

Le droit de la concurrence déloyale en renfort des obligations de compliance dans le domaine bancaire

Commentaire par Lucas Bettoni maître de conférences à l'université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires (EA780), Institut national universitaire J. F. Champollion

Concurrence

Solution. - Le fait pour un opérateur de s'affranchir d'une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme lui confère un avantage concurrentiel indu et, par conséquent, constitue une faute de concurrence déloyale.

Impact. - La théorie de la concurrence déloyale permet d'enrichir l'arsenal des sanctions des obligations de compliance dans le domaine monétaire et bancaire. Ainsi, elle participe au renforcement de l'efficacité de ce dispositif légal de détection des mouvements de fonds illicites.

[Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995, F-B : JurisData n° 2023-016243](#)

Note :

S'il est de coutume d'opposer « petit » et « grand » droits de la concurrence par le prisme des finalités (V. J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution* : LGDJ, 12e éd., 2023, n° 581 et 582, selon qui la matière appréhende la « relation individuelle de concurrence » et les « relations collectives de concurrence »), le pouvoir d'attraction de la théorie de la concurrence déloyale est tel que celle-ci englobe des comportements déloyaux affectant non pas un concurrent déterminé, mais une profession dans sa globalité. Et lorsque la concurrence déloyale procède, comme dans l'affaire rapportée, d'une méconnaissance d'obligations légales de *compliance*, le mal nommé « petit » droit de la concurrence apporte sa contribution à l'accomplissement des buts monumentaux assignés à cette nouvelle discipline (V. M.A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance* : Dalloz, 2022) et, ainsi, concrétise des ambitions qui dépassent la simple moralisation des rapports individuels de concurrence.

En l'espèce, un litige s'élève entre deux entreprises spécialisées dans la conception et la distribution de cartes de paiement prépayées, l'une reprochant à l'autre des faits de concurrence déloyale. En l'occurrence, la première considère qu'en ne respectant pas la législation bancaire en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, la seconde s'est placée dans une situation anormalement favorable. Envisageant une action au fond pour réclamer réparation d'un préjudice difficile à chiffrer, le concurrent sollicite, devant le président du tribunal de commerce, sur le fondement de l'[article 145 du Code de procédure civile](#), la communication de pièces comptables et administratives détenues par le prestataire accusé de déloyauté. Par ordonnance du 19 avril 2021, le président de la juridiction commerciale fait droit à cette demande, en enjoignant le fournisseur à produire, sous astreinte, de la documentation comptable certifiée par un commissaire aux comptes. Cette condamnation est confirmée en appel. Dans son pourvoi, le prestataire se défend en invoquant deux moyens principaux. Le premier consiste à se fonder sur la lettre des dispositions transgressées : la mesure d'instruction *in futurum* destinée à établir avant l'éventuel procès l'existence du dommage ne pouvait aboutir dans la mesure où cette législation ne reconnaît pas aux tiers de droit à indemnisation. Le second moyen est d'ordre processuel. En effet, il reproche au juge consulaire de l'avoir condamné à adresser au demandeur une situation comptable certifiée conforme alors qu'aucun texte n'oblige à établir un tel document.

La Cour de cassation est ainsi invitée à résoudre deux problèmes. Est-ce que le non-respect par une entreprise des obligations imposées aux [articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier](#) pour lutter contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme peut ouvrir droit au profit d'un concurrent à une action en réparation ? Dans l'affirmative, le titulaire de l'action dispose-t-il d'un droit à la délivrance par l'adversaire de documents non-détenus et qu'il n'est pas obligatoirement de constituer ?

Au final, les prestataires rivaux sont renvoyés dos à dos par la chambre commerciale. Certes d'un côté, le fait pour un opérateur de s'affranchir d'une réglementation, conférant à celui-ci un avantage concurrentiel indu, est constitutif d'une faute de concurrence déloyale. Mais de l'autre, le concurrent dénonçant un manquement à la loi ne peut exiger de cet opérateur la production de pièces qu'il ne détient pas, même si elles sont indispensables au chiffrage du préjudice. Promise à une publication au bulletin, la décision sous étude s'avère intéressante autant sur un plan théorique que pratique. D'abord, parce que c'est à notre connaissance la première fois que la Cour de cassation qualifie de concurrence déloyale la méconnaissance d'obligations de *compliance*, ce qui ouvre des perspectives pour promouvoir l'efficacité de ce type de règles. Ensuite, parce que la cassation partielle prononcée dans l'affaire illustre des difficultés récurrentes des plaideurs pour établir des préjudices résultant de certains actes de concurrence déloyale, et ce en dépit des facilités probatoires offertes aux victimes.

1. L'identification d'une faute de concurrence déloyale : la violation de la réglementation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Qualifié de faute de concurrence déloyale, le comportement reproché relève de la catégorie des actes de désorganisation. Une telle qualification a le mérite de renforcer l'efficacité du dispositif transgressé, en adossant un *private enforcement* au *public enforcement* prévu par les textes.

A. - Un cas de déloyauté par désorganisation (du marché)

Nul n'ignore la typologie classique imaginée par Roubier consistant à distinguer la confusion, le dénigrement et la désorganisation (P. Roubier, *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale* : RTD com. 1948, p. 541 s.). Deux cas de désorganisation sont traditionnellement présentés en doctrine : la désorganisation de l'entreprise rivale et la désorganisation générale du marché (V. not. J. Passa et J. Laposterle, *Domaine de l'action en concurrence déloyale* : [JCL. Concurrence - Consommation, fasc. 240, n° 62](#) - Y. Picod et N. Dorandeu, *Concurrence déloyale* : Rép. com. Dalloz, 2022, n° 166 s.). Si la première affecte une entreprise en particulier et se manifeste par l'usage de procédés déloyaux (débauchage de salariés, détournement de fichiers clients, violation du secret des

affaires, etc.), la seconde vise au contraire un ensemble d'opérateurs fabriquant ou commercialisant des produits identiques ou similaires. Il peut s'agir de procédés illicites, souvent constitutifs d'infractions pénales : pratiques commerciales trompeuses ou revente à perte. La désorganisation du marché peut aussi résider dans le non-respect d'une réglementation (V. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence* : LexisNexis, 3e éd., 2019, n° 79 s.). L'explication avancée est la rupture d'égalité des moyens dans la lutte concurrentielle (J. Azéma, *Le droit français de la concurrence* : PUF, 2e éd., 1989, n° 153, spéc. p. 111). En se dispensant des contraintes imposées par le texte, l'entreprise s'octroie en effet un avantage économique indu au détriment des autres professionnels qui s'efforcent de respecter la réglementation en vigueur.

Au cas présent, le fournisseur de cartes de paiement avait méconnu des obligations de *compliance* prévues aux [articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier](#) en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux provenant d'activités criminelles et le financement du terrorisme : analyse et cartographie des risques, mise en place de procédures internes de vérification d'identité et d'examen des opérations effectuées, formation du personnel, obligations de déclaration et d'information, etc. Or, le déploiement de dispositifs de détection de mouvements illicites engendre nécessairement des coûts pour les opérateurs assujettis. Celui qui s'en affranchit s'attribue un avantage concurrentiel sur le marché. Il est par conséquent l'auteur d'une faute de concurrence déloyale.

En définitive, le rattachement du comportement du prestataire à la concurrence déloyale paraît logique. Cet arrêt vient alimenter une liste déjà longue de manquements à la loi déloyaux : exercice d'une activité de taxi sans autorisation administrative ([Cass. com., 16 mai 1984, n° 83-11.678](#) : Bull. civ. IV, n° 167), soldes pratiqués hors périodes autorisées ([Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-21.087](#) : [JurisData n° 1994-001869](#) ; Bull. civ. IV, n° 299), vente de produits non-conformes à la réglementation ([Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272](#), inédit : [JurisData n° 2010-017133](#) ; [Contrats, conc. consom. 2011, comm. 69](#), M. Malaurie-Vignal), non-respect du taux de TVA ([CA Lyon, 31 janv. 2008, n° 06/05922](#) : [JurisData n° 2008-365828](#) ; [Contrats, conc. consom. 2008, comm. 240](#), obs. M. Malaurie-Vignal), etc.

B. - Un renforcement de l'effectivité des obligations de compliance en matière bancaire

Pour sa défense, le prestataire mis en cause considérerait l'action en concurrence déloyale vouée à l'échec au motif que les textes en question n'accordent aucune action indemnitaire aux tiers. Pour rappel en effet, les obligations de *compliance* en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme sont uniquement assorties de sanctions administratives, lesquelles sont prononcées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ou la Commission nationale des sanctions : avertissement, blâme, interdiction d'exercice des dirigeants, retrait d'agrément ou de la carte professionnelle et sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 millions d'euros (V. R. Bonhomme et M. Roussille, *Instruments de paiement et de crédit* : LGDJ, 14e éd., 2021, n° 55). Cette réglementation étant établie pour la protection de l'intérêt général et non d'intérêts privés, il est logique que les sanctions prévues relèvent du *public enforcement*. Pour autant, l'existence d'actions spécifiques ne saurait priver les concurrents de leur droit d'agir en parallèle sur le fondement de la clause générale de responsabilité (J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, préc., p. 112).

L'admission d'une action civile en réparation des préjudices individuels au profit des concurrents a le mérite d'étoffer l'éventail des sanctions, ce qui participe au renforcement de l'efficacité des obligations légales de *compliance* dans le domaine bancaire. On peut ainsi penser que la menace d'actions privées en concurrence déloyale, dont la réalité est révélée au grand jour par l'arrêt commenté, conduira les entreprises contrevenantes à réévaluer à la hausse les risques encourus par rapport aux dépenses de mise en conformité.

2. La réparation du préjudice consécutif à la faute de concurrence déloyale

En reconnaissant au concurrent un intérêt légitime à obtenir des mesures d'instruction lui permettant de chiffrer les effets comptables du manquement à la loi pour le prestataire, la Cour de cassation se place implicitement dans le sillage de sa propre jurisprudence pour l'établissement du préjudice. Un rappel de l'état du droit en ce domaine s'impose donc, avant d'examiner, au cas d'espèce, le chiffrage du dommage à l'aune des avantages indu et de ses difficultés afférentes.

A. - L'application des principes probatoires gouvernant la démonstration du préjudice causé par l'acte déloyal

S'il appartient toujours à la victime de faire la preuve de la faute commise (V. [Cass. com., 30 nov. 1983, n° 82-11.099](#) : Bull. civ. IV, n° 331), la jurisprudence infère volontiers d'un acte de concurrence déloyale « un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral » ([Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-18.669](#) : [JurisData n° 2017-000203](#) ; [Propri. industr. 2017, chron. 9](#), obs. J. Larrieu. - V. déjà, [Cass. com., 22 oct. 1985, n° 83-15.096](#) : Bull. civ. IV, n° 245). Ainsi, l'existence du préjudice est présumée à partir de la faute de concurrence déloyale. Cette facilité probatoire n'exonère cependant pas la victime de la preuve de son étendue. Or, s'il est assez aisé de démontrer qu'un détournement de clientèle ou une désorganisation d'entreprise a eu des conséquences sur le chiffre d'affaires, il peut être plus délicat pour une victime de chiffrer le coût d'autres agissements déloyaux. Ainsi, comment par exemple s'évalue le préjudice causé par le contournement d'une réglementation ?

Par le désormais fameux arrêt Cristal de Paris, la chambre commerciale a accru la faveur accordée à la victime en lui permettant, dans son travail d'évaluation, de s'appuyer sur le gain retiré par l'auteur de la faute de concurrence déloyale ([Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614](#) : publié au Bulletin ; [JurisData n° 2020-001762](#) ; [JCP G 2020, act. 792](#), note V. Rebeyrol ; [JCP E 2020, 1363](#), note T. d'Alès et P. Tiberghien). Relisons cette riche décision : « tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu » ([Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614](#), préc., § 9) ; dès lors, « il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents » ([Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614](#), préc., § 10). À la lecture, on comprend que cette facilitation de la preuve de l'étendue du préjudice ne concerne pas la totalité du contentieux de la concurrence déloyale, la Cour de cassation n'y visant en effet que les avantages concurrentiels indu résultant du parasitisme ou de la violation d'une réglementation dont le respect a nécessairement un coût.

B. - L'évaluation du préjudice économique par le prisme de l'avantage concurrentiel indu

L'affaire soumise à analyse se trouve donc indiscutablement dans le champ de la solution Cristal de Paris. Dès lors, même s'il n'est pas certain, à ce stade de la procédure, que le fournisseur ait effectivement méconnu la réglementation bancaire, son concurrent se voit reconnaître un intérêt légitime à obtenir des mesures d'instruction pour lui permettre de chiffrer les éventuels bénéfices que le prestataire aurait pu retirer de la transgression des obligations de *compliance*.

C'est ainsi que l'arrêt d'appel attaqué a condamné le fournisseur à communiquer, sous astreinte, plusieurs documents comptables certifiés par un commissaire aux comptes. Dans son pourvoi cependant, ce dernier faisait valoir ne pas disposer de l'une des pièces réclamées, en l'occurrence une situation comptable certifiée pour la période du 1er janvier 2020 au 31 juillet 2020, aucun texte normatif ne lui faisant obligation de tenir une comptabilité sur une période autre qu'annuelle. L'argument reçoit un écho favorable puisque la Cour de cassation, en visant les [articles 10, 11 et 145 du Code de procédure civile](#), rappelle qu'il ne peut être ordonné, sur requête ou en référé, la production de pièces non-détenues. Ainsi, la facilitation de l'établissement du préjudice pour des cas de réglementation transgressée trouve logiquement sa limite dans le respect des règles processuelles.

En définitive, l'entreprise concurrente parviendra-t-elle à prouver l'étendue de son préjudice si elle venait à introduire une action en concurrence déloyale ? Il n'est nullement certain que le bilan, les comptes de résultat et la liasse fiscale de l'exercice annuel, dont la communication a été valablement ordonnée, suffisent à révéler l'étendue des profits retirés, surtout si la violation de la réglementation s'est produite sur une période plus réduite. Du surcroît, si tant est que l'avantage indu soit établi, sa prise en compte dans l'évaluation du préjudice devra être nécessairement modulée en fonction « *des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes* » ([Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc.](#), § 10). C'est dire que l'assiette de la réparation ne pourra pas être exclusivement définie à l'aune de la situation économique du responsable et que la victime devra proposer au juge une méthode de calcul qui intègre aussi l'altération de ses propres intérêts économiques (V. *M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, Droit de la concurrence : Dalloz, 2e éd., 2022, n° 928, parlant à juste titre d'économisation du contentieux de la concurrence déloyale*).

Mots clés : Concurrence. - Concurrence déloyale. - Non-respect d'une réglementation. - Preuve de l'avantage concurrentiel indu.