.

Cependant, le droit de la concurrence international peine à voir le jour en raison de l'hostilité des Etats-Unis, et sans doute plus encore aujourd'hui sous la présidence Trump. Ce sont eux qui s'opposent à l'introduction d'un accord type OMC. Comme on l'a fait remarqué (G. Farjat, *Observation sur la dynamique du droit de la concurrence* : in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 3), « le meneur de jeu actuel de la mondialisation – les Etats-Unis -, n'a aucun intérêt à la création d'un droit international de la concurrence, d'un droit confié à des autorités impartiales et désintéressées. Car nous le savons – ce qui compte dans ce droit ce ne sont pas les normes mais les autorités chargées de les appliquer ou de les dégager. Ce sont les Etats-Unis qui sont, à l'heure actuelle, à l'origine de la plupart des positions dominantes... ». L'impulsion pourrait peut-être venir de la Chine qui s'est dotée d'un droit de la concurrence moderne avec la Loi anti-monopole du 30 août 2007 entrée en vigueur le 1^{er} août 2008 (V. F) qui reste cependant bien peu effective et convaincante (v. E.

Marchand, *Le droit antitrust chinois sur le modèle du droit de l'Union européenne : entre petites incohérences et grandes difficultés*, Thèse dact. La Rochelle, 2013).

Face à la concurrence considérée comme déloyale de certaines entreprises soutenues massivement par leur Etat d'origine, l'Union européenne a développé des armes juridiques visant à contrôler les investissements étrangers sur le territoire de l'Union européenne :

- Règlement (UE) n° [2019/452](#) du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union ;
- Règlement (UE) n° [2022/2560](#) du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.