



**HAL**  
open science

## Les outils juridiques de concurrence hors le Code

Denis Voinot

► **To cite this version:**

Denis Voinot. Les outils juridiques de concurrence hors le Code. Revue juridique de l'Océan Indien, 2008, 08, pp.47-54. hal-02543148

**HAL Id: hal-02543148**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543148>**

Submitted on 15 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Les outils juridiques de concurrence hors le code**

**Denis VOINOT**

*Professeur à l'Université de la Réunion*

Il peut paraître surprenant de parler des « outils juridiques de concurrence hors le code » à l'occasion de la célébration du bicentenaire du code de commerce. Ce sentiment de surprise est confirmé par le fait qu'il m'a été demandé de parler des Accords de partenariat économique (APE)<sup>1</sup>. Or, je dois avouer que le lien entre le bicentenaire du code de commerce et les APE ne m'est pas apparu avec évidence.

Et pourtant, aussi surprenant soit-il, ce lien existe. D'ailleurs le lieu de notre rencontre – la Chambre de commerce et d'industrie - en constitue un bel indice. Ce lien c'est la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire un principe général du droit commercial qui a pour fondement, non le Code de commerce, mais le Décret d'Allarde<sup>2</sup>, dont l'article 7 dispose qu' « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession ». Il faut en effet admettre que, les APE ayant pour objectif de libérer le commerce entre l'Union européenne et les Etats ACP, ont bien pour fondement juridique, un outil extérieur au code, la liberté du commerce et de l'industrie.

On peut d'ailleurs se demander pourquoi une liberté aussi essentielle ne figure pas en bonne place au sein du code de commerce<sup>3</sup>. Pour le savoir il convient de remonter le temps et de se placer avant 1807, c'est-à-dire au moment où l'on élabore le code de commerce. A cette époque les rédacteurs du projet hésitent à intégrer dans le futur code la liberté du commerce et de l'industrie<sup>4</sup>. C'est ainsi que l'article 1<sup>er</sup> du code de commerce devait initialement disposer « Toute personne a le droit de faire le commerce en France ». Et si finalement les rédacteurs du code décidèrent de retirer ce texte, c'est parce qu'ils jugèrent que cette déclaration devait relever d'un code politique et non d'un code régissant les relations entre commerçants<sup>5</sup>. Ce sont en effet des raisons politiques qui ont conduit à l'exclusion du code de la liberté du commerce et de l'industrie. Il faut ainsi se remémorer qu'en 1806 la guerre entre l'Angleterre et la France conduit à une restriction de la liberté des échanges internationaux. Or, dans ce contexte conflictuel, on comprend mieux pourquoi les français ont ignoré volontairement la pensée économique anglaise

---

<sup>1</sup>La Communauté européenne et ses Etats-membres d'une part, et les Etats du groupe Afrique Caraïbe Pacifique, d'autre part, ont signé à Cotonou le 23 juin 2000 un accord (accord dit de Cotonou ; dernière version . JOUE L. 209, 11 août 2005), dont l'objectif est, à terme, l'éradication de la pauvreté et l'intégration progressive des Etats ACP dans l'économie mondiale, tout en respectant les objectifs du développement durable.

L'accord de Cotonou instaure un nouveau cadre par la coopération entre les Etats ACP et l'Union européenne visant à répondre aux exigences de l'OMC. Ce cadre repose sur la négociation d'accords de partenariat économique (APE) dont l'objet est la mise en place de zones de libre-échange entre la Communauté européenne et plusieurs groupes d'Etats ACP. Ces Accords doivent être conclus avant le 31 décembre 2007 et s'inscrivent dans la mise en oeuvre de la politique commerciale commune de la Communauté européenne à l'égard des Etats tiers à l'Union européenne.

<sup>2</sup>Loi des 2-17 mars 1791 dit « Décret d'Allarde ».

<sup>3</sup>Sur l'ambiguïté de la liberté du commerce et de l'industrie, v. Y. Guyon, *Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ?* dans : *Dix de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p.5.

<sup>4</sup>Procédé que l'on peut qualifier de « décodification en amont », C. Perrot-Reboul, *Recherche sur la codification du droit commercial*, thèse Paris II, 1999, n°61 et s.

<sup>5</sup>C. Perrot-Reboul, *op. cit.* n°65.

prônant la libéralisation des échanges et vont rejeter hors du code de commerce la liberté du commerce et de l'industrie.

Rejetée hors du code de commerce français la liberté du commerce et de l'industrie sera, à partir du XX<sup>ème</sup> siècle, accueillie par les organisations internationales soucieuses de favoriser le développement des échanges commerciaux. On pense bien sûr à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)<sup>1</sup> mais aussi et surtout à la Communauté européenne dans sa volonté de mettre en place le marché commun et aujourd'hui les APE. C'est d'ailleurs dans le contexte de réalisation du marché intérieur européen que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que « les principes de la libre circulation des marchandises et de la libre concurrence, ainsi que le libre exercice du commerce en tant que droit fondamental, constituent les principes généraux du droit communautaire dont la cour assure le respect »<sup>2</sup>. Ainsi, la liberté du commerce et de l'industrie, tout en se situant hors du code, apparaît comme un droit fondamental<sup>3</sup> qui se décline en libertés : liberté d'entreprendre, liberté de circulation, et enfin liberté de la concurrence<sup>4</sup>.

C'est précisément la concurrence qui retient aujourd'hui notre attention en raison du contexte actuel de négociation des APE. Des craintes et des espoirs étant en effet liés à cette question de concurrence dans la zone. Faut-il craindre la concurrence ? Faut-il au contraire espérer ? Il est difficile de répondre simplement à de telles questions. On peut déjà tenter d'expliquer le rôle de la concurrence en disant qu'elle est une notion au coeur de l'économie libérale

La concurrence est, pour ainsi dire, le moteur de l'économie de marché. Or, comme tout moteur, la concurrence a besoin d'instruments pour démarrer, pour avancer. Elle a besoin d'outils pour être, le cas échéant, « réparée ». On l'a bien compris, ces outils, ce ne sont pas des outils de mécaniciens mais de juristes : des outils juridiques au service de la concurrence. Mais pour quoi faire exactement ? Deux choses.

Il y a d'abord des outils juridiques pour favoriser la concurrence. C'est l'idée que sans règles juridiques il ne peut y avoir d'économie de marché et donc de concurrence<sup>5</sup>. Même les économistes libéraux les plus durs<sup>6</sup> n'ont jamais défendu l'idée que le marché pouvait exister sans règles de droit. Avec l'analyse économique du droit on est désormais convaincu, peut-être à l'excès, que le droit peut tout face à l'économie. Il est préférable, et sans doute plus juste,

---

<sup>1</sup>« Désireuses de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales, Résolues, par conséquent, à mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable, englobant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les résultats des efforts de libéralisation du commerce entrepris dans le passé, et tous les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, « Déterminées à préserver les principes fondamentaux et à favoriser la réalisation des objectifs qui sous-tendent ce système commercial multilatéral », Accord de Marakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (1994).

<sup>2</sup>CJCE, 7 fév. 1985, Procureur de la République c/Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. 240/83, Rec. 531.

<sup>3</sup>V. égal. pour une reconnaissance comme principe général du droit, CE, 28 oct. 1960, Martial de Laboulaye, Lebon, p. 570 ; pour une consécration comme liberté à valeur constitutionnelle, décision n°2000, 433 du 27 juillet 2000 relative à la liberté de communication, LPA 18 déc. 2000, p. 251, obs. LBP.

<sup>4</sup>Sur le prolongement de la liberté du commerce et de l'industrie en liberté de la concurrence, v. M. Khdir, Le principe de liberté du commerce et de l'industrie : mythe et réalité ?, D. 1994, ch. 30.

<sup>5</sup>On retrouve ici l'idée selon laquelle « L'économie de marché est née du droit et demeure encadrée par ses instruments et ses exigences » M.-A. Frison-Roche, Définition du droit de la régulation économique, D. 2004, p. 126.

<sup>6</sup>V. F. Hayek, Droit, législation et liberté, tome 1, « Règles et ordre », rééd. Coll. « Quadrige », PUF, 1995.

d'admettre qu'en général, le droit permet d'agir sur l'économie et, qu'en particulier, il permet de stimuler la concurrence.

Mais stimuler la concurrence ne peut se faire qu'à certaines conditions, de transparence du marché, de loyauté des acteurs économiques, d'équilibre des relations commerciales, etc. C'est la raison pour laquelle le droit doit ensuite s'attacher à contrer les pouvoirs économiques<sup>1</sup> qui tentent d'éliminer la concurrence. Il est alors question de lutter contre les comportements anticoncurrentiels. Cette fois, il ne s'agit plus seulement de stimuler la concurrence mais de préserver la concurrence.

Stimuler/Préserver telles sont donc les grandes fonctions des outils juridiques de concurrence hors le code. A la lumière de ces fonctions, il est possible de dégager deux catégories d'outils juridiques de concurrence que nous évoquerons successivement.

Dans un premier temps nous analyserons les outils de stimulation de la concurrence.

Puis, dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux outils de préservation de la concurrence.

## **I – Les outils de stimulation de la concurrence**

Les outils de stimulation de la concurrence sont nés d'une idée simple. Il existe des obstacles au commerce entre les pays qui sont autant de freins à la concurrence. Il faut donc les éliminer. Comment ? En créant des zones géographiques regroupant plusieurs Etats, zones au sein desquels on favorise la liberté du commerce. On appelle cela un processus d'intégration qui comporte à la fois un volet économique et un volet juridique. Il nous faut évoquer, d'une part, la stimulation par l'intégration économique (A) et, d'autre part, la stimulation par l'intégration juridique (B).

### **A – La stimulation par l'intégration économique**

L'intégration économique signifie la création d'un seul espace économique entre différents Etats par la reconnaissance de libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux<sup>2</sup>. Il existe de nombreux exemples d'intégration économique dans le monde. Nous en évoquerons deux : l'un est très avancé c'est le marché unique européen, l'autre est en devenir, ce sont les APE.

1) S'agissant d'abord du marché unique européen, il convient de rappeler que c'est un marché qui, sur le plan géographique, couvre l'ensemble du territoire communautaire. Ce territoire englobe aussi les régions ultrapériphériques et, donc les départements d'outre-mer qui, à ce titre, bénéficient<sup>3</sup> d'avantages qui ne sont pas accordés aux autres régions de l'Union européenne (ex. l'octroi de mer). Ainsi délimité, ce marché unique européen s'est révélé être un formidable facteur de concurrence en Europe notamment en raison de l'effort accompli pour développer les échanges au sein de l'Union européenne. On peut même dire que ce résultat est

---

<sup>1</sup>Sur ces pouvoirs économiques, v. G. Farjat, Pour un droit économique, Puf, 2004.

<sup>2</sup>J.J-L. Correa, L'OMC à l'épreuve des Accords de Partenariat Economique et de l'intégration africaine, Recherches juridiques lausannoises n°30, Bruylant, Schulthess, 2007, p. 250.

<sup>3</sup>Sur le fondement de l'art. 299 § 2 du traité CE.

palpable par les habitants de l'Union européenne qui n'ont plus à supporter les tracasseries douanières. Comment expliquer un tel résultat ? Par deux facteurs :

- Un premier facteur a été la mise en place d'une union douanière c'est à dire un espace sans frontière douanière à l'intérieur de l'union européenne et avec un frontière commune autour de la communauté européenne. Concrètement cela signifie qu'il y a eu suppression des barrières douanières entre Etats membres (sauf exception comme l'octroi de mer) et maintien de barrières douanières à l'entrée sur le territoire communautaire (Tarif douanier commun). Ces principes de base, qui figurent dans le traité CE, ont été complétés par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. On peut citer, à titre d'illustration, le fameux arrêt Cassis de Dijon<sup>1</sup> dans lequel la Cour de justice a posé le principe de reconnaissance mutuelle des normes nationales. Comment ne pas évoquer encore, dans le contexte réunionnais de concurrence exacerbée entre la « dodo » réunionnaise et la « phoenix » mauricienne, l'affaire de la bière allemande qui a conduit les autorités douanières allemandes à ouvrir leur territoire à la bière française et néerlandaise<sup>2</sup>.

- Un deuxième facteur a été la mise en oeuvre de politiques communautaire d'accompagnement du marché intérieur. On peut citer en exemple la politique des transports, des consommateurs ou encore la politique commerciale commune qui nous intéresse particulièrement puisqu'il est question pour la Communauté européenne de définir ses relations avec les Etats tiers à l'Union européenne. On aura compris que c'est dans ce cadre juridique de la politique commerciale commune qu'est né le projet de créer des accords de partenariat économique.

2) S'agissant donc et ensuite des accords de partenariat économique la comparaison avec le marché unique européen s'impose. Pourquoi ? Parce que les mécanismes prévus par l'accord de Cotonou combinés à des zones d'intégration régionales font penser à un marché unique. Pour autant se dirige-t-on vers un marché unique de l'océan indien ? Certains arguments plaident en ce sens même s'ils doivent être nuancés.

- On peut observer que les APE et le marché unique européen ont en commun de reposer sur le principe de libre circulation. Plus précisément les APE sont une zone de libre échange (et non une union douanière<sup>3</sup>) ayant vocation à libérer le commerce des marchandises et des services au sein d'un espace géographique délimité. Concrètement cela signifie, qu'à terme, devraient disparaître les barrières douanières entre les Etats signataires de ces APE et l'Union européenne, ce qui devrait favoriser la concurrence. Pour autant cette liberté de circulation est limitée. Elle l'est en matière de commerce de marchandises notamment par l'existence de clauses de sauvegarde. Elle l'est aussi dans le domaine de la libre circulation des personnes. Si, par exemple, un ressortissant d'un Etat ACP déjà implanté dans l'Union européenne devrait pouvoir bénéficier des mêmes droits que les européens cela ne signifie pas que les ressortissants de ces Etats vont pouvoir s'implanter librement au sein de l'Union européenne<sup>4</sup>. En revanche il devrait être possible que des ressortissants de pays ACP viennent temporairement effectuer des prestations de services sur le territoire de l'Union européenne<sup>5</sup>.

- Un autre point commun peut être relevé entre le marché unique européen et les APE. Il s'agit de l'existence de politiques communes entre les ACP et l'Union européenne. On observe

---

<sup>1</sup>CJCE, 20 fév. 1979, aff. 120/78.

<sup>2</sup>CJCE, 12 mars 1987, aff. 178/84.

<sup>3</sup>Il n'y a donc pas de tarif extérieur commun.

<sup>4</sup>V. art. 13 accord de Cotonou.

<sup>5</sup>Sur la question, v. J.J-L. Correa, op. cit. p. 172 et s.

ainsi que l'accord de Cotonou pose le principe d'une politique des consommateurs<sup>1</sup>, mais aussi en matière d'environnement ou encore dans le domaine de la concurrence. Plus précisément l'article 45 de l'accord de Cotonou dispose que :

*« (...) les parties conviennent que l'introduction et la mise en oeuvre de politiques et de règles de concurrence saines et efficaces revêtent une importance capitale pour favoriser et assurer un climat propice aux investissements, un processus d'industrialisation durable et la transparence de l'accès au marché (...) ».*

Pour autant on a le sentiment que ces politiques ne sont que des embryons de politique et il est difficile de dire si elles demeureront à l'état de simples déclarations de principe ou s'il en résultera des solutions concrètes. On peut simplement observer que, pour le moment, les moyens juridiques de mise en oeuvre de ces politiques demeurent abstraits.

Surtout cette quasi-absence de politiques communes montre les limites de l'intégration économique qui constitue certes une étape nécessaire pour stimuler la concurrence, mais il en est une autre, qui la complète, c'est l'intégration juridique.

## **B – La stimulation par l'intégration juridique**

Même si l'on crée une zone d'intégration économique cela ne fait pas, pour autant, disparaître les législations nationales ce qui peut constituer un sérieux facteur de distorsion de concurrence. Tel est le cas lorsqu'il y a des disparités entre les législations nationales. On peut évoquer, à titre d'illustration, une fiscalité réduite dans un Etat, qui provoquera un courant d'affaires favorable à cet Etat au détriment des autres. On comprend, dès lors, que stimuler la concurrence passe inévitablement par une intégration juridique, c'est-à-dire, par une atténuation des différences entre les législations nationales.

A cet égard trois degrés d'intégration juridique doivent être distingués.

1) Le premier degré d'intégration, c'est la coopération juridique. C'est celui des APE. C'est l'hypothèse où, en présence de mesures nationales susceptibles de constituer des obstacles aux échanges, les Etats sont obligés de coopérer pour favoriser au mieux la concurrence. Ainsi l'accord de Cotonou et son annexe V<sup>2</sup> prévoient des procédures de consultations entre la Communauté européenne et les Etats ACP en cas de mesures nationales ou communautaires susceptibles de porter atteinte aux objectifs visés par les APE. Par exemple, si une clause de sauvegarde est mise en oeuvre, il est bien évident que cela ne peut se faire librement. Il est d'une absolue nécessité que ce système de protection bénéficie d'un accompagnement juridique. Les mesures de police ne sauraient constituer des restrictions déguisées<sup>3</sup>. La coopération juridique n'est d'ailleurs pas propre aux APE. Ainsi, au sein même de l'Union européenne les Etats membres ne peuvent adopter une législation technique sans avoir coopéré avec la Commission à l'adoption d'une règle technique commune. Cela signifie que les Etats doivent informer la Commission européenne de tout projet de règles techniques nationales<sup>4</sup>. A défaut de respecter ce

---

<sup>1</sup> Art. 33, accord de Cotonou.

<sup>2</sup> Régime applicable au cours de la période préparatoire.

<sup>3</sup> V. par ex. art. 2.2 annexe V de l'accord de Cotonou et pour la procédure de consultation art. 4.1 de cette même annexe.

<sup>4</sup> V. Directive 93/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

processus de coopération, la législation nationale ainsi adoptée est inopposable aux tiers et ceci même dans des relations contractuelles<sup>1</sup>.

2) Le deuxième degré d'intégration c'est l'harmonisation des législations nationales. Cela consiste à rapprocher, autant que faire se peut, les normes nationales pour qu'elles soient compatibles entre elles. Ce procédé est étranger aux APE puisqu'il n'y a pas transfert de compétences de l'Union européenne et des Etats ACP au profit d'une autorité supra nationale. En revanche on peut voir une forme de rapprochement des législations nationales dans les APE en ce sens que l'Union européenne et les Etats ACP, en passant de tels accords, souhaitent se conformer aux règles de l'OMC<sup>2</sup>. Mais c'est surtout la Communauté européenne qui s'est illustrée en matière d'harmonisation des législations nationales, notamment par l'utilisation des directives communautaires<sup>3</sup>. On peut d'ailleurs relever que, la plupart des directives communautaires touchant au marché intérieur visent à favoriser la concurrence et constituent à cet égard des outils juridiques extérieurs au code de commerce.

3) Le troisième degré d'intégration est celui de l'uniformisation. Cela consiste à définir une norme juridique commune à plusieurs Etats. Autant dire que les APE sont évidemment étrangers à cette forme d'intégration juridique. Même l'Union européenne utilise peu l'uniformisation du droit essentiellement pour des raisons tenant à la difficulté d'élaborer et surtout d'adopter de tels instruments. On peut cependant relever l'existence de la société européenne ou encore du Groupement européen d'intérêt économique. En revanche il est un exemple admirable d'uniformisation du droit dans le travail accompli par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). S'il n'y a pas, dans l'OHADA, d'acte uniforme consacré spécifiquement à la concurrence il n'en demeure pas moins que l'uniformisation de la plupart des secteurs du droit des affaires en Afrique semble être un facteur important de développement des affaires sur ce continent et donc de stimulation de la concurrence. A ce stade on peut dire que les Etats africains qui sont membres de l'OHADA et qui adhèrent à un APE tout en s'intégrant dans une zone d'intégration économique africaine (par ex. COMESA) remplissent les conditions optimales pour la réalisation d'un véritable marché unique africain<sup>4</sup>. Ils réunissent en effet les principaux outils de stimulation de la concurrence que sont l'intégration économique et l'intégration juridique. Peut-on en tirer comme conclusion que, dans un tel cadre juridique, la concurrence sera tirée vers le haut sans risque. Tel n'est pas le cas en réalité, car la concurrence n'est pas un îlot de tranquillité pour les opérateurs économiques. Elles obligent au contraire ceux-ci à mieux anticiper les évolutions du marché. Or cette règle du jeu n'est pas toujours admise, les opérateurs économiques préférant parfois ne pas se soumettre aux règles du marché en faussant purement et simplement le jeu de la concurrence.

Dans ces conditions on comprend qu'il soit nécessaire de compléter les outils de stimulation de la concurrence par des outils de préservation de la concurrence.

## **II – Les outils de préservation de la concurrence**

Si la concurrence présente des vertus, cela n'est pas du goût de tous les opérateurs économiques. Certains préfèrent conserver des rentes de situation en faussant le jeu de la concurrence ou en usant de comportements déloyaux. Le droit s'attache à lutter contre ces

<sup>1</sup>D. Voinot, Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales, RTDeur. 2003, p. 91

<sup>2</sup>Il s'agit alors de respecter les principes du commerce mondial comme le principe de non discrimination.

<sup>3</sup>Par exemple en matière de droit des sociétés.

<sup>4</sup>En ce sens, J.J-L. Correa, op. cit. p. 246 et s.

comportements en visant deux objectifs : d'une part il vise à préserver l'équilibre de la concurrence ; d'autre part il vise à préserver la loyauté de la concurrence.

## A – La préservation de l'équilibre de la concurrence

Préserver l'équilibre de la concurrence signifie lutter contre les comportements anticoncurrentiels qui portent atteinte au marché. Les comportements les plus connus sont les ententes anticoncurrentielles entre entreprises ou associations d'entreprises, les abus de position dominante ou encore les aides illicites qu'apportent les Etats aux entreprises nationales. On sait que pour lutter contre ce type de comportements, au-delà du code de commerce, il existe des règles communautaires de concurrence dont il convient d'évoquer l'application au sein de l'Union européenne et dont on peut surtout observer l'exportation au sein des APE.

1) Quant à leur application, les règles communautaires de concurrence, on le sait, sont applicables directement dans les Etats membres de l'Union européenne. Surtout elles constituent une excellente illustration d'un outil juridique de concurrence hors le code de commerce dans la mesure où elles se superposent, en principe<sup>1</sup>, aux règles nationales de concurrence. C'est vrai par exemple pour les articles 81 et 82 du traité CE qui prohibent respectivement les ententes illicites et les abus de position dominante. Pour autant l'application de ces règles au sein de l'Union européenne peut présenter certaines particularités propres aux Etats membres. Ainsi, il est intéressant d'observer, car la chose est assez peu connue, que pour l'application de ces deux articles du traité CE les juridictions réunionnaises ne sont plus compétentes depuis la réforme tant décriée de la carte judiciaire en 2005<sup>2</sup>. Cette éviction des juridictions réunionnaises, largement passée inaperçue à la Réunion, pourrait donner lieu à l'avenir à des questions juridiques fort intéressantes. On peut ainsi se demander si un tribunal réunionnais demeure compétent lorsque dans le cadre d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat, une exception de nullité est soulevée par la partie adverse au motif d'une violation des articles 81 et 82 du traité CE. Voilà qui devrait donner des idées aux plaideurs et nourrir la réflexion des chercheurs. Il n'est pas certain que cette exclusion de compétence soit très conforme à la volonté communautaire d'inciter les justiciable à utiliser le droit de la concurrence devant leurs juridictions nationales.

2) Mais au-delà de leur application on peut observer que ces règles communautaires de concurrence font l'objet d'une exportation au sein des APE par l'Union européenne. C'est plus généralement dans le cadre des accords passés avec les pays tiers<sup>3</sup> que la Communauté européenne a souhaité introduire des règles de concurrence qui se rapprochent sensiblement de celles que l'on trouve dans le traité CE. Ainsi dans l'Accord de Cotonou<sup>4</sup> il est prévu que les APE doivent contenir des dispositions relatives à la concurrence. L'introduction de dispositions en cette matière peut s'expliquer. On peut imaginer que le but de la Communauté européenne consiste probablement en un assainissement des marchés tiers. Autrement dit il s'agit de permettre aux entreprises communautaires de pouvoir pénétrer « à armes égales » sur ces marchés<sup>5</sup>. C'est pourquoi des dispositions spécifiques ont été prévues en matière d'ententes et d'abus de position dominante. En revanche demeure très incertaine, la manière dont ces règles seront mises en oeuvre. A cet égard on peut observer que s'il est bien prévu une prohibition des

---

<sup>1</sup>On peut mettre à part le contrôle des concentrations qui est national ou communautaire selon la dimension de l'opération de concentration.

<sup>2</sup>Art. 420-7 c. com ; v. aussi Décr. n°2005-1756 du 30 déc. 2005.

<sup>3</sup>V. par ex. l'accord passé entre l'Afrique du Sud et l'Union européenne., JOCE L 311/5 du 4 déc. 1999.

<sup>4</sup>Art. 45 de l'accord.

<sup>5</sup>S. Bracq, P. Meunier, ACP – Accord de Cotonou – Coopération économique et commerciale, JCl europe, fasc. 2241, n°86 et s.



ententes et des abus de position de dominante il n'y a aucune précision sur une possibilité d'exempter les ententes « positives » ni de dérogations à l'interdiction des abus de position dominante s'agissant de services d'intérêt économique général. S'agissant des services la question est capitale à un moment où l'OMC s'attache à libérer le marché mondial des services. De même il est prévu la mise en place de règles au niveau national ou régional permettant la surveillance des comportements répréhensibles et, dans certains cas, l'interdiction de ces comportements. Cette référence au « niveau régional » invite à se demander si ce n'est pas la porte ouverte à des spécificités locales en matière de concurrence ce qui pourrait intéresser les régions ultrapériphériques très attachées à leur particularisme fondé sur l'article 299 § 2 du traité CE<sup>1</sup>. Ce thème apparaît essentiel dans la zone océan indien où les membres de l'accord de partenariat économique (s'il est conclu avec les Etats CMMS – Comores ; Madagascar ; Maurice et Seychelles) sont tous des Etats insulaires.

## **B - La préservation de la loyauté de la concurrence**

Avoir un comportement loyal en affaires, telle paraît être une des règles de base pour préserver la concurrence. Pourtant, la loyauté n'est pas toujours de mise et il a bien fallu se doter d'instruments adaptés pour lutter contre les comportements déloyaux. Assez curieusement, le code de commerce, qui pourtant contient un livre IV consacré à la concurrence, ne traite pas directement de la loyauté de la concurrence<sup>2</sup>. Il convient donc de chercher ailleurs les moyens de lutter contre les pratiques concurrentielles déloyales. En France deux autres codes se chargent de cette tâche : le code de la consommation d'une part, le code civil d'autre part.

1) S'agissant du code de la consommation, il ne faut jamais perdre de vue que le droit de la consommation et le droit de la concurrence sont intimement liés. Comment ne pas faire référence à l'actualité et notamment au projet de loi qui sera prochainement discuté au Parlement et qui porte le titre évocateur de « projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ». La Communauté européenne a pris en compte cette proximité entre consommation et concurrence puisque toutes les directives adoptées en faveur des consommateurs – et intégrées dans le code de la consommation - ont pour objectif la réalisation du marché unique européen. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que les APE devraient contenir des dispositions en matière de politique des consommateurs l'article 51 de l'accord de Cotonou tentant à cet effet d'organiser une « répression des pratiques déloyales »<sup>3</sup>.

2) S'agissant du code civil enfin qui, une fois n'est pas coutume, arrive en dernier, il convient d'évoquer bien sûr les articles 1382 et 1383 de ce code. Ces règles phares du code civil en matière de responsabilité civile extracontractuelle, permettent de lutter efficacement contre les comportements concurrentiels déloyaux. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter la jurisprudence (et notamment celle de la Cour d'appel de Saint-Denis) pour constater que le contentieux relatif à la concurrence déloyale revêt une ampleur non négligeable. Cela tient probablement au caractère général des dispositions du code civil qui permettent d'englober toutes sortes de comportements déloyaux (publicité trompeuse, dénigrement, désorganisation, etc.). Cela tient peut-être aussi à la qualité du code civil, qui n'est pas seulement un outil juridique, mais une oeuvre de référence dont l'ensemble des codes, et notamment le code de commerce, ne peut se passer.

---

<sup>1</sup>V. Communication de la Commission européenne du 26 mai 2004 sur un partenariat renforcé pour les régions ultrapériphériques COM(2004)343 final.

<sup>2</sup>V. toutefois l'article L. 442-6, qui énumère plusieurs délits civils spéciaux.

<sup>3</sup>S. Bracq, P. Meunier, ACP – Accord de Cotonou – Coopération économique et commerciale, JCl europe, fasc. 2241, n°86 et s.