



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS



HARVARD
UNIVERSITY

**LES MANQUEMENTS AUX OBLIGATIONS DE COMPLIANCE
ET DE RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES
(RSE) DANS LES ACTIONS EN CONCURRENCE DÉLOYALE
APPROCHE COMPARÉE FRANCE/ÉTATS-UNIS**

Écrit et soutenu par
Inès BELARBI

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Jérôme CHACORNAC

Master 2 Droit comparé des affaires
Université Paris II Panthéon-Assas

Recherches effectuées à la Harvard University

Année universitaire
2024-2025

AVERTISSEMENTS

L'Université Paris II Panthéon-Assas et la Harvard University n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Il est permis, en préambule de ce travail, de retarder un instant l'exercice pour adresser quelques mots à ceux dont l'appui, les conseils ou la simple présence ont, bien souvent au-delà de ce que permet de restituer l'écrit, accompagné l'élaboration de ce mémoire. L'occasion m'est ainsi donnée d'exprimer plus largement ma gratitude à celles et ceux qui ont jalonné ces cinq années d'études, et plus particulièrement cette ultime étape qu'a constituée le Master 2.

Mes premiers remerciements vont naturellement à Monsieur le Professeur Jérôme Chacornac. Je lui suis profondément reconnaissante pour la clarté de ses orientations, la rigueur bienveillante de son encadrement et la liberté méthodologique qu'il m'a laissée tout au long de cette recherche.

Je tiens également à remercier Madame le Professeur Marie-Élodie Ancel, directrice du Master 2, pour la qualité de son accompagnement, qui a permis à notre promotion d'évoluer dans un cadre propice à l'engagement académique comme à l'épanouissement personnel. Ma reconnaissance s'étend aux personnels de la bibliothèque de l'Institut de droit comparé et de la bibliothèque de la Harvard University, dont la disponibilité constante a facilité l'accès aux ressources essentielles à la progression de mes recherches.

Aux camarades de promotion qui ont partagé cette année, je souhaite aussi exprimer ma gratitude pour l'esprit d'entraide et de curiosité qui a nourri nos échanges. L'authenticité de ces liens, qu'ils aient été intellectuels ou amicaux, a conféré à cette année universitaire une dimension profondément humaine.

Enfin, je ne saurais conclure sans évoquer ma famille et mes amis, dont le soutien n'a jamais fait défaut. Leur présence et leur confiance ont été un appui inestimable. À eux, je dois bien plus que ce mémoire.

RÉSUMÉ

La prolifération des obligations de compliance et de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) a déplacé le centre de gravité du droit économique. Au-delà de la seule sanction publique, l'ordre juridique voit se nouer, au cœur des rapports de marché, une exigence de loyauté qui internalise la norme au sein même de l'organisation des opérateurs. La conformité n'est plus seulement un état attendu, elle devient une dynamique collective de prévention, dont l'économie se mesure autant à l'échelle de la gouvernance qu'à celle de la concurrence. La comparaison révèle alors un clivage fécond : là où certaines traditions réservent le contrôle à l'autorité publique, d'autres admettent que les concurrents se saisissent des manquements à la norme pour en éprouver la portée dans les relations horizontales. Ce qui est en jeu, c'est la faculté pour des acteurs privés d'activer, sur le terrain civil, des standards éthiques initialement pensés pour irriguer la sphère institutionnelle.

Cette circulation de la règle, du régulateur vers l'entreprise puis de l'entreprise vers son concurrent, n'est pas sans conséquence. Il faut se garder d'y voir une privatisation pure et simple du contrôle des normes : l'effectivité recherchée ne vaut que si elle demeure compatible avec les garanties de l'État de droit, et la rationalité économique ne dispense pas de penser la mesure. L'enjeu n'est pas seulement descriptif ; il interroge la concurrence elle-même lorsque la non-conformité ne se lit plus comme une irrégularité abstraite, mais comme un différentiel de charges qui recompose l'équilibre du marché. La question se resserre autour d'une tension structurante : jusqu'où l'horizontalisation des normes éthiques par les opérateurs peut-elle se convertir en contrôle civil des manquements, et selon quelles catégories juridiques, sans dissoudre la logique institutionnelle qui demeure le socle de l'ordre public économique français et américain.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
--------------------------	----------

PARTIE I – L’émergence d’un contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE.....	11
---	-----------

Chapitre 1 : L’essor d’un contentieux entre concurrents fondé sur les manquements aux obligations de compliance et de RSE.....	11
---	-----------

Section 1 – La mobilisation de l’action en concurrence déloyale pour sanctionner le non-respect d’une norme éthique en France.....	11
--	----

Section 2 – Le cantonnement de l’action du concurrent à la dénonciation des discours éthiques trompeurs en droit fédéral aux États-Unis.....	24
--	----

Chapitre 2 : La cohabitation de l’action du concurrent avec le contrôle institutionnel des obligations de compliance et de RSE.....	31
--	-----------

Section 1 – L’articulation entre l’action en concurrence déloyale et les mécanismes publics de contrôle en France.....	32
--	----

Section 2 – La prédominance tempérée du contrôle institutionnel des obligations éthiques aux États-Unis.....	38
--	----

PARTIE II – La mise en œuvre du contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE.....	44
Chapitre 1 : Le traitement contentieux de l’action d’un concurrent fondée sur un manquement éthique.....	44
Section 1 : Les conditions de recevabilité de l’action intentée par le concurrent.....	45
Section 2 : Les critères divergents de qualification de la faute en France et aux États-Unis.....	48
Chapitre 2 : Les difficultés probatoires de l’action fondée sur le manquement éthique d’un concurrent.....	52
Section 1 : La démonstration complexe du non-respect d’une obligation de compliance et de RSE.....	53
Section 2 : Les incertitudes entourant la quantification du préjudice dans la mise en œuvre de la réparation.....	58
Conclusion.....	63
Bibliographie.....	64

INTRODUCTION

La concurrence est une guerre¹, sans doute, mais une guerre dont le droit distribue les armes. Et c'est précisément dans cette distribution que se joue, au fond, la nature du combat. Certains avantages doivent être conquis, d'autres sont considérés illicites. C'est cette ligne de partage que la Cour de justice de l'Union européenne a tenté de tracer dans son arrêt *Lindenapotheker* du 4 octobre 2024, en admettant qu'un acteur économique pouvait légitimement invoquer devant le juge national, à l'encontre d'un concurrent, la violation par celui-ci des obligations prévues par le Règlement général sur la protection des données (RGPD)².

Cette solution, qui peut paraître surprenante, repose pourtant sur une architecture dont la cohérence se révèle à mesure qu'on la déplie. Ce n'est évidemment pas l'idée qu'un manquement à une norme protectrice puisse fonder une faute qui étonne. Ce qui apparaît remarquable, en revanche, c'est l'identité même de celui qui peut désormais s'emparer de cette norme pour agir en justice. Le concurrent direct, pourtant tiers à la protection des données personnelles. C'est en cela que l'arrêt *Lindenapotheker* est audacieux. Le concurrent, acteur économique sans lien personnel avec les données concernées, peut revendiquer, lorsque le droit national le permet, la violation d'un texte conçu exclusivement pour protéger les droits fondamentaux d'individus. La Cour l'affirme clairement en rappelant que le législateur de l'Union n'a pas entendu procéder à une harmonisation exhaustive des voies de recours ouvertes en cas de violation des dispositions du RGPD³.

Le RGPD trace ainsi le cercle minimal des garanties procédurales propres aux personnes concernées. Il ne ferme pas pour autant la porte aux remèdes qu'offre le droit commun des affaires, lorsque l'illicéité emporte une distorsion de concurrence. En autorisant l'action en cessation d'un concurrent, fondée sur l'article 3a du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁴,

¹ *Financial Times*, « Business is not all about battle », rubrique *Business education*, 14 août 2005

² CJUE, gde ch., 4 oct. 2024, aff. C-21/23, ND (*Lindenapotheker*) c/ DR commenté par H. Aubry, « Le concurrent d'une entreprise ayant enfreint le RGPD peut exercer une action en concurrence déloyale contre celle-ci », *Contrats, concurrence, consommation*, n° 1, janv. 2025, comm. 7 (rubr. « Concurrence déloyale »)

³ *Ibid*, §60

⁴ Loi allemande contre la concurrence déloyale du 3 juillet 2004, BGBl. 2004 I, p. 1414.

la Cour précise que rien dans cette démarche ne compromet la mosaïque des voies individuelles ouvertes aux personnes physiques par les articles 77 à 82 du règlement. Aucune hiérarchie n'est inversée. Aucun droit subjectif n'est dépossédé. Le contentieux ainsi envisagé, bien que fondé sur une norme conçue pour la protection des droits individuels, peut, lorsque le droit national le prévoit, se déployer vers une finalité concurrentielle plus large. Tel est le cas lorsque la législation interne, à l'instar du droit allemand, ouvre au concurrent une action en concurrence déloyale permettant d'invoquer l'illicéité d'un traitement de données comme facteur de rupture d'égalité sur le marché. Ce glissement n'est pas opéré par le RGPD lui-même, mais par l'articulation que le droit interne autorise entre la méconnaissance d'une exigence de conformité et l'atteinte aux conditions de loyauté économique.

Ce raisonnement trouve facilement sa place dans la jurisprudence européenne qui privilégie l'effet utile plutôt qu'une lecture trop strictement littérale des textes. C'est d'ailleurs ce que rappelle la Cour au point 62⁵. Et, comme l'a justement relevé Hélène Aubry, un règlement directement transposé ne présente qu'un intérêt limité s'il demeure, en pratique, inappliqué⁶. L'efficacité de l'harmonisation européenne ne dépend pas uniquement de l'identité formelle des normes. Elle repose aussi, et surtout, sur leur effectivité. Cela implique nécessairement la mise en place de mécanismes correctifs adaptés aux cas où les titulaires initiaux des droits, soit par prudence, soit par manque de ressources, ne saisissent pas les juridictions compétentes. C'est désormais le concurrent vigilant qui endosse le rôle de garant de la mise en œuvre effective des règles protectrices⁷.

Dès lors, on aurait sans doute tort de réduire le RGPD à la seule expression d'un droit fondamental. Il est exact que la protection des données personnelles irrigue chaque disposition du texte et lui confère son souffle normatif. Mais cette lecture, pourtant essentielle, ne saurait à elle seule rendre compte de l'architecture juridique que le règlement déploie. Une autre dynamique, plus discrète mais non moins importante, mérite d'être relevée. Ce que le RGPD exige, ce n'est pas seulement le respect ponctuel d'une norme substantielle, mais la capacité de l'entreprise à organiser les conditions concrètes de sa propre conformité. La notion d'*accountability* en constitue le principe directeur. C'est dans cette perspective que l'article 24

⁵ *Ibid.* § 62

⁶ H. Aubry, « Le concurrent d'une entreprise ayant enfreint le RGPD peut exercer une action en concurrence déloyale contre celle-ci », *Contrats, concurrence, consommation*, n° 1, janv. 2025, comm. 7 (rubr. « Concurrence déloyale »).

⁷ *Ibid.*

du règlement doit être lu. En posant à la charge du responsable de traitement une obligation de mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer la conformité des traitements⁸, le droit impose ici, non seulement un résultat, mais la construction d'une organisation interne capable de garantir celui-ci. Le respect de la règle n'est plus un état, il devient un processus. L'entreprise n'est plus seulement redevable de ses actes, elle est tenue d'organiser en son sein les preuves de son respect du droit. Ce mouvement s'inscrirait valablement dans la logique de « *co-régulation* »⁹. Celle-ci ne repose plus sur la seule intervention des autorités publiques. Elle suppose l'engagement actif des opérateurs à prévenir, détecter et encadrer le risque juridique. La régulation s'intérioriserait, et se déploierait dans les structures de gouvernance privée.

Sous cet angle, le RGPD relève pleinement de la compliance, entendue par D. Tricot comme un « *ensemble de procédures internes visant à garantir la conformité des comportements de l'entreprise (...) aux normes juridiques et éthiques qui lui sont applicables* »¹⁰. L'entreprise devient ainsi non plus seulement un sujet du droit, mais un maillon de sa mise en œuvre par des procédures internes. Dans cette perspective, la lecture que propose Sandie Lacroix-De Sousa prend tout son sens. Elle voit dans le RGPD l'expression d'une « *nouvelle culture* », caractérisée par l'intégration des exigences de conformité dans la gouvernance même de l'entreprise, que l'on nomme aujourd'hui compliance¹¹. Le respect du droit y devient un processus ordinaire, un réflexe.

La réflexion dépasse, en réalité, très largement le périmètre étroit des données personnelles en renvoyant à un mouvement juridique plus large. Celui des obligations à la charge de l'entreprise, marquées par une logique d'auto-régulation et la mise en place de procédures de conformité internes. Encore faut-il s'accorder sur ce que recouvrent précisément ces obligations. Comme souvent lorsqu'il s'agit de concepts issus de traditions juridiques et économiques anglo-saxonnes, l'exercice de définition demeure délicat. Le terme même de compliance, tout comme sa logique d'ensemble, puise ses origines dans le droit américain, tant du point de vue terminologique que dans sa construction historique. Il conviendra dès lors d'en

⁸ Article 24 du Règlement Général de Protection des Données

⁹ M.-A. Frison-Roche, *Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages, in Compliance : l'Entreprise, le Régulateur et le Juge*, sous la dir. de N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda, Dalloz, 2018

¹⁰ D. Tricot, in A. Gaudemet, *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 8

¹¹ S. Lacroix-De Sousa, *Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la compliance* – Rev. sociétés 2021. 351

retracer brièvement les origines, afin de mieux comprendre la nature et la portée des obligations qu'il recouvre aujourd'hui.

La genèse de la compliance s'enracine dans une histoire politique de la crise. Celle de 1929 constitue à cet égard un point de bascule¹². Déclenchée en partie par des comportements internes aux établissements bancaires et financiers, cette crise révéla une opacité structurelle propre à l'organisation entrepreneuriale. L'entreprise fonctionnait comme une « boîte noire » dont ni le marché ni l'autorité publique ne perçaient les parois¹³. Les flux financiers circulaient, les déséquilibres se creusaient, mais les mécanismes internes d'alerte ou de supervision faisaient défaut. Le risque systémique n'était pas seulement ignoré, il était juridiquement introuvable.

L'adoption du Securities Act de 1933 et Securities Exchange Act de 1934, sous l'impulsion du Président Roosevelt, a marqué une première rupture. En instaurant la Securities and Exchange Commission (SEC), le droit des marchés financiers s'est doté d'un outil de régulation doté d'un pouvoir inédit de pénétration dans la sphère organisationnelle de l'entreprise¹⁴. Cela introduisit une logique nouvelle, fondée non plus sur la seule régulation externe des marchés, mais sur une exigence de transparence applicable aux acteurs eux-mêmes. Le droit des marchés financiers imposa donc une visibilité accrue sur le fonctionnement interne de ses opérateurs avec une obligation pesant sur le fonctionnement même de l'organisation. À travers la régulation naissait une nouvelle forme de supervision.

C'est dans ce contexte qu'émerge la compliance. Le droit cesse d'intervenir en aval, il s'installe en amont, au cœur des structures. L'autorité de régulation se voit reconnaître la faculté d'accéder librement à l'entreprise qu'elle supervise, d'en contrôler le fonctionnement interne et d'apprécier la conformité des pratiques mises en œuvre. Le lien entre régulation et supervision se trouve ainsi institué dès l'origine, dans une articulation fondée sur une logique de contrôle continu.

¹² M-A Frison-Roche, « Compliance : avant, maintenant, après » in N. Borga, J-C Marin et J-C Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz coll. « Thèmes et commentaires », 2018, p. 28

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

Cette logique s'intensifie à la faveur des grands scandales économiques du début des années 2000. La faillite d'Enron, puis celle de Lehman Brothers, provoquent une nouvelle vague normative¹⁵. Le Sarbanes-Oxley Act, d'abord, vient consacrer la centralité du contrôle comptable et de la responsabilité des dirigeants¹⁶. Le Dodd-Frank Act, ensuite, a institué la rémunération des lanceurs d'alerte, érigeant ce mécanisme comme instruments autonomes de canalisation du risque¹⁷.

Au fil de ces transformations, c'est une véritable architecture normative qui se construit au sein même de l'entreprise. Une grammaire nouvelle émerge, dont les éléments sont à la fois nombreux, précis, et profondément marqués par des préoccupations hétérogènes. Mais c'est dans leur point de convergence que réside leur portée : prévenir l'apparition du risque avant même qu'il ne devienne manquement, et produire les preuves de cette vigilance avant qu'elle ne soit requise. La compliance a institué, au cœur même de l'organisation, des dispositifs de vigilance destinés à prévenir et détecter les atteintes au droit, par la mise en œuvre de programmes pilotés notamment par les *Compliance Officers*, visant à endiguer les risques de blanchiment, de corruption ou de fraude¹⁸.

Longtemps spectatrice, la France a fini par connaître tardivement l'avènement d'un véritable droit de la compliance, qui trouve son point d'ancrage dans la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin II, entrée en vigueur le 1er juin 2017. En réponse à la nécessité d'harmoniser le droit interne avec les standards internationaux, notamment ceux posés par la Convention des Nations Unies contre la corruption (dite Convention de Mérida), le législateur français a introduit un dispositif normatif d'envergure, centré sur la prévention des pratiques corruptives¹⁹.

La loi Sapin II impose aux entreprises dépassant certains seuils (plus de 500 salariés et un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros) la mise en œuvre d'un programme de conformité anticorruption²⁰. Ce programme repose sur un ensemble de mécanismes internes, dont la cartographie des risques, l'adoption de codes de conduite, l'élaboration de procédures

¹⁵ P. Bondarenko, « *Enron scandal* », *Encyclopædia Britannica*, dernière mise à jour le 19 août 2025

¹⁶ Sarbanes-Oxley Act, articles 406 et 407.

¹⁷ Dodd-Frank Act, Section 922

¹⁸ S. J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 WM. & MARY L. REV. 2075 (May 2016), p. 2082

¹⁹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

²⁰ *Ibid.*

de contrôle, ainsi que la mise en place de dispositifs d'alerte²¹. Par cette exigence d'organisation, la norme ne vise plus seulement la répression a posteriori des manquements, mais leur prévention par la structuration des comportements en amont.

Ce glissement opère une mutation conceptuelle. La compliance se matérialise dans des procédures internes, devenues aujourd'hui l'instrument emblématique d'une nouvelle grammaire normative. Ces procédures, dont le contenu est désormais largement standardisé, se déclinent autour de trois fonctions structurantes : identifier les risques, détecter les conditions de leur matérialisation, et définir les mesures de remédiation appropriées²². Ainsi s'élabore, dans le corps même de l'entreprise, une architecture juridique de la vigilance.

Dans cette perspective, c'est tout un pan du droit des sociétés qui se trouve réinvesti. La conformité n'est plus un simple prolongement exogène de l'ordre juridique. Les contours internes sont redessinés, car les structures se doivent d'intégrer dans leur mode de fonctionnement des exigences de transparence, d'éthique et de bonne gouvernance. La compliance servirait, à ce titre, des objectifs et des finalités variés parfois qualifiés de « buts monumentaux »²³. Un déplacement serait donc opéré par celle-ci, celui par lequel la gouvernance interne devient l'un des vecteurs principaux de l'effectivité du droit.

Il convient, à ce stade, de souligner que la compliance ne se confond pas avec la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Les deux notions empruntent certes des logiques voisines, fondées sur l'internalisation de certaines exigences dans la gouvernance même de l'entreprise, mais elles relèvent de généalogies et de finalités distinctes. La RSE a été définie par la Commission européenne dans son Livre vert de juillet 2001 comme « *un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* »²⁴. Être socialement responsable, selon cette définition, suppose non seulement de satisfaire aux exigences

²¹ *Ibid.* Article 18.

²² J. Chacornac, « La “compliance” : conquête ou aveu de faiblesse de l'État de droit ? », *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae – Sectio Iuridica*, vol. LXI, 2022, p. 73

²³ M.-A. Frison-Roche, *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, coll., Régulations et Compliance, sept. 2022

²⁴ Commission des Communautés Européennes Bruxelles, le 2.7.2002 com (2002) 347 final communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises: Une contribution des entreprises au développement durable, p. 7

juridiques, mais aussi d'aller au-delà, en investissant « davantage » dans le capital humain, l'environnement ou encore les relations avec les parties prenantes²⁵.

Cette référence explicite aux « parties prenantes » constitue un point nodal. Elle renvoie à une théorie américaine de la place de l'entreprise dans la société civile. Cette lecture de l'entreprise comme acteur social, porteur d'une responsabilité au-delà du seul profit, n'est pas fortuite. Elle s'explique par l'origine même de la RSE, née aux États-Unis sous l'appellation Corporate Social Responsibility (CSR), dont les premiers débats sur la légitimité de l'action entrepreneuriale remontent aux années 1930²⁶, en réaction à l'effondrement économique et à la perte de confiance généralisée envers les grandes entreprises.

Dans ce climat de crise, un mouvement académique s'est développé aux États-Unis autour de la question suivante : comment contraindre l'entreprise à intégrer, dans sa logique de décision, l'intérêt général ? C'est cette réflexion que prolonge Howard R. Bowen dans les années 1950, dans une perspective désormais managériale. Selon lui, les dirigeants doivent anticiper les attentes sociales et les intégrer volontairement dans leurs choix. La CSR serait alors, selon ses termes, « *l'obligation pour les hommes d'affaires de réaliser les politiques, de prendre les décisions et de suivre les lignes de conduite répondant aux objectifs et aux valeurs qui sont considérés comme désirables dans notre société* »²⁷. Elle apparaît déjà, à cette époque, comme le moyen opérationnel d'articuler les logiques économiques et les exigences sociales.

Cette première conceptualisation a ensuite été enrichie par la théorie développée par Robert Edward Freeman. Celle-ci impose à l'entreprise une prise en compte des intérêts souvent contradictoires de ses partenaires dans l'élaboration de ses décisions²⁸. La RSE américaine repose ainsi sur une double dynamique. D'une part, une interrogation sur la finalité sociale de l'entreprise, et d'autre part, un processus d'autorégulation fondé sur l'intégration volontaire de valeurs sociales au cœur même de l'activité économique.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ W. W. Bratton & Michael L. Wachter, Shareholder Primacy's Corporatist Origins: Adolf Berle and the Modern Corporation, 34 J. CORP. L. 99 (Fall 2008), p. 101

²⁷ H. Bowen, Social Responsibilities of the businessman, Harper and Row, New York, 1953, p.6

²⁸ R. Edward Freeman & Heather Elms, The Social Responsibility of Business Is to Create Value for Stakeholders, MIT SLOAN MGMT. REV. (Jan. 4, 2018)

L'arrêt emblématique *Paramount Communications, Inc. v. Time Inc.* cristallise, dans le droit des sociétés américain, un infléchissement significatif de cette logique²⁹. La Cour suprême du Delaware y affirme, avec clarté, qu'en dehors de circonstances exceptionnelles, le conseil d'administration n'est pas tenu par un impératif absolu de maximisation de la valeur pour les actionnaires³⁰. Il lui revient, au contraire, de définir une trajectoire stratégique conforme à l'intérêt de la société dans son ensemble, sans se limiter à un horizon d'investissement prédéterminé³¹.

Cette reconfiguration des finalités sociétales de l'entreprise trouve un prolongement institutionnel dans l'émergence des *benefit corporations*. Ces structures, à l'image de Patagonia, se voient reconnaître la faculté d'intégrer, dans leur gouvernance, les intérêts des parties prenantes au-delà du seul prisme actionnarial. Apparues d'abord dans le Maryland, elles ont été consacrées ensuite dans de nombreux États, jusqu'à ce que le Delaware adopte en 2013 un statut spécifique de public *benefit corporations*. Ce dernier oblige désormais les administrateurs à concilier trois considérations dans l'exercice de leur mandat : les intérêts financiers des actionnaires, ceux des personnes affectées par l'activité de l'entreprise, et les objectifs d'intérêt général définis par les statuts³². C'est ainsi toute la structure juridique du capitalisme actionnarial qui se trouve, sinon renversée, du moins réorientée par cette reconnaissance d'un pluralisme des finalités économiques

La trajectoire française de la RSE a suivi une autre temporalité. Longtemps perçue comme un discours d'image, elle s'est manifestée jusqu'aux années 2010 sous la forme de chartes ou de déclarations volontaires, dénuées de portée normative. Elle relevait d'un registre essentiellement moral, plus symbolique que juridique, et était assimilée à une « épée en mousse » limitée à une obligation de transparence dans le cadre du reporting extra-financier, sans sanction ni effectivité³³.

Ce n'est que plus récemment que le législateur français est venu affirmer la portée contraignante des engagements éthiques des entreprises. Le mouvement est marqué par un interventionnisme

²⁹ A. Sigel, « CSR Statements: Incentives and Enforcement in the Wake of the Business Roundtable's Statement on Corporate Purpose », *Boston University Law Review*, vol. 101, 2021, p. 803-833.

³⁰ *Paramount Communications, Inc. v. Time Inc.*, Supreme Court of Delaware, 26 février 1990, 571 A.2d 1140.

³¹ *Ibid.*

³² Delaware Unveils Public Benefit Corporation Legislation », *State of Delaware Newsroom* (Department of State ; Office of the Governor), 18 avr. 2013

³³ Von Jhering-R, *La lutte pour le droit*, Dalloz 2006, p. 2.

croissant, qui tend à imposer aux opérateurs économiques une conduite conforme à des exigences d'éthique substantielle. L'illustration la plus significative en est sans doute la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Ce texte consacre l'existence d'une obligation juridique de vigilance, pesant sur les grandes entreprises, et les contraint à prévenir les atteintes graves aux droits fondamentaux, à la santé, à la sécurité et à l'environnement³⁴. La RSE bascule de la soft law à la hard law, où le devoir de vigilance s'est imposé comme un modèle, au point d'être consacré aujourd'hui par une directive européenne³⁵.

Ce changement de nature transforme profondément le rôle juridique assigné à l'entreprise. Il ne s'agit plus seulement pour elle de respecter le droit, mais de structurer son comportement en fonction de principes éthiques et sociaux, dans un rapport actif à la norme. Les entreprises sont désormais invitées à penser leurs activités dans une logique de responsabilité élargie, intégrant leurs effets sur l'environnement, les droits humains, ou encore les équilibres sociaux, tant dans leur fonctionnement interne que dans leurs interactions avec les partenaires externes. A ce titre, le Pacte mondial des Nations unies et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales constituent deux grandes lignes directrices internationales en matière de RSE. Ces dernières s'inscrivent dans un mouvement global vers une responsabilité accrue des entreprises en les encourageant à « *tenir compte des opinions des autres parties prenantes* » tout en « *contribuant au progrès économique, environnemental et social en vue d'un développement durable* »³⁶. Le *Global Reporting Initiative* a aussi publié, dès 1999, un ensemble de lignes directrices pour le reporting en matière de durabilité, régulièrement mises à jour. Le *Sustainability Accounting Standards Board* (SASB), créé en 2011, aide également les sociétés cotées à identifier et divulguer les informations importantes relatives à la RSE et à la durabilité que les investisseurs peuvent souhaiter intégrer dans leurs décisions³⁷.

Il ne s'agit plus seulement pour elle de respecter le droit, mais de structurer son comportement en fonction de principes éthiques et sociaux, dans un rapport actif à la norme. Les entreprises sont désormais invitées à penser leur gouvernance dans une logique de responsabilité élargie,

³⁴ Code de commerce, article L225-102-4

³⁵ Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859

³⁶ *Global Reporting Initiative*, « Sustainability Reporting Guidelines — Exposure Draft for Public Comment and Pilot Testing », mars 1999

³⁷ Sustainability Accounting Standards Board (SASB), « *SASB Conceptual Framework* », février 2017

intégrant leurs effets sur l'environnement, les droits humains, ou encore les équilibres sociaux, tant dans leur fonctionnement interne que dans leurs interactions avec les partenaires externes.

Au terme de ce parcours, il apparaît que les obligations de compliance et de RSE, bien qu'historiquement distinctes, tendent aujourd'hui à se rejoindre dans une même dynamique d'internalisation des normes. Toutes deux imposent à l'entreprise d'anticiper les risques, de structurer ses comportements, et d'assumer une part de responsabilité dans l'ordre juridique et social. L'arrêt *Lindenapotheker* précité mérite donc une attention particulière. Sa solution amène à s'interroger plus largement sur l'étendue possible d'un tel mécanisme. La concurrence déloyale étant définie comme « *le fait, dans le cadre d'une concurrence autorisée, de faire un usage excessif de sa liberté d'entreprendre, en recourant à des procédés contraires aux règles et usages, occasionnant un préjudice* »³⁸ ; un concurrent pourrait-il ainsi saisir le juge national pour sanctionner le manquement à toute exigence de conformité qui aurait été internalisée au sein des processus de gouvernance de l'entreprise fautive ? Autrement dit, dès lors qu'une norme initialement destinée à réguler une pratique interne se trouve violée, un concurrent pourrait-il être à l'origine d'un contrôle horizontal de ces obligations devant le juge ?

Pour éclairer cette réflexion, le détour par le droit comparé s'impose, afin de mieux comprendre les logiques sous-jacentes. Comparer, ici, revient à remonter à la source. C'est aux États-Unis que sont nées les premières obligations de compliance. C'est également là que la RSE a connu ses premières formulations, bien avant d'être reprise dans le discours juridique européen. Étudier les prolongements contentieux de ces obligations en droit américain, c'est donc interroger le système qui en a vu la naissance, et qui, à certains égards, est susceptible d'anticiper les évolutions que l'on observe aujourd'hui en France.

Dès lors, dans quelle mesure la France et les États-Unis ont-ils ouvert la voie à un contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE par le biais d'une action civile intentée par un concurrent ?

Il conviendra d'étudier l'émergence d'un contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE (Partie I), avant de se concentrer sur la mise en œuvre de ce dit contrôle (Partie II).

³⁸ Fiche d'orientation *Dalloz*, Concurrence déloyale, Juin 2023

PARTIE I – L’émergence d’un contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE

Cette première partie a pour objet de démontrer comment la multiplication des normes impératives en matière de compliance et de responsabilité sociétale des entreprises a profondément reconfiguré les rapports entre opérateurs économiques, en favorisant l’apparition d’un contentieux horizontal inédit. Là où, traditionnellement, le respect de ces obligations relevait presque exclusivement d’un contrôle institutionnel centralisé, assuré par les autorités publiques, on observe désormais un phénomène de privatisation partielle de l’effectivité normative : les entreprises ne se bornent plus à se conformer aux standards imposés, elles mobilisent également ces standards comme armes concurrentielles dans leurs rapports de marché.

Il conviendra d’étudier l’essor d’un contentieux en concurrence déloyale entre concurrents fondé sur les manquements aux obligations de compliance et de RSE (Chapitre 1), avant d’aborder la cohabitation de cette action avec le contrôle institutionnel des obligations en la matière (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L’essor d’un contentieux entre concurrents fondé sur les manquements aux obligations de compliance et de RSE

L’analyse s’attachera à la manière dont les opérateurs économiques mobilisent désormais les standards éthiques et les procédures internes de conformité comme fondement d’actions en concurrence déloyale. Nous analyserons comment la France a choisi de mobiliser l’action en concurrence déloyale pour sanctionner le non-respect d’une norme éthique (Section 1), alors que le droit fédéral américain a choisi de cantonner l’action du concurrent à la dénonciation des discours éthiques trompeurs (Section 2).

Section 1 : La mobilisation de l’action en concurrence déloyale pour sanctionner le non-respect d’une norme éthique en France

L’objet de la présente section consiste à interroger les conditions dans lesquelles le droit français autorise un opérateur économique à solliciter l’intervention du juge civil afin d’obtenir la sanction du manquement éthique commis par l’un de ses concurrents. Autrement dit, il s’agit

de déterminer si l'ordre juridique ménage une voie horizontale, par laquelle un acteur du marché pourrait, au nom de l'exigence de loyauté, rechercher la responsabilité de son rival. L'analyse montrera que l'action en concurrence déloyale en constitue le vecteur opératoire, tant lorsqu'elle se fonde sur l'avantage concurrentiel indûment obtenu (A), que lorsqu'elle mobilise les pratiques commerciales trompeuses (B).

A) L'action en concurrence déloyale fondée sur l'avantage concurrentiel indu

Bien que la France ait connu un retard, nous l'avons vu, dans l'édification des obligations de compliance et de RSE par rapport aux États-Unis, l'observation du contentieux récent montre qu'elle se rattrape en innovant sur le terrain du contrôle horizontal. Il est exact d'affirmer que l'arrêt *Lindenapotheke* (v. *supra*)³⁹ ne vient que consacrer, au plan européen, une orientation déjà ancrée dans le droit français, du moins s'agissant des données personnelles. Le point d'appui se trouve dans le jugement *Plaisance Équipements* rendu par le tribunal judiciaire de Paris le 15 avril 2022⁴⁰. Cette décision confirme que le juge civil français sait déjà lire une non-conformité en matière de données personnelles à l'aune de la loyauté concurrentielle.

En l'espèce, la société *Plaisance Équipements* soutenait qu'une société concurrente, dans l'exercice de son activité commerciale, avait méconnu la réglementation applicable et, partant, commis des actes de concurrence déloyale⁴¹. Le grief visait principalement le RGPD. L'obligation d'information des personnes concernées n'était pas respectée, puisqu'il n'était fait mention, dans l'onglet mentions légales, que de la formule suivante : « les informations enregistrées sont uniquement réservées à l'usage du service concerné et ne peuvent être communiquées à des sociétés tierces ». Aucune politique de confidentialité n'était, en outre, publiée. Les juges en ont déduit qu'il était procédé à « une collecte de données à caractère personnel [...] sans fournir aucune information sur les conditions de ce ou ces traitements » et que le site se bornait à « un paragraphe d'information dans l'onglet mentions légales »⁴². Cette

³⁹ CJUE (gr. ch.), 4 oct. 2024, C-21/23, *Lindenapotheke* (action d'un concurrent fondée sur des pratiques commerciales déloyales en cas de violation du RGPD).

⁴⁰ Tribunal judiciaire de Paris le 15 avril 2022, n° 19/12628.

⁴¹ TJ Paris, 15 avr. 2022, n° 19/12628, *Plaisance Équipements* (RGPD et concurrence déloyale : manquement à l'information et absence de politique de confidentialité). V. présentation : Houdart Avocats, « *Manquement aux exigences du RGPD et concurrence déloyale* ».

⁴² *Ibid.*

double constatation exprime la caractérisation d'une violation des exigences du RGPD. Cette première étape appelle alors l'examen de la qualification déloyale du comportement.

Le raisonnement se précise dès lors que la décision se réfère à la solution de la Cour de cassation du 17 mars 2021⁴³. Selon cet arrêt, « *constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale, qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur* ». En d'autres termes, la faute n'est pas une illégalité abstraite. Elle réside dans le gain de position né de l'évitement des exigences de conformité que la règle fait supporter aux opérateurs. Le concurrent diligent assume ces exigences sous forme de coûts et de mécanismes d'organisation interne qui, concernant le RGPD « sont récurrents, réels et non négligeables »⁴⁴. Celui qui s'y soustrait économise nécessairement ces coûts et transforme cette économie en avantage sur le marché.

Cette grille ajoute deux précisions utiles pour le contentieux. D'une part, elle évite l'assimilation de toute illégalité à un acte déloyal⁴⁵. Seule l'illégalité qui modifie l'égalité des charges normatives intéresse l'action. D'autre part, elle éclaire la preuve du préjudice concurrentiel par une démonstration objectivée des coûts de conformité et de leur évitement. L'action en concurrence déloyale retrouve ainsi sa fonction correctrice. Elle rétablit l'égalité des contraintes que le RGPD fait peser sur les acteurs du marché, sans se substituer au contrôle public, mais en assurant son prolongement effectif dans la relation horizontale entre concurrents.

Ce sont sans doute les décisions précitées qui ont préparé le terrain à ce que l'on peut désormais qualifier de pivot jurisprudentiel en matière de compliance. Par un arrêt remarqué du 27 septembre 2023, la Cour de cassation a amorcé un infléchissement notable, en ouvrant la voie à une double extension : extension du champ opératoire de l'action en concurrence déloyale, d'une part, et extension de la portée contentieuse des manquements aux obligations de conformité, d'autre part. En censurant l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 1er juillet 2021⁴⁶, la chambre commerciale a jugé, pour la première fois avec cette netteté, que

⁴³ Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414 : « constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation... qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu ».

⁴⁴ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *L'impact économique du RGPD, 5 ans après*, publié le 1^{er} mars 2024, consulté sur le site de la CNIL, article disponible en ligne.

⁴⁵ Blaise & Desgorges, *Droit des affaires* (Lextenso, 29 août 2023), Section 2 – L'action en concurrence déloyale, § 655 : spécificité de l'action, distinction avec l'illégalité abstraite (pages internes Lextenso « 1/5 », § 655).

⁴⁶ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 1^{er} juill. 2021, n° 20/11649

le non-respect par une entreprise de ses obligations de compliance, en l'espèce, celles afférentes à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT), était susceptible de caractériser un avantage concurrentiel indu, et, ce faisant, de constituer une faute au sens de l'article 1240 du Code civil, ouvrant droit à une action en concurrence déloyale⁴⁷.

Le pourvoi avait été formé par la société *Creacard*, laquelle, dans le cadre d'un litige indemnitaire introduit en référé devant le tribunal de commerce de Marseille, sollicitait sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la communication, par son concurrent direct, la société *MF Tel*, de ses bilans comptables trimestriels, dans l'évidente perspective de préparer une demande au fond en évaluation du préjudice allégué⁴⁸. À cette initiative, la société *MF Tel* répliqua par une demande reconventionnelle, également fondée sur l'article 145 du même code, tendant à obtenir la transmission par *Creacard* de pièces qualifiées de « comptables et commerciales »⁴⁹.

Si cette riposte procédurale pouvait relever d'une tactique symétrique, elle était également animée par un soupçon juridiquement étayé. *MF Tel* faisait valoir des éléments objectifs permettant de suspecter un manquement de *Creacard* à des obligations légales de compliance, et notamment à celles posées aux articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier, relatifs à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT). Ce grief trouvait un écho dans les propres déclarations de *Creacard* : comme le relève la juridiction d'appel, il ressortait d'un courrier daté du 26 juin 2020 que cette dernière reconnaissait la nécessité de modifier les caractéristiques de certains de ses produits à la suite d'un avis rendu, le 4 février 2020, par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), saisi à l'initiative de la société *MF Tel*⁵⁰. Autrement dit, l'irrégularité alléguée ne relevait pas d'un soupçon abstrait, mais trouvait un point d'ancrage matériel dans les aveux mêmes de

⁴⁷ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995. V. aussi Favario, « *La concurrence déloyale, une action au service du droit de la compliance* », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 11 (nov. 2023), p. 11 s. (réimpr. PDF).

⁴⁸ C. pr. civ., art. 145 : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

⁴⁹ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 1er juill. 2021, n° 20/11649. V. aussi F. Jourdan & R. Maulin, « *Compliance et concurrence* », *JCP Générale*, n° 45, 13 nov. 2023, p. 1929 : faits *Creacard/MF Tel*, art. 145 CPC, lettre du 26 juin 2020 et avis ACPR du 4 févr. 2020 relevés par la CA Aix (1er juil. 2021). PDF (extrait) : lignes P1 L10-L12

⁵⁰ Ibid. La cour cite expressément : « Il résulte d'un courrier en date du 26 juin 2020 que la société *Creacard* a elle-même reconnu que les produits par elle commercialisés nécessitaient une modification pour tenir compte d'un avis émis par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) le 4 février 2020 sur demande de la société MONSIEUR TEL. »

l'entreprise visée, conférant à la demande reconventionnelle une légitimité fondée sur la loyauté attendue en contexte concurrentiel.

Pour qualifier le manquement aux obligations de conformité d'« avantage concurrentiel indu », les juges s'appuient, en l'espèce, sur une articulation essentielle : la conformité impose des coûts que seuls les opérateurs vertueux supportent. Le respect des exigences LCB-FT implique en effet, selon eux, la mobilisation de moyens significatifs, dont l'adversaire, en s'affranchissant des normes, se serait dispensé. La Cour de cassation opère ici une qualification par translation : le manquement à une norme publique dotée d'un contenu économique, ici les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT), n'est pas appréhendé *in abstracto*, comme irrégularité, mais en tant que fait générateur d'une distorsion de concurrence. La faute civile ne se déduit pas de l'illégalité elle-même, mais de l'écart économique créé entre deux entreprises placées dans une situation concurrentielle. La Cour ne privatise pas la police de la conformité ; elle en civilise l'ombre portée, en rattachant le manquement à un déséquilibre de marché⁵¹.

Cette lecture mérite d'être soulignée. Elle consacre une dissociation fonctionnelle entre l'objet de la norme et l'objet de l'action. Le juge civil ne statue ni sur la régularité administrative du comportement ni sur la sanction disciplinaire éventuelle. Il en extrait l'effet concurrentiel, en considérant que l'économie de conformité constitue une charge que la loyauté impose de supporter. L'arrêt substitue ainsi à une logique de prescription une logique de symétrie : si l'obligation est impérative, son coût devient une donnée structurelle de l'égalité de traitement entre concurrents. Le juge observe que le coût d'observance « nécessaire » pèse sur les opérateurs conformes, ce qui signifie que son évitement volontaire devient facteur de déloyauté.

Or, cette variable économique de la conformité demeure largement opaque. Comme l'a noté la Cour des comptes dans un rapport de 2022, « *les coûts et bénéfices associés à la lutte contre le blanchiment n'ont fait l'objet d'aucune étude* »⁵². Le ministère de l'Économie lui-même reconnaît cette opacité dans une note relative à la transposition de la directive (UE) 2015/849 : « *Les impacts financiers des mesures de transposition [...] sont difficilement quantifiables tout particulièrement pour les personnes assujetties. Ainsi, le fait que les mesures [LCB-FT] soient*

⁵¹ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995. V. aussi Favario, « *La concurrence déloyale, une action au service du droit de la compliance* », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 11 (nov. 2023), p. 11 s. (réimpr. PDF).

⁵² Cour des comptes, 1re chambre, 2e section, *Observations définitives : l'évolution du dispositif français de lutte contre le blanchiment, exercices 2012-2022*, 20 décembre 2022.

*d'ordre public et que les professionnels restent libres de juger des investissements à réaliser afin d'assurer la conformité de leur dispositif ne permet pas de déterminer le coût de ces mesures »*⁵³. Cette indétermination complique l'exercice probatoire, mais ne l'annule pas : à défaut d'évaluation globale, les entreprises seraient bien inspirées, à la lumière de l'arrêt commenté, d'objectiver les charges induites par la conformité afin d'identifier, le cas échéant, un différentiel économiquement significatif susceptible d'alimenter le grief de déloyauté.

C'est précisément parce que le respect des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LBC-FT) induit des « coûts supplémentaires » que leur méconnaissance est susceptible de constituer un avantage concurrentiel indu. La Cour de cassation ne découvre pas cette vérité économique : elle l'a déjà formulée, dans un arrêt du 28 septembre 2010, en relevant qu'une société qui s'affranchit de la réglementation peut, ce faisant, « *perturber le marché en plaçant cette société dans une situation anormalement favorable par rapport à ses concurrents respectant ladite réglementation* »⁵⁴. Le raisonnement est ici prolongé : les coûts inhérents au respect des normes s'imputent au prix de revient des biens ou services produits. Dès lors, l'entreprise conforme est placée devant une alternative : soit elle répercute ce coût sur le consommateur final, au risque d'éroder sa compétitivité prix ; soit elle l'absorbe, en réduisant sa marge bénéficiaire. Dans les deux cas, son positionnement concurrentiel est altéré si les autres opérateurs, pourtant soumis aux mêmes obligations, éludent leur mise en œuvre. La mécanique de la distorsion est alors enclenchée : l'entreprise non conforme s'épargne une charge, et introduit dans le jeu concurrentiel un biais en sa faveur, qui vicie l'égalité des conditions de la compétition.

L'apport de l'arrêt commenté dépasse de loin le seul contentieux LBC-FT. Il invite à une lecture transversale des dispositifs de compliance, dès lors qu'ils supposent, pour les opérateurs concernés, la mise en place de mécanismes préventifs générateurs de coûts. Ce que le présent arrêt affirme au cas particulier des obligations LBC-FT est la déclinaison d'une proposition plus générale selon laquelle le respect d'une réglementation a, nécessairement, un coût. Cette proposition, si elle est posée avec méthode, peut être déclinée à l'ensemble des obligations relevant de la compliance. Et elle autorise, *mutatis mutandis*, une extension du raisonnement : des dispositifs LBC-FT aux plans de prévention de la corruption institués par l'article 17 de la

⁵³ Ministère de l'Économie, Fiche d'impact, 11 déc. 2019, NOR : ECOT1932860R (transposition dir. (UE) 2015/849 modifiée)

⁵⁴ Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272 : la méconnaissance de la réglementation peut « perturber le marché » et placer l'auteur « dans une situation anormalement favorable ».

loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite « loi Sapin II »), en passant par les obligations de vigilance prévues aux articles L. 225-102-4 et suivants du Code de commerce, un même paradigme se dessine⁵⁵.

Cette extrapolation trouve sa légitimité dans la structure même des dispositifs de conformité, unis par une finalité commune : la poursuite de « buts monumentaux » dans l'intérêt général (v. *supra*), et caractérisés par des obligations procédurales internes exigeantes, assorties de contrôles spécifiques et de coûts de mise en œuvre significatifs. À ce titre, la convergence des finalités et des contraintes opérationnelles invite à un raisonnement par analogie. Pour autant, une telle extension ne saurait être improvisée : elle appellerait une discipline méthodique, fondée sur trois conditions cumulatives. Premièrement, une normativité claire, la norme invoquée doit être impérative, déterminée et applicable personnellement au défendeur. Deuxièmement, un coût d'observance objectivement exigé par la norme, même si son chiffrage ex ante est incertain. Et troisièmement, un avantage indu, c'est-à-dire une économie de coût compétitivement exploitable. Ainsi encadrée, la généralisation du raisonnement ne dégénère pas en glissement incontrôlé. Elle devient une méthode de qualification de la faute, fondée sur une lecture économique du droit de la concurrence déloyale, et enrichie par les exigences de la compliance ou du devoir de vigilance⁵⁶.

La question se pose alors de savoir si l'action en concurrence déloyale constitue une voie juridiquement adéquate pour appréhender les manquements aux obligations de compliance et de responsabilité sociétale des entreprises. À cet égard, la doctrine classique apporte déjà un éclairage. Roubier avait en effet souligné que l'action en concurrence déloyale ne se confondait pas avec l'action en responsabilité civile de droit commun, à laquelle elle emprunte pourtant son fondement textuel⁵⁷. Pour cet auteur, il s'agit d'une action spécifique, orientée non pas tant vers la réparation d'un préjudice que vers la délimitation des frontières licites de la concurrence. Elle sanctionne, selon ses termes, « *le devoir de ne pas utiliser des procédés commerciaux*

⁵⁵ V. T. Favario, « *La concurrence déloyale : une action au service du droit de la compliance ?* », Bull. Joly Sociétés, nov. 2023, p. 2 (B – « Une prémisse duplicable »), qui suggère d'étendre le raisonnement des obligations LBC-FT aux plans de prévention de la corruption (loi n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 17) et au devoir de vigilance (C. com., art. L. 225-102-4 s.).

⁵⁶ Th. Guillemain & J.-B. Lallemand, « *L'action en concurrence déloyale pour non-respect d'une règle de compliance : un tigre de papier ?* », JCP Entreprise & Affaires, n° 18, 2 mai 2024, Étude 1127 (sur l'extension aux autres régimes : Sapin II, devoir de vigilance, etc.).

⁵⁷ Roubier, cité par Blaise & Desgorges, *op. cit.*, § 655 (devoir de ne pas utiliser des procédés contraires aux usages ; tracé de la limite « procédés normaux/anormaux »).

contraires aux usages » et tend à « tracer une limite entre les procédés “normaux” et les procédés “anormaux” »⁵⁸.

Cette affirmation, demeure remarquablement opératoire lorsqu’elle est transposée aux pratiques de non-conformité. Dès lors qu’un opérateur s’affranchit d’une norme impérative, notamment en matière de LCB-FT, et en retire une économie de coût non supportée par les entreprises respectueuses de cette norme, il introduit sur le marché un biais concurrentiel. Ce comportement, parce qu’il rompt l’égalité des conditions concurrentielles, constitue un procédé anormal, relevant dès lors du champ de l’action en concurrence déloyale.

Cette qualification est désormais consacrée par la Cour de cassation, dans les termes suivants :

- (i) le respect des obligations LCB-FT « engendre nécessairement [...] des coûts supplémentaires » ;
- (ii) le fait de s’en affranchir « confère [...] un avantage concurrentiel indu » ;
- (iii) cet avantage peut constituer une faute au sens de l’article 1240 du Code civil, susceptible de fonder une action en concurrence déloyale⁵⁹.

L’arrêt rendu en 2010, posant que le non-respect d’une réglementation pouvait « placer [une société] dans une situation anormalement favorable par rapport à ses concurrents » et « perturber le marché », en apparaît rétrospectivement comme la pierre d’attente⁶⁰.

Ainsi, la spécificité relevée par Roubier prend ici tout son sens : loin de privatiser la police de la norme publique, l’action en concurrence déloyale civilise la conséquence concurrentielle de son inobservance. Elle transpose l’écart de conformité, dès lors qu’il produit un effet de distorsion sur le marché, dans le triptyque classique de l’article 1240 (faute, préjudice, lien de causalité), tout en poursuivant une finalité régulatrice plus exigeante : le rétablissement des conditions loyales de la concurrence.

Dans cette perspective, l’assimilation d’un manquement aux obligations de compliance ou de responsabilité sociétale à une faute civile de concurrence déloyale, dès lors que ce manquement

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995.

⁶⁰ Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272 : la méconnaissance de la réglementation peut « perturber le marché » et placer l’auteur « dans une situation anormalement favorable ».

confère un avantage concurrentiel indu, témoigne de l'activation, en pratique, d'un mécanisme de contrôle horizontal entre entreprises. Cette activation demeure juridiquement indirecte : le contrôle n'est pas institutionnel, au sens où il ne procède pas d'une autorité publique investie d'un pouvoir de surveillance, mais contentieux, c'est-à-dire déclenché par une initiative privée, sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle. Le contrôle ne se présente donc pas comme tel dans la forme ; il prend corps dans l'effet qu'il produit. Il fonctionne, en réalité, comme un mécanisme de vérification du comportement d'un opérateur économique⁶¹.

Ainsi s'esquisse une configuration originale dans laquelle les entreprises elles-mêmes sont mises en capacité de contribuer à l'effectivité des normes éthiques, non par reproduction des mécanismes de contrôle public, mais par mobilisation du droit civil comme levier correctif d'égalisation des conditions concurrentielles. L'action intentée ne tend pas, formellement, à vérifier la conformité d'un comportement à une norme impérative ; elle invite le juge à évaluer l'impact concurrentiel de la méconnaissance alléguée. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle horizontal direct. Toutefois, en pratique, l'économie du litige conduit inévitablement le débat sur le terrain de la validité, de l'applicabilité et du contenu de la norme en cause. Le juge, pour apprécier si l'avantage concurrentiel est indûment acquis, devra nécessairement s'interroger sur l'applicabilité de la norme et sur le comportement de l'entreprise au regard de celle-ci. Il en résulte un contrôle substantiel déguisé : la forme est civile, mais la logique est régulatrice.

B) L'action en concurrence déloyale fondée sur une pratique commerciale trompeuse

Après avoir envisagé l'hypothèse dans laquelle l'exigence de compliance ou de responsabilité sociétale tire sa force obligatoire de la loi, il faut désormais se tourner vers la situation, plus subtile, où l'impérativité procède du seul discours de l'opérateur. Il apparaît évident que lorsqu'une entreprise érige elle-même un standard de loyauté, elle se place sous l'empire de ce qu'elle proclame. Elle ne saurait s'en affranchir sans méconnaître l'exigence qu'elle a publiquement consacrée. Ainsi, le discours devient repère de conduite puis critère de contrôle, ce qui transforme une affirmation marketing, en une attente.

C'est dans ce contexte qu'a pris forme, au cours des dernières années, un contentieux particulièrement pertinent pour notre étude, que la pratique a désigné sous le vocable d'« anti-

⁶¹ Th. Guillemin & J.-B. Lallemand, « *L'action en concurrence déloyale pour non-respect d'une règle de compliance : un tigre de papier ?* », *JCP Entreprise & Affaires*, n° 18, 2 mai 2024, Étude 1127.

greenwashing ». L'expression, souvent reprise, ne correspond à aucune catégorie juridique autonome. Elle fonctionne comme une étiquette factuelle, rattachée à un ensemble de comportements marqués par la discordance entre des allégations environnementales séduisantes et la réalité des pratiques d'un opérateur. La paternité de cette formulation est communément attribuée à l'écologiste américain Jay Westerveld, lequel, en 1986, dénonçait le décalage entre une rhétorique « verte » et des comportements inchangés⁶². L'*Oxford English Dictionary* atteste son emploi dès 1987, en le définissant comme « *the creation or propagation of an unfounded or misleading environmental image* »⁶³. Ce faisant, la pratique n'appelle pas tant une qualification nouvelle qu'un ancrage dans les qualifications existantes.

Le phénomène s'est, en effet, laissé saisir par le droit non pas comme branche émergente, mais par intégration dans les catégories éprouvées relatives aux pratiques commerciales déloyales, puis expressément dans celles des pratiques trompeuses. Le point d'ancrage textuel, en droit français, se situe dans l'évolution des articles L.121-1 et suivants du Code de la consommation, lesquels procèdent de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005⁶⁴. La directive, on le sait, ne consacrait aucune règle autonome sur les allégations environnementales, mais elle fournit un fondement juridique pour garantir que les professionnels ne présentent pas d'allégations environnementales d'une manière déloyale vis-à-vis des consommateurs⁶⁵. Ainsi, la définition de la pratique commerciale trompeuse permettait déjà d'englober les allégations environnementales mensongères. Cette lecture a été consacrée par la jurisprudence : par un arrêt du 6 octobre 2009⁶⁶, la Cour de cassation a ainsi condamné une entreprise pour avoir utilisé des mentions telles que « respect de l'environnement » ou « efficacité et sécurité pour l'environnement » à propos d'un désherbant⁶⁷. La loi Climat et Résilience est venue, par la suite, expliciter cette interprétation. Elle a modifié l'article L.121-1 pour que le greenwashing relève désormais expressément des « pratiques commerciales trompeuses »⁶⁸. Désormais, une pratique commerciale est qualifiée de trompeuse si elle repose

⁶² Sur l'origine du terme « greenwashing » : attribution à Jay Westerveld (1986), largement reprise en doctrine et par la presse. V. par ex. Encyclopaedia Britannica, « Greenwashing ».

⁶³ Oxford English Dictionary, entrée greenwash/greenwashing (earliest citation 1987)

⁶⁴ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales (transposée aux art. L.121-1 s. C. conso.), JOUE L 149, 11 juin 2005, p. 22-39

⁶⁵ Valette & Cann, « Le greenwashing à l'épreuve des pratiques commerciales trompeuses », *JCP G* n° 38, 26 sept. 2022, 1065, p. 1 du PDF (citation « fournit un fondement juridique... »).

⁶⁶ Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757

⁶⁷ Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757 (publicité « respect de l'environnement », « efficacité et sécurité pour l'environnement »)

⁶⁸ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 dite *Climat et Résilience* (modifiant l'art. L.121-1 et renforçant la répression du greenwashing), v. Valette & Cann, p. 1 et 3

sur des allégations, indications ou présentations fausses, de nature à induire en erreur, au regard de l'impact environnemental du produit vendu ou de la portée de l'engagement en matière environnementale de l'annonceur⁶⁹.

La structure du raisonnement juridique est désormais fixée. L'appréciation de cette tromperie s'opère à l'aune du consommateur moyen⁷⁰. Il s'agit donc, classiquement, de confronter l'énoncé publicitaire à la réalité technique du produit, puis d'examiner la perception qu'en a le public visé. Ce double filtre, technique et sémantique, gouverne tout le contentieux des allégations dites « vertes » et permet d'objectiver une éventuelle dissonance entre la promesse et le fait⁷¹.

L'affaire *Materne c. Andros* illustre, à cet égard, de manière paradigmatique, l'application judiciaire de ces principes dans un contentieux entre concurrents. L'action intentée portait sur des mentions de recyclabilité apposées sur des gourdes de compote. Le juge des référés du tribunal de commerce de Lyon, puis la cour d'appel de Paris, ont procédé à une double vérification. D'une part, ils ont constaté que l'emballage en polypropylène pouvait, sur le fondement d'avis techniques sectoriels, intégrer une filière existante de tri et de régénération. D'autre part, ils ont jugé que la mention « recyclable » n'équivalait pas, dans l'esprit du consommateur moyen, à une promesse d'intégralité⁷². La présentation globale du produit n'étant pas de nature à induire en erreur, la demande fut rejetée. L'étiquette greenwashing est ici réintégrée dans la qualification de pratique commerciale trompeuse, au sens strict du Code de la consommation. Le juge, dans ce cadre, exige une preuve technique contrôlable et une démonstration sémantique précise⁷³.

Les enseignements de cette affaire sont immédiatement opératoires. L'examen se déploie en deux temps, reflétant la structuration du Code. D'abord, au titre de l'article L.121-2, le juge vérifie si le message « *repose sur des allégations [...] fausses ou de nature à induire en erreur* » quant à une caractéristique essentielle du produit⁷⁴. Ensuite, au regard de l'article L.121-3, il

⁶⁹ Code de la consommation, art. L.121-2 et L.121-3

⁷⁰ Sur le standard du consommateur moyen et le double filtre technique/sémantique, v. Valette & Cann, p. 1 (cadre UE) et renvois aux Orientations 2021/C 526/01 de la Commission ; p. 3 pour la mise en œuvre pratique.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² CA Paris, pôle 1, ch. 3, 12 mai 2021, n° 20/17544

⁷³ *Materne c. Andros* (gourdes de compote « recyclables ») : CA Paris, pôle 1, ch. 3, 12 mai 2021, n° 20/17544 ; confirmation d'une approche *in concreto* du message « recyclable ».

⁷⁴ Code de la consommation, Article L.121-2

contrôle si l'annonce « *omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle* »⁷⁵. Ce dispositif, bien que centré sur la protection du consommateur, fournit une grille d'analyse transposable à la relation concurrentielle, dès lors que la loyauté de l'information constitue un critère commun aux deux régimes⁷⁶.

Sur ce point, les recommandations de l'ARPP et les lignes directrices de la DGCCRF jouent un rôle structurant. L'ARPP indique, de manière claire, que la publicité « *ne doit pas induire le public en erreur sur la réalité des actions de l'annonceur ni sur les propriétés de ses produits en matière de développement durable* »⁷⁷. Ce faisceau de recommandations ne possède pas, en lui-même, de force obligatoire. Il constitue néanmoins un référentiel technique de plus en plus mobilisé, y compris par les concurrents, lesquels, connaissant les standards de leur secteur, peuvent plus aisément repérer les pratiques déloyales de leurs rivaux⁷⁸.

À ce stade, il convient de revenir au cœur du raisonnement. L'action en concurrence déloyale n'est pas fondée sur le Code de la consommation, mais sur l'article 1240 du Code civil. Les articles L.121-2 et L.121-3 ne créent pas l'action civile entre professionnels. Ils n'en forment pas moins les normes de comportement par lesquelles s'apprécie la faute. Lorsque le message publicitaire est qualifié de trompeur au sens du Code de la consommation, il devient automatiquement fautif au sens de l'article 1240. Le juge évalue alors le lien de causalité avec le trouble concurrentiel allégué, puis apprécie l'étendue du préjudice. Le droit économique fournit donc la norme de référence ; le droit civil, le fondement de l'action⁷⁹.

Ce mécanisme touche au cœur même de la responsabilité sociétale de l'entreprise, en ce qu'il internalise le coût de la communication responsable. La promesse verte cesse d'être un simple atout d'image. Elle devient engagement contraignant, porteur d'une charge probatoire. La RSE, dans cette perspective, ne relève plus d'un registre déontologique mais performatif : elle transforme une posture éthique en exigence vérifiable. L'action du concurrent, dans cette configuration, remplit une fonction régulatrice. Elle vient sanctionner la captation irrégulière

⁷⁵ Code de la consommation, Article L.121-3

⁷⁶ Code de la consommation, Article L.121-2 (allégations fausses/de nature à induire en erreur) et L.121-3 (omission trompeuse).

⁷⁷ ARPP, Recommandation Développement durable v3 (en vigueur depuis le 1er août 2020) — « La publicité ne doit pas induire le public en erreur... ».

⁷⁸ DGCCRF, Guide pratique des allégations environnementales (édition 2012, actualisé 2023).

⁷⁹ Sur l'articulation art. 1240 C. civ. / standards du droit économique (PCT) dans le contentieux entre professionnels, v. Guillemin & Lallemand, « L'action en concurrence déloyale pour non-respect d'une règle de compliance : un tigre de papier ? », *JCP E&A* n° 18, 2 mai 2024.

de clientèle lorsque la promesse environnementale ne repose sur aucun matériau technique disponible et contrôlable⁸⁰.

Faut-il en conclure que cette grille est transposable à la compliance, au sens strict ? La réponse appelle nuance. Lorsque la compliance prend la forme d'une obligation imposée par la loi, sans discours public adressé au marché, l'outil naturel demeure l'action fondée sur l'avantage concurrentiel indu. Le concurrent fait valoir que son adversaire a éludé une contrainte réglementaire qu'il respecte lui-même⁸¹.

Mais dès lors que la compliance devient message, qu'il s'agisse d'un affichage de conformité anticorruption, d'une maîtrise des risques de chaîne d'approvisionnement ou d'un engagement en faveur de la neutralité carbone, la grille des pratiques trompeuses retrouve toute sa pertinence. À partir du moment où l'entreprise revendique publiquement une conformité sans disposer d'un socle probatoire suffisant, la promesse de compliance se transforme en allégation commerciale. Le juge peut alors appliquer la double vérification de véracité et d'omission substantielle. À défaut de procédures déployées, de contrôles documentés et d'un suivi mesurable, l'entreprise s'expose à ce que la déloyauté soit caractérisée sur le terrain de la pratique trompeuse⁸².

Il convient toutefois d'en marquer les limites. La notion de pratique commerciale suppose un lien avec la promotion ou la vente de biens ou services⁸³. Certaines manifestations de la compliance relèvent d'une communication institutionnelle, adressée à d'autres parties prenantes que les consommateurs. Dans ces hypothèses, le périmètre matériel de la qualification peut faire défaut. La voie la plus sûre demeure alors celle de l'action en concurrence déloyale fondée sur le manquement à une norme impérative, sanctionnée au titre de l'avantage indu⁸⁴.

Cette articulation offre, en définitive, une boussole opératoire. Lorsque la compliance demeure silencieuse, l'action repose sur l'évitement d'un coût de conformité. Lorsqu'elle devient

⁸⁰ Valette & Cann, *JCP G* 2022, p. 3 (rôle régulateur de la RSE via la charge probatoire attachée aux allégations « vertes »).

⁸¹ Sur l'avantage concurrentiel indu lorsque l'opérateur élude une contrainte de conformité (ex. LCB-FT), v. Guillemain & Lallemand, *JCP E&A* 2024 (analyse de Cass. com., 27 sept. 2023)

⁸² Application de la grille PCT à la compliance "affichée" : voir ARPP, Recommandation précitée ; DGCCRF, *Guide* 2012/2023 (exigences de véracité, justification, clarté).

⁸³ Cass, 14 mai 2025, n°23-23.060

⁸⁴ Sur les limites matérielles de la pratique commerciale (champ B2C) et le repli utile sur l'action 1240 pour avantage indu, v. Favario, « La concurrence déloyale : une action au service du droit de la compliance ? », *Bulletin Joly Sociétés* n° 11, nov. 2023, p. 11

message, l'action s'appuie également sur la grille des pratiques trompeuses, afin d'objectiver la faute au regard de la véracité et des omissions.

En France, l'action ne procède donc pas du droit économique mais du droit commun. Le juge civil importe la grille des articles L.121-2 et L.121-3 comme instrument d'objectivation de la faute, puis rattache la responsabilité à l'article 1240. Il en résulte que la discussion probatoire porte simultanément sur le contenu technique de la performance revendiquée et sur la réception du message par le consommateur moyen, la sanction étant prononcée au titre de la concurrence déloyale⁸⁵. Aux États-Unis, nous le verrons, le mécanisme est différent. L'action du concurrent repose sur des fondements spéciaux ouvrant des modèles d'action spéciale. Là où le droit français, lui, mobilise avec souplesse les instruments du droit commun⁸⁶.

Section 2 : Le cantonnement de l'action du concurrent à la dénonciation des discours éthiques trompeurs en droit fédéral aux États-Unis

Il conviendra d'orienter l'analyse par l'étude des lois spéciales fédérales qui érige une véritable police des discours éthique via la Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (A) et la section 43(a) du Lanham Act (B).

1) La Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act

La section précédente a établi, dans l'ordre juridique français, que le non-respect d'une norme impérative de compliance, dans la mesure où il permet une économie de coûts, peut, à lui seul, constituer une faute de concurrence déloyale au titre de l'« avantage concurrentiel indu »⁸⁷. Le basculement vers le système américain impose toutefois un changement d'angle : il n'existe pas, en droit fédéral, une action qui permettrait à un opérateur de rechercher la responsabilité pour faute de son concurrent lorsque celle-ci sanctionnerait l'économie de conformité en tant que telle. En d'autres termes, la simple constatation d'un manquement à une obligation de compliance ou de RSE ne suffit pas, par elle-même, à fonder une action civile.

⁸⁵ Pour un panorama contentieux récent (prescription, point de départ, etc.) : TJ Paris, JME, 10 mai 2022, n° 21/07463 ; Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-19.153 ; CA Paris, 28 mai 2021, n° 20/08642 ; Cass. 2e civ., 12 avr. 2012, n° 11-20.664 — voir Valette & Cann, *JCP G* 2022.

⁸⁶ États-Unis — Lanham Act, § 43(a) (15 U.S.C. § 1125(a)), action spéciale en false advertising ; v. Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U.S. 118 (2014) (test « zone of interests » + causalité prochaine).

⁸⁷ V. *supra*

Dans un premier temps, il convient donc d'étudier l'hypothèse dans laquelle la réparation pour un concurrent n'est ouverte qu'à la condition que ce manquement éthique ou de compliance soit juridiquement converti en une violation de la loi fédérale dite Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, ci-après « RICO », codifiée aux 18 U.S.C. §§ 1961-1968, et que l'ensemble des éléments constitutifs exigés par ce texte soient réunis.

La loi RICO, adoptée en 1970 par le Congrès, s'inscrivait dans un arsenal législatif destiné à combattre l'emprise du crime organisé sur le commerce interétatique⁸⁸. Elle a été décrite comme visant à empêcher les *known mobsters* d'infiltrer des entreprises légitimes⁸⁹, et prohibe quatre catégories d'activités définies par le § 1962 :

- l'investissement de revenus issus d'une activité de racket dans une entreprise (§ 1962(a)),
- l'acquisition ou la conservation du contrôle d'une entreprise au moyen d'une telle activité (§ 1962(b)),
- la direction des affaires d'une entreprise par le biais de cette activité (§ 1962(c)),
- la conspiration en vue de commettre l'une de ces infractions (§ 1962(d)).

Dès lors, l'économie générale du texte repose sur la « racketeering activity », qui en constitue l'élément pivot. Cette notion est définie par le Congrès comme englobant une série d'infractions dites « prédicats » fixées par le § 1961(1), incluant le plus souvent la fraude postale (*mail fraud*, 18 U.S.C. § 1341), la fraude électronique (*wire fraud*, 18 U.S.C. § 1343)⁹⁰, mais aussi l'extorsion, certaines formes de corruption, le *Travel Act* ou encore le blanchiment.

L'innovation a toutefois consisté à adjoindre au volet pénal une action civile, prévue par l'article 18 U.S.C. § 1964(c), qui autorise « toute personne lésée dans ses biens ou son activité par une violation » du § 1962 à agir. Outre les conditions de recevabilité, la violation suppose cumulativement :

⁸⁸ S. Rep. n° 91-617, p. 76 (1969) (indiquant que l'objet de RICO était « l'élimination de l'infiltration du crime organisé et du racket dans les organisations légitimes opérant dans le commerce interétatique »).

⁸⁹ Jed S. Rakoff & Howard W. Goldstein, *RICO Civil and Criminal Law and Strategy*, § 1.01, p. 1-4 (éd. 2000) (citant S. Rep. 91-617, p. 76 (1969)).

⁹⁰ Voir *Klehr v. A.O. Smith Corp.*, 521 U.S. 179, 191 (1997) (relevant que la fraude postale et la fraude électronique sont alléguées comme actes prédicats dans une « très forte proportion » des actions civiles RICO)

- (i) un acte prohibé par la section 1962
- (ii) un préjudice affectant les biens ou l'activité, et,
- (iii) un lien de causalité directe entre la violation et le préjudice⁹¹.

De même en droit français, l'action en concurrence déloyale, fondée sur l'article 1240 du Code civil, est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sans condition de qualité de concurrent ni de commerçant, conformément à l'article 31 du Code de procédure civile et à la jurisprudence constante de la Cour de cassation⁹². De ce point de vue, l'ouverture subjective de la loi RICO, qui autorise « *any person injured in his business or property* » à agir, n'emporte pas de différence de principe avec le modèle français. La divergence tient au régime, les juridictions américaines refusant d'étendre le modèle RICO à de simples litiges commerciaux ou contractuels et exigeant un schéma de racketeering et un lien de causalité direct⁹³, là où le droit français demeure gouverné par la triade faute, dommage et lien de causalité. Ce dernier semble davantage accueillant que son homologue américain, dans la mesure où, en matière de responsabilité délictuelle pour faute, la jurisprudence française retient la théorie de l'équivalence des conditions, soit, l'existence d'un lien de causalité dès que l'événement envisagé a concouru à la réalisation du dommage⁹⁴.

Toutefois, l'application de la loi RICO ne se déclenche pas à raison d'un épisode isolé : il requiert l'existence d'un « schéma » d'activité de racket, c'est-à-dire un comportement structuré et organisé sur la durée. Cette exigence a été précisée par la Cour suprême dans l'arrêt *H.J. Inc.*, qui a dégagé une double condition : la « relatedness » et la « continuity ». La première impose que les actes soient reliés par la convergence de leurs buts, de leurs méthodes, de leurs participants, de leurs victimes ou encore de leurs effets⁹⁵. La seconde, envisagée sous l'angle de la continuité, peut être « fermée » lorsqu'une pluralité d'actes s'étend sur une période substantielle, ou « ouverte » lorsqu'une menace de répétition future peut être démontrée⁹⁶.

⁹¹ Voir *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, 136 S. Ct. 2090, 2096 (2016) ; voir aussi *Chisolm v. TranSouth Financial Corp.*, 95 F.3d 331, 336-37 (4e cir. 1996) ; *Holmes v. Securities Investor Protection Corp.*, 503 U.S. 258, 268 (1992) (jugant que, pour prouver un préjudice « by reason of » d'une violation du § 1962 par le défendeur, le demandeur doit établir que cette violation est la cause « proximate » — lien de causalité direct — de son préjudice).

⁹² Cass. com., 18 déc. 2001.

⁹³ *Yesko v. Fell*, 2014 WL 4406849, *7-12 (D. Md. 2014) (rejet des allégations RICO avec préjudice lorsque le demandeur n'allègue rien au-delà d'un simple différend commercial).

⁹⁴ Civ. 2e, 24 mai 1971.

⁹⁵ *H.J. Inc. v. Northwestern Bell Telephone Co.*, 492 U.S. 229, 240 (1989) (citant l'ancienne version du 18 U.S.C. § 3575(e))

⁹⁶ *H.J. Inc. v. Northwestern Bell Telephone Co.*, 492 U.S. 229, 241 (1989)

Transposée au terrain de la compliance, cette grille d'analyse conduit à exclure qu'une entorse ponctuelle à des procédures de conformité internes suffise. Il faut établir une série structurée ou, à tout le moins, la perspective réaliste d'une telle série⁹⁷. Ainsi, nul doute qu'un envoi périodique de rapports internes maquillés sur plusieurs cycles d'appels d'offres est susceptible de satisfaire à la continuité. On mesure donc, à ce stade, une différence significative avec le droit français. Ce dernier admet la qualification de faute autonome dès lors qu'un manquement procure un avantage indu, tandis que le système américain requiert l'insertion du manquement dans toute une architecture d'infractions déterminées sous la forme d'un schéma frauduleux adressé à un décideur dont la réponse détermine immédiatement l'allocation d'un avantage concurrentiel⁹⁸. En d'autres termes, l'infraction doit produire un déplacement direct de valeur sur le marché.

La question peut alors se formuler avec netteté : à quel moment une non-conformité interne bascule-t-elle dans le champ des infractions prédicats visées par la loi RICO ? Le droit positif répond en termes matériels : la non-conformité n'est jamais, par elle-même, un prédicat. Elle le devient lorsqu'elle constitue l'outil ou la façade d'un schéma frauduleux, notamment lorsque des déclarations de conformité sont transmises par courrier, voie électronique ou portails réglementaires afin d'obtenir un avantage économique ou d'éluder un coût. Si ces déclarations sont mensongères, trompeuses par omission en présence d'un devoir de révélation, ou destinées à dissimuler une violation, elles basculent dans l'incrimination. Autrement dit, le manquement de compliance ou de RSE devient pertinent au regard de RICO lorsqu'il se communique vers l'extérieur et opère comme un levier de captation de valeur.

La différence de qualification est nette entre les deux systèmes, mais la fonction peut converger. Dans les deux cas, il s'agit de neutraliser l'avantage issu de la déloyauté et de restaurer l'équilibre concurrentiel. En France, cette fonction est assurée par la faute de concurrence déloyale. Aux États-Unis, elle ne peut l'être que si la non-conformité se transforme en tromperie externalisée, insérée dans un schéma frauduleux constitué d'actes prédicats, et affectant immédiatement l'attribution d'un marché. Mais au fond, dès lors que la non-conformité se matérialise en messages mensongers orientés vers la décision d'un tiers, la fonction correctrice

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Bridge v. Phoenix Bond & Indem. Co.*, 553 U.S. 639, 657-58 (2008).

que le droit français accomplit par la notion de faute peut, côté américain, être assumée par l'action du concurrent fondée sur la loi RICO.

B) Le Lanham Act

L'action du concurrent peut également être déployée dans un cadre spécialisé qui vise d'abord et avant tout les énoncés publicitaires : l'outil pivot est l'action en false advertising du Lanham Act, § 43(a)(1)(B) (15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B))⁹⁹. Historiquement conçue comme un prolongement du droit des marques, cette disposition a été interprétée pour englober les messages commerciaux mensongers ou de nature à induire en erreur, y compris, aujourd'hui, les allégations « vertes » ou éthiques¹⁰⁰. Mais l'office du juge se concentre sur la véracité et la matérialité du message, non sur le respect substantiel d'un programme de conformité interne. C'est ce prisme qui « cantonne » l'action du concurrent aux discours et non aux manquements de compliance pris isolément¹⁰¹.

Le texte vise toute « *description ou représentation de fait, fausse ou de nature à induire en erreur* », faite « *dans une publicité ou promotion commerciale* », qui présente de manière inexacte la nature, les caractéristiques, les qualités ou l'origine géographique de biens, services ou activités¹⁰². La conséquence matérielle est nette : au cœur du contrôle, on trouve le message mis sur le marché, alors que l'architecture interne de conformité n'entre pas, en elle-même, dans le périmètre normatif tant qu'elle ne se convertit pas en affirmation vérifiable adressée au public (ou aux clients professionnels)¹⁰³.

La jurisprudence retient classiquement, notamment dans la décision *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co*, que pour qu'une action en false advertising au titre du § 43(a)(1)(B) prospère, le demandeur doit prouver : (1) une fausse déclaration de fait dans une publicité commerciale, (2) qui a effectivement trompé ou a tendance à tromper un segment substantiel du public pertinent, (3) la matérialité de la tromperie (aptitude à influencer l'achat), (4) l'entrée de la

⁹⁹ 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B). Voir aussi C. Robledo, « An American Dream Gone Green: A Discussion of Existing Environmental Marketing Regulations and the Need for Stricter Legislation », *Touro Law Review*, vol. 38, 2022, p. 946-94

¹⁰⁰ C. Robledo, art. préc., p. 946-949 (évolution de l'interprétation de § 43(a) vers la publicité mensongère et les *green claims*).

¹⁰¹ N. Feinstein, « Learning from Past Mistakes: Future Regulation to Prevent Greenwashing », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 40, 2013, p. 238-241

¹⁰² 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B).

¹⁰³ N. Feinstein, art. préc., p. 238-241

déclaration dans le commerce inter-États, et (5) un préjudice (ou un risque de préjudice) commercial¹⁰⁴. Cette ossature, désormais stable, structure aussi les contentieux anti-greenwashing intentés par des concurrents¹⁰⁵.

Nous nous concentrerons précisément sur ces conditions dans un prochain développement, mais l'on retrouve déjà cette différence entre les systèmes français et américain. Ce dernier favorise une internalisation par le marketing, la communication, mais tant que l'entreprise ne promet rien, son défaut de conformité n'est pas, par lui-même, susceptible d'être contesté par un concurrent. Mais dès qu'elle revendique une vertu, elle s'expose à une police du discours. D'ailleurs, le recours au contentieux pour mettre fin à ce type d'agissements d'un concurrent est précisément ce que le Lanham Act vise à encourager¹⁰⁶. Alors que, le modèle français, en plus de cela, internalise, lui, les coûts de conformité à la source, la faute peut être déduite de l'évitement, indépendamment d'un message au public¹⁰⁷. Les trajectoires françaises sont complémentaires : la première protège l'espace de la communication loyale ; la seconde égalise les charges face à la loi.

Deux axes guident l'appréciation des *claims* sous le Lanham Act. La délimitation qualitative du discours justiciable passe par la distinction entre slogans laudatifs non vérifiables (*puffery*) et affirmations factuelles susceptibles de preuve. L'affaire *Pizza Hut v. Papa John's* illustre la logique : le slogan « *Better Ingredients. Better Pizza.* » est demeuré non actionnable tant qu'il restait un jugement de valeur indéterminé. Il n'entre dans le champ que si le contexte publicitaire l'objective, par des tests comparatifs par exemple, au point d'en faire une assertion vérifiable¹⁰⁸. La frontière n'est pas rhétorique, elle détermine si l'énoncé est juridiquement évaluable, donc s'il relève de la police du § 43(a)¹⁰⁹.

On comprend alors que les affirmations liées aux obligations RSE et compliance, telle que « emballage 100 % recyclable » par exemple, appellent une preuve préalable. Ensuite, la distinction entre la ligne littéralité / implicite est importante : un énoncé littéralement faux peut

¹⁰⁴ *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134, 1139 (9th Cir. 1997) (énonçant les éléments de l'action § 43(a)(1)(B)) ; v. dans le même sens *American Council of Certified Podiatric Physicians & Surgeons v. American Bd. of Podiatric Surgery, Inc.*, 185 F.3d 606, 613 (6th Cir. 1999), cité par N. Feinstein, art. préc., p. 239.

¹⁰⁵ N. Feinstein, art. préc., p. 239-241

¹⁰⁶ *Perfumebay.com, Inc. v. eBay, Inc.*, 506 F.3d 1165, 1178 (9th Cir. 2007)

¹⁰⁷ Cass, 27 septembre 2023, n°21-21-995

¹⁰⁸ *Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc.*, 227 F.3d 489, 495-501 (5th Cir. 2000)

¹⁰⁹ *Time Warner Cable, Inc. v. DIRECTV, Inc.*, 497 F.3d 144, 158-160 (2d Cir. 2007)

être sanctionné, tandis qu'un énoncé littéralement vrai mais de nature à induire en erreur requiert en général des enquêtes consommateurs méthodologiquement robustes pour démontrer la tromperie d'un segment substantiel du public pertinent¹¹⁰. Il n'existe aucun seuil chiffré uniforme pour ce segment, ce qui prime est la qualité de la preuve et l'adéquation avec la promesse. En toile de fond, la règle de la "net impression" (impression globale) commande : un disclaimer discret ne « guérit » pas un message principal trompeur. L'annonceur est alors exposé à un contrôle *in concreto* de la véracité des termes tel que perçu par le consommateur¹¹¹.

L'élusion pure et simple d'une obligation de compliance ou de RSE, sans communication envers le marché, n'ouvre donc pas d'action privée en Lanham Act. C'est ici que s'observe la rupture avec le modèle français. En France, deux voies complémentaires s'offrent au demandeur : (i) la voie discursive des pratiques commerciales trompeuses, fonctionnellement proche du Lanham Act ; et (ii) la voie de l'avantage concurrentiel indu, qui sanctionne l'évitement d'une norme impérative même en l'absence de tout message public. Par cette dernière, le juge français objective alors la charge de conformité et la distorsion qui résulte de son évitement. Rien de tel n'existe dans l'action américaine de concurrence, laquelle ne « privatise » pas la police des normes de compliance, mais elle police les messages¹¹².

En définitive, l'action du concurrent aux États-Unis est cantonnée par trois verrous : (i) un objet ; (ii) un périmètre matériel conditionné par la fonction d'influence et la diffusion de la communication, (iii) une exigence probatoire élevée. Ce triptyque explique le rendement limité de la voie privée pour discipliner des manquements silencieux de compliance et RSE, rôle assumé, pour l'essentiel, par les autorités publiques, alors même que son efficacité s'accroît dès que l'entreprise transforme sa conformité en promesse précise et vérifiable¹¹³.

Au fond, si le Racketeer Influenced and Corrupt Organizations et la section 43(a) du Lanham Act jouent aujourd'hui un rôle si singulier dans les litiges « concurrent contre concurrent » aux États-Unis, c'est parce que la culture américaine de la compliance et de la RSE s'est structurée dans un ordre juridique centré sur l'intégrité des flux d'information vers les investisseurs et les consommateurs, un droit de la « disclosure » et de la véracité publicitaire avant tout¹¹⁴. Ce

¹¹⁰ C. Robledo, art. préc., p. 949-951

¹¹¹ C. Robledo, art. préc., p. 947

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ C. Robledo, art. préc., p. 949-951

¹¹⁴ *Time Warner Cable v. DIRECTV*, préc., 497 F.3d 144, 158

cadrage montre bien que la voie de droit privée sur un fondement fédéral est pensée comme une police des manipulations d'information affectant le marché, non comme une répression générale des écarts de conformité internes. Partant, nous ne retiendrons uniquement le Lanham Act, puisqu'il est le seul à appartenir véritablement au domaine de la concurrence déloyale. À rebours, en droit français, l'action en concurrence déloyale, fondée sur l'article 1240 du Code civil, n'est pas née d'une police des énoncés mais d'une police des comportements de marché : la faute peut résider, indépendamment de toute tromperie informationnelle, dans le non-respect d'une norme impérative qui économise des coûts et confère un « avantage concurrentiel indu », l'objectif étant de neutraliser l'externalisation illicite des coûts de conformité plus que de purifier un flux d'information.

Cette divergence n'est pas simplement technique ; elle conditionne la manière dont les entreprises anticipent le risque contentieux. Elle justifie, à ce titre, de prolonger l'analyse à l'articulation de ces règles avec les mécanismes publics de contrôle des obligations de compliance et de RSE.

Chapitre 2 : La cohabitation de l'action du concurrent avec le contrôle institutionnel des obligations de compliance et de RSE

Ce chapitre s'attache à analyser la cohabitation de l'action du concurrent avec le contrôle institutionnel des obligations de compliance et de RSE, en mettant en lumière les tensions entre l'exécution publique des normes et leur invocation dans un contentieux privé. Dans un environnement marqué par la multiplication des obligations impératives, la question centrale est celle de l'articulation des mécanismes : dans quelle mesure le juge civil peut-il se saisir d'un manquement éthique interne sans empiéter sur les prérogatives confiées aux autorités administratives ou pénales ?

Il conviendra, d'abord, d'étudier l'articulation entre l'action en concurrence déloyale et les mécanismes publics de contrôle en France (Section 1), avant d'examiner la prédominance tempérée du contrôle institutionnel des obligations éthiques aux États-Unis (Section 2).

Section 1 – L’articulation entre l’action en concurrence déloyale et les mécanismes publics de contrôle en France

La prolifération normative en matière de compliance et de RSE a profondément transformé les termes du débat : il ne s’agit plus seulement de savoir quelles obligations s’imposent aux opérateurs, mais de déterminer comment s’articulent, dans cet environnement, les mécanismes publics de contrôle et l’action civile des concurrents. La question prend une acuité particulière en concurrence déloyale, où l’entreprise victime peut, sur le fondement de l’article 1240 du Code civil, invoquer soit le manquement d’un concurrent à ses obligations de conformité, soit une publicité trompeuse fondée sur des discours éthiques, pour solliciter réparation¹¹⁵. Mais l’enjeu dépasse de loin la seule indemnisation, il engage la fonction même de l’action en concurrence déloyale comme instrument d’effectivité horizontale des normes. Or, dans un paysage marqué par le renforcement des prérogatives institutionnelles, la question surgit : cette action civile peut-elle se combiner avec les sanctions publiques, ou se heurte-t-elle à la barrière constitutionnelle du principe de nécessité des délits et des peines ?

En France, la régulation des obligations de compliance et de RSE se caractérise par une pluralité d’autorités administratives et services publics spécialisés responsables de compétences sectorielles. Nous pouvons citer l’Agence française anticorruption (AFA) pour les dispositifs de prévention de la corruption, TRACFIN pour la détection et le signalement des opérations de blanchiment et de financement du terrorisme, ou encore l’Autorité des marchés financiers (AMF) pour l’information extra-financière des sociétés cotées. Cette dispersion des pouvoirs de contrôle se trouve désormais redoublée par l’adoption de la directive (UE) 2024/1760 du 24 avril 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (CS3D), qui marque un tournant majeur. Son article 24 impose aux États membres de désigner une ou plusieurs autorités de contrôle indépendantes, dotées de moyens étendus d’enquête et de sanction, afin de garantir l’identification, la prévention, l’atténuation et la réparation des incidences négatives des activités des entreprises sur les droits humains et l’environnement¹¹⁶.

Comme la sanction pénale, la sanction administrative vise à réprimer un comportement fautif. Mais, alors que la première s’analyse comme une décision juridictionnelle, la seconde est

¹¹⁵ *V. supra*

¹¹⁶ Sur la directive « devoir de vigilance » (CS3D) : Dir. (UE) 2024/1760 du 13 juin 2024, JOUE L , 2024 (entrée en vigueur 25 juillet 2024). Art. 24 : désignation d’autorités de contrôle indépendantes dotées de pouvoirs d’enquête et de sanction.

une décision administrative émanant d'une autorité administrative¹¹⁷. Elle n'est pas une simple admonestation, car elle habilite l'autorité publique à réprimer un comportement jugé contraire à l'intérêt général¹¹⁸. Le Conseil d'État traduit ce basculement en des termes dépourvus d'ambiguïté : « *les sanctions administratives forment donc désormais un système autonome de répression, fondé sur des principes fondamentaux [...] et encadré par un contrôle juridictionnel de plus en plus approfondi* »¹¹⁹.

Or, l'essor de la compliance et de la RSE s'accompagne d'un accroissement significatif des pouvoirs de sanction des institutions compétentes, qui exercent désormais un véritable contrôle sur le terrain des obligations éthiques. Dès lors, ce renforcement des prérogatives publiques invite à replacer l'analyse sous l'éclairage du principe de nécessité des délits et des peines de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), selon lequel nul ne peut être poursuivi ou sanctionné deux fois pour les mêmes faits et à l'égard de la même personne¹²⁰. Initialement affirmé en matière pénale, il a été étendu aux sanctions administratives à caractère répressif par le Conseil constitutionnel, lequel exige que la double répression soit prohibée lorsqu'elle « *protège les mêmes intérêts sociaux* » et poursuit « *une seule et même finalité* »¹²¹. Ce raisonnement conduit à s'interroger sur un point essentiel : un même manquement à une obligation de compliance ou de RSE pourrait-il être sanctionné à la fois par une autorité administrative indépendante et par le juge civil dans le cadre d'une action en concurrence déloyale, sans heurter le principe de nécessité des délits et des peines ? Un premier éclairage peut être trouvé dans la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 précitée, relative au cumul des sanctions prononcées par l'AMF et par le juge pénal en matière d'abus de marché. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil a jugé que le système en vigueur à l'époque, permettant qu'une même personne soit sanctionnée pour les mêmes faits à la fois par l'autorité administrative et par le juge pénal, portait atteinte au principe de nécessité des délits et des peines, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il a donc censuré les anciens articles L. 621-15 et L. 465-1 du Code monétaire et financier, qui autorisaient ce cumul.

¹¹⁷ Fiches d'orientation Dalloz, « Sanction administrative », pt 1.1, sept. 2020.

¹¹⁸ M. HAURIOU, Principe de droit public, op. cité, p. 3 et s.

¹¹⁹ Conseil d'État, « Le juge administratif et les sanctions administratives », *Analyses de jurisprudence – Dossier thématique*, 9 janv. 2017, en ligne.

¹²⁰ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 8.

¹²¹ Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC.

Le second éclairage décisif est alors apporté par la décision *Eurelec*, dans laquelle le Conseil constitutionnel précise « *qu’aucune exigence constitutionnelle n’impose que des sanctions administratives prononcées pour des manquements distincts soient soumises à une règle de non-cumul* »¹²². Autrement dit, le principe de nécessité des délits et des peines ne fige pas la main du régulateur dès lors que la matérialité des manquements ne se confond pas. Appliquée aux dispositifs de compliance et de RSE, cette clarification emporte deux conséquences. D’une part, elle autorise, au sein du périmètre public, l’intervention successive ou concomitante de plusieurs autorités lorsque chacune réprime un manquement propre à son champ, pourvu que l’identité de faits et de finalité répressive fasse défaut. D’autre part, elle éclaire, par contraste, la place de l’action civile du concurrent, laquelle se situe hors du registre de la répression, sous réserve que la réparation allouée ne présente pas un caractère punitif¹²³.

La question doit également être placée dans le cadre de la jurisprudence *Engel c. Pays-Bas* (CEDH, 1976), qui a notamment établi que la qualification juridique interne de la sanction par l’État ne suffit pas. Elle considère la sanction en fonction de trois critères :

- La qualification juridique de l’infraction en droit interne ;
- La nature de l’infraction elle-même ;
- Le degré de sévérité de la sanction¹²⁴.

Appliquée à l’action en concurrence déloyale fondée sur l’article 1240 du Code civil, l’analyse *Engel* conduit, critère par critère, à exclure l’atteinte au principe de nécessité des délits et des peines. D’abord, l’action en concurrence déloyale est une action en responsabilité civile¹²⁵. L’incrimination n’est pas publique ni abstraite : il ne s’agit pas de réprimer une atteinte à l’ordre social définie *ex ante* par l’État, mais de qualifier *in concreto* une faute civile, manquement à la loyauté concurrentielle et génératrice d’un dommage au détriment d’un opérateur identifié. Le fait générateur peut résider dans une publicité trompeuse ou, sur le terrain de la compliance, dans l’évitement d’une obligation éthique créant une distorsion de concurrence. Pour autant, l’objet de l’office civil demeure la restauration de l’égalité des conditions de marché entre deux opérateurs, non la protection directe d’un intérêt collectif. Quant au degré de sévérité, la mesure

¹²² Cons. const., 25 mars 2022, n° 2021-984 QPC, *Eurelec*.

¹²³ Cass. com., 5 juin 2024, n° 23-22.122, F-B (QPC – non-lieu à renvoi); (contre CA Paris, 4 oct. 2023) — obs. Z. Jacquemin, GPL 17 sept. 2024, n° GPL467c6

¹²⁴ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A n° 22, §§ 82-83 (critères : qualification interne ; nature de l’infraction ; sévérité de la sanction).

¹²⁵ Cass. com., 18 avr. 1958 : D. 1959, p. 87, note F. Derrida.

civile n'emporte ni privation de liberté ni stigmatisme pénal. L'outillage du juge civil est réparatoire et restitutif. En effet, en droit français, la logique indemnitaire demeure gouvernée par le principe de réparation intégrale : « *tout le préjudice doit être réparé, mais rien que le préjudice* »¹²⁶, de sorte que l'évaluation se borne à restituer la situation qui aurait existé en l'absence de la faute, sans recherche d'un surcroît dissuasif¹²⁷. La réparation doit être à la mesure du préjudice subi et ne peut être disproportionnée¹²⁸. En matière de concurrence déloyale, l'arrêt du 12 février 2020 consacre bien une méthode d'évaluation restitutive : la Cour admet que l'on tienne compte de « *l'économie injustement réalisée* » par l'auteur, modulée « *en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties* »¹²⁹. La notice de l'arrêt généralise la solution aux « *actes (...) consistant (...) à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût* », et admet que la réparation « *peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu (...) modulé* » selon l'activité des parties. D'ailleurs, la Cour a, peu après, refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité concernant le caractère punitif de ces dommages et intérêts, en affirmant que l'interprétation de la solution de 2020 ne peut avoir pour effet d'aboutir à des dommages-intérêts excédant l'avantage indu et « *n'instaure pas une sanction ayant le caractère d'une punition mais vise exclusivement à assurer la réparation du préjudice subi par la victime* »¹³⁰. Ce faisant, l'indemnisation civile neutralise l'avantage concurrentiel sans verser dans le punitif.

En effet, cette architecture exclut, en elle-même, la fonction répressive dès lors que le juge civil n'alloue pas de dommages-intérêts punitifs et calibre le quantum par des critères strictement réparatoires, qu'il s'agisse de la perte subie et du gain manqué ou, dans les contentieux de non-conformité, de l'économie injustement réalisée modulée par l'activité des parties. Tant que l'action en concurrence déloyale se tient dans ce périmètre restitutif et n'excède pas la neutralisation de la distorsion concurrentielle créée par la faute, elle ne concurrence pas la répression publique et ne heurte pas l'article 8 de la DDHC. Autrement dit, l'absence de finalité punitive du droit commun de la responsabilité préserve l'autonomie de l'action du concurrent, qui demeure un instrument d'effectivité horizontale des normes, sans empiéter sur le *ius puniendi* des autorités de contrôle.

¹²⁶ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, p. 163

¹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2021, n° 19-21.622 et 19-23.604

¹²⁸ Com., 13 juin 2019, n° 18-10.688

¹²⁹ Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614

¹³⁰ Cass. com., 5 juin 2024, n° 23-22.122, F-B (QPC – non-lieu à renvoi); (contre CA Paris, 4 oct. 2023) — obs. Z. Jacquemin, *GPL* 17 sept. 2024, n° GPL467c6

Il convient de se demander si, aux États-Unis, l'action du concurrent peut s'adosser à une logique de réparation uniquement. En droit américain, les *punitive damages* désignent des sommes allouées en plus des dommages effectivement subis, afin de punir une conduite particulièrement répréhensible et de dissuader sa répétition¹³¹. La pratique judiciaire les réserve classiquement aux hypothèses d'*intentional tort* ou de *wanton and willful misconduct*, c'est-à-dire lorsque le défendeur a délibérément persévéré dans un comportement illicite en connaissance du risque de dommage¹³². La Cour suprême a, dès *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, ouvert le contentieux constitutionnel afférent en refusant d'y voir, en principe, une violation du droit fédéral commun ou du *Eighth Amendment* en matière d'« *Excessive Fines* »¹³³.

La Cour suprême encadre toutefois les punitive damages au moyen des guideposts établis par le « Gore Test » issus de *BMW of North America, Inc. v. Gore*, qui irriguent désormais tout le contrôle de proportionnalité¹³⁴. D'abord, il faut étudier le degré de répréhensibilité de la conduite du défendeur, ensuite le rapport entre le dommage effectivement indemnisé et le montant des dommages punitifs, la jurisprudence exigeant une proportionnalité qui, en pratique, privilégie des multiplicateurs à un chiffre et proscriit les montants « exorbitants » susceptibles de devenir spoliatifs au regard du *due process*¹³⁵, enfin la comparaison avec les peines applicables à des faits analogues, celles-ci servant de repère de la valeur sociale protégée.

Pour autant, quand bien même un opérateur aurait délibérément persévéré dans un comportement illicite, lorsque le concurrent agit au titre du Lanham Act pour une action en concurrence déloyale, l'architecture des remèdes demeure strictement compensatoire et équitable. La section 35(a) (15 U.S.C. § 1117(a)) autorise la restitution des profits du défendeur, les dommages réellement subis par le demandeur, les coûts, ainsi qu'une éventuelle majoration fixée « sous les principes de l'equity », mais précise que toute somme ainsi allouée « constitue une compensation et non une pénalité »¹³⁶. Il en résulte que les punitive damages ne sont pas

¹³¹ Cornell Law School, Legal Information Institute (LII), « Punitive damages », *Wex Legal Encyclopedia*.

¹³² *National By-Products, Inc. v. Searcy House Moving Co.*, Arkansas Supreme Court, 731 S.W.2d 194 (1987).

¹³³ *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989) (clause des « excessive fines » du 8e Amendement non applicable à des dommages punitifs entre personnes privées).

¹³⁴ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996) (les trois guideposts de proportionnalité). V. Benjamin C. Zipursky, « Theory of Punitive Damages », *Faculty Scholarship*, Fordham University School of Law, FLASH – The Fordham Law Archive of Scholarship and History, 2005.

¹³⁵ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003) (préférence pour des ratios à un chiffre).

¹³⁶ Lanham Act, 35(a) (15 U.S.C. § 1117(a))

disponibles sous le fondement fédéral de la false advertising (§ 43(a)(1)(B)), y compris lorsque l'action est intentée par un concurrent. Les cours fédérales verrouillent ce principe¹³⁷.

Les deux systèmes assignent alors à la voie concurrente un rôle non punitif dans leur trajectoire principale. La spécificité française réside donc dans l'articulation apaisée entre réparation civile et sanction institutionnelle. Car à la logique réparatoire de l'article 1240 du Code civil, tournée vers l'indemnisation d'un dommage privé, s'oppose, ou plutôt se superpose, une logique répressive, qu'elle soit pénale ou administrative, orientée vers la discipline de l'ordre public économique et la protection de l'intérêt général.

L'autonomie est encore plus remarquable vu que, malgré la montée en puissance des sanctions administratives, le juge civil n'est pas subordonné à une décision préalable de l'administration pour connaître d'une action en concurrence déloyale. Il peut vraisemblablement tenir compte des constats d'une autorité à titre de preuve, mais reste libre d'apprécier la faute, la causalité et le dommage. La démonstration est doublement corroborée par le droit positif : d'une part, lorsque le législateur veut lier le juge civil, il le dit expressément (ainsi de l'article L. 481-2 du Code de commerce en matière de follow-on antitrust, qui érige en présomption irréfragable la pratique constatée par l'Autorité de la concurrence). D'autre part, dans l'arrêt de 2023, la Cour de cassation a admis la qualification de faute au sens de l'article 1240 sans qu'aucune décision administrative n'ait été rendue, en retenant que le non-respect d'obligations LCB-FT « *engendre nécessairement (...) des coûts* » et que s'en affranchir « *confère (...) un avantage concurrentiel indu* » susceptible de constituer des actes de concurrence déloyale¹³⁸. Autrement dit, l'absence de sanction administrative n'interdit pas au juge civil de qualifier la faute au sens de l'article 1240, dès lors que le manquement objectif à une norme altère la loyauté des conditions de concurrence.

Reste à voir ce qu'il advient lorsque la responsabilité privée se tient en retrait. Aux États-Unis, le centre de gravité reste tourné vers les institutions et leurs instruments. C'est à cette configuration que se consacre la section suivante.

¹³⁷ Getty Petroleum Corp. v. Bartco Petroleum Corp., 858 F.2d 103 (2d Cir. 1988).

¹³⁸ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995.

Section 2 – La prédominance tempérée du contrôle institutionnel des obligations éthiques aux États-Unis

La prééminence du contrôle institutionnel américain en matière de compliance et de RSE ne procède pas d'un simple choix procédural : elle résulte d'une architecture qui réserve l'exécution des normes à l'autorité publique et, corrélativement, ne tolère l'action privée du concurrent que lorsqu'un défaut interne de conformité « se projette » dans l'information de marché. D'un côté, les textes fédéraux en la matière n'ouvrent pas, pour l'essentiel, de droit d'action au profit des opérateurs rivaux. De l'autre, la compétence primaire des agences interdit aux juges civils de se prononcer, en premier, sur les qualifications techniques qui conditionnent l'issue du litige.

D'abord, l'existence d'un *private right of action* au sein du régime fédéral américain, ne se déduit pas, il se crée par le Congrès¹³⁹. À défaut, l'exécution est réservée à l'autorité publique. Posé ainsi, le contentieux entre concurrents pour des manquements aux obligations fondées sur des procédures de compliance et de RSE internes requises par des textes fédéraux se heurte d'abord à l'inexistence d'un droit d'action privé. Nous pouvons citer quelques exemples. Le Foreign Corrupt Practices Act n'ouvre aucun recours civil privé : « *There is no private right of action under the FCPA* » rappelle le guide conjoint DOJ/SEC¹⁴⁰. Le volet internal accounting controls de l'Exchange Act, confie également son exécution à la SEC/DOJ, non aux concurrents¹⁴¹. Le Bank Secrecy Act (obligations AML/KYC) n'ouvre pas davantage d'action civile au profit de tiers : les cours fédérales l'ont répété noir sur blanc¹⁴². Pareillement, le sous-ensemble « marchés de capitaux » verrouille plus encore toute tentative. La Rule 10b-5 ne se prête pas au contentieux concurrentiel : depuis la décision *Blue Chip Stamps*, seuls les purchasers/sellers de titres ont un *standing* reconnu, un concurrent « pur » est irrecevable¹⁴³. Dans ces sphères, tenter de relever une insuffisance de procédures internes d'un concurrent revient, dans l'immense majorité des cas, à usurper une prérogative d'exécution que le Congrès a réservée. On remarque alors que dans la grande mosaïque des textes fédéraux en matière de

¹³⁹ Sur l'idée que l'exécution privée ne se présume pas : *Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 275, 286–87 (2001) (« private rights of action to enforce federal law must be created by Congress »).

¹⁴⁰ V. pour l'exclusion fréquente d'un droit d'action privé en compliance interne : DOJ–SEC, *A Resource Guide to the U.S. FCPA* (2d ed. 2020), at 5 (« *There is no private right of action under the FCPA* »).

¹⁴¹ 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B) (obligation d'« internal accounting controls » ; exécution par la SEC/DOJ).

¹⁴² *AmSouth Bank v. Dale*, préc., 386 F.3d at 777–78 (BSA/AML : absence de right of action privé)

¹⁴³ *Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores*, 421 U.S. 723, 730–31 (1975) (règle *purchaser–seller* ; seuls acheteurs/vendeurs ont *standing* sous 10b-5).

compliance et de RSE, la tendance majoritaire est d'exclure l'action d'un opérateur pour faire valoir un manquement à ces-dites obligations par un concurrent.

Ainsi, l'exécution de textes cités appartient exclusivement à l'autorité publique compétente. Le contraste avec le droit français est immédiat. En France, l'article 1240 du Code civil permet à tout concurrent lésé d'invoquer la violation d'une obligation légale, même lorsqu'aucun texte ne lui confère formellement ce droit¹⁴⁴. Là où le juge français raisonne en termes de faute et de préjudice, le juge américain subordonne l'accès au prétoire à une habilitation claire et préalable du législateur fédéral. Le concurrent n'y est pas un procureur privé de la conformité : il peut attaquer ce que l'entreprise dit dans ses discours et communications, mais pas ce qu'elle est tenue de faire au titre de ses obligations éthiques.

Le second verrou réside dans la doctrine de la préemption, qui organise l'articulation entre le droit fédéral et le droit des États. L'enjeu n'est pas de savoir si le silence du Congrès autorise les États à compléter la norme fédérale, mais de déterminer si l'application d'une règle d'État viendrait contredire une règle fédérale applicable. Cette logique s'ancre dans la *Supremacy Clause* de la Constitution : lorsqu'une contradiction est avérée, la norme fédérale prime¹⁴⁵. En France, la question se poserait différemment puisque l'ordre juridique national repose sur une hiérarchie unifiée des normes. Aux États-Unis, en revanche, l'équilibre est plus subtil : tant que la règle locale peut intégrer la norme fédérale comme standard de licéité sans en bouleverser l'économie, elle conserve sa place¹⁴⁶.

Reste que la *preemption* n'est ni automatique, ni un slogan, c'est une technique d'articulation des normes qu'il convient de ramener à son noyau : la contradiction au sens de la *Supremacy Clause*. L'analyse doit poser une question simple : l'application de la règle d'État contraindrait-elle le juge à méconnaître une règle de compliance ou de RSE fédérale valide ? Si oui, il y a préemption ; si non, la loi d'État peut jouer. C'est dans cette grammaire, et non dans une substitution discrétionnaire des préférences judiciaires, que doit se lire la possibilité pour un concurrent de requalifier ses griefs sur le terrain d'un droit d'État autonome qui « emprunte » la norme fédérale comme standard, sans en privatiser l'exécution.

¹⁴⁴ C. civ., art. 1240 (ancien art. 1382) : principe général de responsabilité délictuelle.

¹⁴⁵ U.S. Const. art. VI, cl. 2 (*Supremacy Clause*).

¹⁴⁶ Caleb Nelson, *Preemption*, 86 Va. L. Rev. 225, 226–29, 287–305 (2000) (recentrage de l'analyse sur la contradiction effective)

La doctrine de la *primary jurisdiction*, ensuite, ne retranche pas a priori ces litiges du prétoire¹⁴⁷. Celle-ci permet l'allocation pragmatique entre le juge et l'agence, elle est née pour maintenir l'uniformité et capter l'expertise quand la question exige d'abord un arbitrage administratif. La Cour suprême (*Reiter v. Cooper*) explique que le juge garde sa compétence, mais "réfère" l'aspect technique à l'autorité « mieux placée »¹⁴⁸. Concrètement, si prouver la faute obligerait d'abord à dire si un produit est légalement "approuvé" par la FDA par exemple, le juge n'anticipe pas la réponse de l'autorité¹⁴⁹. Mais c'est une déférence d'exception, que la jurisprudence applique avec mesure et, quand elle s'impose, sous forme de sursis plutôt que de rejet¹⁵⁰. L'analyse distingue utilement l'attaque d'une règle (où l'uniformité prime et la déférence se justifie) et la contestation de son application par une pratique déloyale (où le juge peut trancher, l'expertise n'apportant rien)¹⁵¹.

C'est en considération de ces trois verrous que s'ouvre la voie de repli par un droit d'État apte à accueillir l'argument de compliance interne sans confisquer l'*enforcement* fédéral. L'exemple le plus parlant est californien, mais il ne s'agit ici que d'un exemple, le plus marquant, de droit d'État offrant un véhicule procédural à notre problématique, d'autres ordres d'État connaissent des schémas voisins.

La California Unfair Competition Law (California Business & Professions Code, § 17200 et s., la « UCL ») définit l'« unfair competition » à § 17200 comme « any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising and any act prohibited by [la False Advertising Law, §§ 17500–17577.5] »¹⁵².

Cette définition se décline donc en quatre volets usuels :

- (i) le prong « unlawful »
- (ii) le prong « unfair » ;
- (iii) le prong « fraudulent » ; et

¹⁴⁷ Barry S. Port, *The Primary Jurisdiction Doctrine*, 39 Brook. L. Rev. 790, 792–96 (1973) (finalité d'uniformité/expertise ; distinction « règle »/« application »)

¹⁴⁸ *Reiter v. Cooper*, préc., 507 U.S. at 268–69.

¹⁴⁹ *Clark v. Time Warner Cable*, préc., 523 F.3d at 1114

¹⁵⁰ *Astiana v. Hain Celestial Group, Inc.*, 783 F.3d 753, 760–61 (9th Cir. 2015) (préférence pour le *stay* plutôt que le *dismissal*) ; *Syntek Semiconductor Co. v. Microchip Tech. Inc.*, 307 F.3d 775, 782 (9th Cir. 2002).

¹⁵¹ Barry S. Port, *The Primary Jurisdiction Doctrine*, 39 Brook. L. Rev. 790, 792–96 (1973)

¹⁵² Cal. Bus. & Prof. Code § 17200 (définition de l'« unfair competition » : « any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising and any act prohibited by [§§ 17500–17577.5] »).

(iv) le segment publicité (« unfair, deceptive, untrue or misleading advertising », renvoyant à § 17500 s¹⁵³.

Dans ce cadre, deux points sont décisifs lorsque le « manquement » allégué est un manquement de compliance ou RSE interne ancré dans un texte fédéral. D'une part, le prong « unlawful » autorise un emprunt (« borrowing ») : « *la [UCL] emprunte les violations d'autres lois et les rend indépendamment poursuivables* »¹⁵⁴. Mais l'arrêt-pivot *Cel-Tech* trace des garde-fous. Sur l'axe « unfair » entre concurrents, un comportement n'est *unfair* que s'il est « attaché » (« tethered ») à une politique législative déclarée (antitrust ou voisine) ou s'il menace significativement la concurrence, pas seulement un concurrent¹⁵⁵. Et, surtout, les parties ne peuvent pas plaider autour d'un *safe harbor* : si le législateur a autorisé le comportement, la UCL ne peut pas le proscrire. De l'autre, lorsque le standard fédéral sert de prédicat « unlawful », la question devient celle de la préemption. En pratique, par exemple, pour des pans du droit de la conformité financière qui relèvent des seuls DOJ/SEC : le Guide conjoint rappelle le rôle public d'exécution et l'architecture d'auto-révélation et d'incitations de compliance, que des contentieux privés non prévus ne doivent pas défaire¹⁵⁶.

L'UCL est donc une action *sui generis*, elle ne « fait pas appliquer » la loi empruntée, mais qualifie une pratique comme « *unlawful* » (toute violation de loi incorporable) ou « *unfair* » (en B2B, sous un tethering aux politiques antitrust), tout en respectant un *safe harbor* : le juge ne peut condamner sous l'UCL ce que le législateur a autorisé¹⁵⁷. D'ailleurs, la Cour suprême de Californie l'a cristallisé : même l'absence (ou l'abrogation) d'un droit d'action privé dans le statut-source est indifférente à l'action UCL dès lors que celle-ci ne contredit pas la volonté du législateur d'exclure tout recours privé ; tel est le sens de l'arrêt *Stop Youth Addiction*¹⁵⁸.

¹⁵³ Cal. Bus. & Prof. Code § 17500 (False Advertising Law).

¹⁵⁴ *Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Tel. Co.*, 20 Cal. 4th 163, 180 (1999)

¹⁵⁵ *Cel-Tech Communications*, préc., 20 Cal. 4th at 186–87 (standard « *tethered to antitrust policy* » ; « *courts may not use the UCL to condemn actions the Legislature permits* »).

¹⁵⁶ DOJ–SEC, FCPA Guide (2d ed. 2020), at 5, 56–62 (rôle public d'exécution ; absence d'action privée ; architecture de compliance et incitations).

¹⁵⁷ Sur l'« architecture d'exécution fédérale » fermant la voie aux concurrents dans les titres : *Blue Chip Stamps*, préc. ; *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc. v. Dabit*, 547 U.S. 71, 82–90 (2006) (préclusion SLUSA des *holder class actions*) ; *Bowen v. Ziasun Techs., Inc.*, 116 Cal. App. 4th 777, 788–90 (2004) ; *Rubke v. Capitol Bancorp Ltd.*, 551 F.3d 1156, 1164–66 (9th Cir. 2009).

¹⁵⁸ *Stop Youth Addiction*, préc., 17 Cal. 4th at 562–67 (l'absence d'action privée dans le statut-source n'empêche pas l'action UCL, sauf volonté contraire du législateur).

Dans cette logique, un concurrent ne peut pas invoquer l'UCL pour imposer à son rival la mise en place d'un programme interne fédéral « conforme » (ce serait privatiser l'enforcement SEC/DOJ), mais il peut emprunter la norme impérative comme étalon d'illicéité. Par exemple, montrer que le mépris organisé de contrôles internes se traduit, factuellement, par une distorsion concurrentielle. En B2B, cela relève tantôt du prong « *unlawful* » (emprunt pur), tantôt du prong « *unfair* » (si l'on établit l'atteinte à la concurrence *tethered* à une politique antitrust identifiée, selon l'arrêt *Cel-Tech*). La prudence s'impose toutefois : si la théorie d'UCL aboutit à obtenir, par ricochet, à des sanctions ou des obligations que le Congrès a refusées au juge civil, par exemple, des dommages-intérêts pour violation d'une norme dont l'exécution est exclusivement publique, la preemption reparaît et la demande doit être écartée.

En effet, cette voie de repli est, de surcroît, économiquement encadrée. Sous le UCL, les remèdes sont équitablement bornés : injonction pour faire cesser la pratique, restitution des sommes indûment transférées (au sens strict), mais ni dommages-intérêts, ni non-restitutionary disgorgement en action individuelle, selon l'arrêt *Korea Supply*¹⁵⁹. Et le standing exige la preuve d'une perte d'argent ou de propriété (*lost money or property*) causée par la pratique¹⁶⁰. Une contrariété normative abstraite ne suffit pas, il faut un préjudice économique traçable.

Au total, l'argumentaire tient en deux propositions. Premièrement, un concurrent ne peut pas attaquer « directement » un manquement de compliance interne fondé dans un texte fédéral (FCPA/§ 13(b), BSA/AML, IEEPA/OFAC) : pas de *private right of action*, et doctrine de la preemption dès qu'une demande d'État contredit l'architecture d'exécution fédérale. Deuxièmement, et c'est là que se loge la praticabilité, le concurrent peut se rabattre sur une action de droit d'État qui emprunte la norme impérative comme standard d'illicéité sans en privatiser l'exécution. Le UCL est, ici, un exemple abouti : il autorise l'emprunt en exigeant une démonstration de perte économique tout en bornant les remèdes. Ce balancement restitue au juge d'État sa fonction corrective dans l'ordre concurrentiel, tout en respectant la prééminence institutionnelle des régimes fédéraux de procédures internes.

Après avoir établi l'architecture de ce contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE, il s'agit désormais de montrer comment s'opère concrètement ce dernier devant le juge.

¹⁵⁹ *Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp.*, 29 Cal. 4th 1134, 1148–49 (2003) (pas de non-restitutionary disgorgement en action individuelle UCL ; remèdes limités à l'injonction et la restitution).

¹⁶⁰ Cal. Bus. & Prof. Code § 17204 (standing : « *has suffered injury in fact and has lost money or property* »)

La comparaison franco-américaine servira de balancier : en France, l'action en concurrence déloyale, pivot d'un contrôle civil des comportements, a déjà montré sa capacité à lire une non-conformité à l'aune de la loyauté concurrentielle. Aux États-Unis, nous nous concentrerons sur les actions de concurrence déloyale « pures » dont l'effectivité passe par la police de l'information (Lanham Act) et, à l'occasion, par les actions d'État de type *unfair competition*, qui ne peuvent servir de bras armé de l'enforcement fédéral. C'est ce double mouvement, civiliser l'écart de conformité lorsqu'il fausse la compétition, discipliner le discours lorsqu'il fabrique une apparence, qui structurera les développements à venir.

PARTIE II – La mise en œuvre du contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE

L'analyse menée jusqu'ici a permis d'établir que, dans les régimes contemporains de compliance et de RSE, l'exécution des obligations internes relève, par principe, d'une prérogative institutionnelle : l'autorité publique conçoit, surveille et sanctionne. Pourtant, cette prééminence n'épuise pas le rôle des opérateurs économiques eux-mêmes, car le droit privé demeure un vecteur d'effectivité dès lors que la non-conformité interne altère l'équilibre concurrentiel ou induit en erreur le marché. C'est à ce point d'articulation que s'ouvre la deuxième partie de la démonstration, consacrée à la mise en œuvre du contrôle horizontal des obligations de compliance et de RSE. L'enjeu consiste à comprendre dans quelles conditions un concurrent peut mobiliser le juge civil pour neutraliser l'avantage qu'un rival tire du contournement de ses obligations internes, sans pour autant privatiser la fonction répressive confiée aux autorités publiques. Nous nous concentrerons sur le volet « avantage concurrentiel indu » pour la France, afin de comparer cette solution innovante avec celle du système américain.

Il conviendra, d'abord, d'étudier le traitement contentieux de l'action d'un concurrent fondée sur un manquement éthique (Chapitre 1). Puis, d'aborder les difficultés probatoires qu'elle engendre (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le traitement contentieux de l'action d'un concurrent fondée sur un manquement éthique

Le premier chapitre s'attache à l'étude du traitement contentieux de l'action d'un concurrent fondée sur un manquement éthique, c'est-à-dire la manière dont les ordres juridiques français et américain appréhendent la possibilité, pour un opérateur économique, de se prévaloir des obligations de compliance ou de RSE de son rival pour en contester les pratiques. L'enjeu dépasse le simple exercice d'une action en responsabilité : il touche à la délimitation même du rôle du juge civil dans la mise en œuvre horizontale des normes impératives.

Nous commencerons par examiner les conditions de recevabilité de l'action intentée par le concurrent (Section 1), pour ensuite étudier les critères divergents de qualification de la faute en France et aux États-Unis (Section 2).

Section 1 : Les conditions de recevabilité de l'action intentée par le concurrent

La première section se concentre sur les conditions de recevabilité de l'action engagée par un concurrent invoquant un manquement aux obligations de compliance ou de RSE. L'étude impose d'abord de rappeler que, dans les deux systèmes, l'ouverture d'un recours privé ne peut être présumée : elle dépend étroitement de l'économie générale du texte invoqué et du rôle que le législateur entend confier au juge civil.

La recevabilité de l'action intentée par un opérateur contre un autre suppose d'abord d'identifier, dans chaque système, le cercle des demandeurs admis à saisir le juge et la nature de l'atteinte que le droit privé accepte de convertir en litige. En France, l'action en concurrence déloyale est une action de responsabilité délictuelle de droit commun fondée sur l'article 1240 du Code civil¹⁶¹. Elle n'est plus enfermée dans un rapport de concurrence *stricto sensu*, car la jurisprudence a abandonné l'exigence d'un lien de concurrence entre les parties et admet que l'action puisse être mise en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime, pourvu qu'elle allègue une faute, un préjudice et un lien de causalité¹⁶². Cette évolution signifie qu'il n'existe pas, en amont, de filtre tenant à la qualité de concurrent pour accéder au juge. Le contentieux est reçu dès lors que des faits fautifs de marché sont plausiblement générateurs d'un trouble commercial.

Appliquée aux manquements de compliance et de RSE, cette logique de recevabilité a été récemment consolidée, nous l'avons vu. La chambre commerciale a jugé le 27 septembre 2023 que les obligations LCB-FT engendrent nécessairement des coûts pour l'assujetti. Le non-respect de ces obligations peut donc constituer un avantage concurrentiel indu, et, partant, un acte fautif objectivement apte à fonder l'action d'un opérateur lésé¹⁶³. L'enjeu de recevabilité s'en trouve clarifié. Le concurrent n'a pas à démontrer une qualité privilégiée mais un intérêt à agir né d'une distorsion de concurrence imputable à la défaillance de conformité de l'adversaire. La décision a été relevée comme une étape vers une horizontalisation du contrôle, en ce qu'elle

¹⁶¹ *V. supra*

¹⁶² Jérôme Passa et Jean Lapousterle, *op. cit.*, pts clés n° 8–24 (préjudice et « trouble commercial »).

¹⁶³ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995, note Fleur Jourdan et Romain Maulin, « Le défaut de compliance constitue un risque de concurrence déloyale », *JCP G*, 13 nov. 2023, act. 1275 ; v. aussi Solène Clément, « *The more the merrier* : la Cour de cassation inaugure le lien entre non-respect de la réglementation LCB-FT et avantage concurrentiel indu », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 14 févr. 2024, comm. 40.

ouvre le prétoire à un tiers au face-à-face régulateur-assujetti¹⁶⁴. L'action en concurrence déloyale est donc une action banale conditionnée à la présence d'un intérêt direct et personnel, né et actuel, et juridiquement protégé¹⁶⁵. Ainsi, en France, l'entrée en matière se réduit à une vérification d'intérêt à agir au sens du droit commun et à la plausibilité d'une faute de marché.

En principe, le Lanham Act autorise également toute personne à intenter une action en justice si elle estime susceptible de subir un préjudice¹⁶⁶. Mais, la situation américaine est plus segmentée car la recevabilité est également structurée par la finalité propre des actions mobilisées. Au niveau fédéral, l'action pertinente est celle de la section 43(a)(1)(B) qui ouvre un recours en matière de fausse publicité¹⁶⁷. La Cour suprême a substitué en 2014 aux anciennes catégories de *prudential standing* un double test¹⁶⁸. Le demandeur doit maintenant appartenir à la zone d'intérêts protégée par la disposition, ce qui renvoie à une atteinte à un intérêt commercial tel que les ventes ou la réputation d'affaires¹⁶⁹. Il doit ensuite établir une causalité entre la publicité trompeuse et son préjudice commercial¹⁷⁰. Ce n'est donc pas toute partie intéressée qui peut entrer en scène mais une partie qui, par sa position sur le marché, est touchée dans son intérêt concurrentiel par l'allégation litigieuse.

Ce filtrage téléologique se combine avec la nature de l'infraction alléguée. L'action de la section 43(a) vise des énoncés trompeurs diffusés en publicité commerciale ou promotion, et suppose que le message soit de nature à induire en erreur et à être matériel pour la décision des acheteurs. L'accès au juge est ainsi réservé, dans la pratique, aux opérateurs économiques plutôt qu'aux consommateurs¹⁷¹. L'effet, en termes de recevabilité, est clair. La concurrence peut être juge et partie dans la police du marché informationnel, mais seulement à la condition de situer son grief dans le périmètre de la fausse publicité et de satisfaire aux deux verrous posés par la Cour suprême.

¹⁶⁴ Solène Clément, *art. préc.*, spéc. sur l'« horizontalisation » de la LCB-FT et le motif légitime au titre de l'art. 145 CPC.

¹⁶⁵ Jérôme Passa et Jean Lapousterle, *op. cit.*, pts clés n° 8–24 (intérêt à agir et conditions de la responsabilité délictuelle).

¹⁶⁶ 15 U.S.C.S. § 1125(a).

¹⁶⁷ Lanham Act § 43(a)(1)(b).

¹⁶⁸ *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U.S. 118 (2014) (zone of interests et *proximate cause* pour la recevabilité des actions de fausse publicité).

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Christian Robledo, « *An American Dream Gone Green* », *Touro Law Review*, 2022 (sur la pratique, la recevabilité de fait réservée aux opérateurs et les éléments de l'action de fausse publicité) ; Nick Feinstein, « *Learning from Past Mistakes: Future Regulation to Prevent Greenwashing* », *B.C. Environmental Affairs Law Review*, 2013.

À côté du Lanham Act, l'action ouverte par l'Unfair Competition Law de Californie joue un rôle propre dans la recevabilité des litiges concurrents. La définition de l'*unfair competition* demeure substantiellement large. Elle embrasse les pratiques unlawful, unfair ou fraudulent ainsi que la publicité trompeuse¹⁷². Mais depuis l'adoption de la Proposition 64, la recevabilité de l'action privée est conditionnée par une exigence cumulative. Le demandeur doit avoir subi une *injury in fact* et avoir perdu de l'argent ou un bien du fait de la pratique dénoncée¹⁷³. La Cour suprême de Californie a précisé dans l'arrêt *Kwikset* que cette perte économique peut résulter d'une décision d'achat obtenue par un message trompeur, l'élément de *reliance* étant requis lorsque l'on plaide le volet fraudulent¹⁷⁴. Le filtre est plus étroit que l'intérêt à agir français car il impose une perte patrimoniale qualifiée et une causalité, y compris pour un concurrent.

Cette architecture a des conséquences concrètes pour les litiges de compliance et de RSE. En France, l'action d'un opérateur contre un autre est recevable dès lors qu'il allègue un trouble concurrentiel né d'un manquement à une norme impérative, sans qu'il soit nécessaire d'assigner la règle à une finalité consumériste ou informationnelle. Le précédent de l'arrêt de 2023 illustre cette ouverture en rattachant la non-conformité à la catégorie de l'avantage concurrentiel indu¹⁷⁵. L'on retrouve la même ouverture dans les affaires où la violation d'un cadre réglementaire sert de faute de marché, à condition de caractériser un dommage, même sous la forme d'un trouble¹⁷⁶.

Aux États-Unis, un concurrent ne peut pas, en l'état, faire entrer un manquement de conformité *per se* dans le moule du Lanham Act. L'accès au juge passe par la qualification de fausse publicité et par la démonstration d'un préjudice commercial proximo-causal. En revanche, la California UCL, notamment sous son volet unlawful, autorise des actions qui se greffent sur des violations normatives préexistantes. La recevabilité y demeure conditionnée par la perte d'argent ou de biens et par l'aptitude de la norme empruntée à être mobilisée dans un cadre privé¹⁷⁷. La comparaison révèle ainsi une dissymétrie. Le droit français laisse entrer l'action

¹⁷² Cal. Bus. & Prof. Code § 17200 (définition : *unlawful, unfair or fraudulent* et publicité trompeuse).

¹⁷³ Cal. Bus. & Prof. Code § 17204 (après Prop. 64 : *injury in fact* et *lost money or property*).

¹⁷⁴ *Kwikset Corp. v. Superior Court*, 51 Cal. 4th 310 (2011) (perte d'argent ou de biens ; *actual reliance* pour le prong *fraudulent*).

¹⁷⁵ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995, et comm. précités (avantage concurrentiel indu en cas de non-conformité LCB-FT).

¹⁷⁶ CA Paris, 4 oct. 2023, n° 21/22383 (UberPop) - concurrence déloyale par violation de la loi ; note Martine Behar-Touchais, *JCP E&A*, 18 janv. 2024, 1018.

¹⁷⁷ Christian Robledo, *art. préc.* (sur la nécessité de qualifier en fausse publicité et la charge probatoire).

concurrentielle sur le terrain de la responsabilité de droit commun où le non-respect d'une règle coûteuse est, à lui seul, porteur d'un trouble de marché. Le droit américain accueille l'action concurrentielle mais lui demande de s'adosser à l'économie propre des textes. Le Lanham Act filtre par la zone d'intérêts et la causalité. L'UCL filtre par la perte patrimoniale et par la fonction d'emprunt de l'illicéité.

Ainsi, l'étude des conditions de recevabilité de l'action intentée par le concurrent met en lumière les fondations procédurales qui déterminent l'accès au prétoire mais l'ouverture de l'action ne préjuge en rien de son succès, lequel dépend ensuite de la qualification même du comportement reproché. C'est pourquoi il convient désormais d'examiner, dans la section suivante, les critères divergents de caractérisation de la faute en France et aux États-Unis, afin de montrer comment chaque ordre juridique définit les contours du manquement éthique.

Section 2 : Les critères divergents de qualification de la faute en France et aux États-Unis

L'analyse des critères de qualification de la faute révèle une divergence fondamentale entre les droits français et américain dans l'appréhension des manquements éthiques invoqués par un concurrent. En effet, l'examen comparé révèle un clivage de structure entre les systèmes.

En droit français, la concurrence déloyale demeure une application directe de l'article 1240 du Code civil¹⁷⁸. La faute est la déviation par rapport aux exigences de probité professionnelle et peut résider aussi bien dans un comportement intrinsèquement déloyal que dans la méconnaissance d'une norme impérative dont le respect emporte un coût¹⁷⁹. La jurisprudence admet de longue date que l'infraction à une règle légale ou réglementaire constitue un procédé fautif si elle procure un avantage concurrentiel injustifié et perturbe les conditions de la compétition¹⁸⁰. Cette orientation a été confirmée et rendue plus lisible par l'arrêt du 27 septembre 2023. La Cour de cassation y affirme que les obligations de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme engendrent « nécessairement » des coûts pour l'opérateur assujetti et que le fait, pour un concurrent, de s'en affranchir confère un avantage concurrentiel indu susceptible de caractériser une faute de concurrence déloyale¹⁸¹.

¹⁷⁸ Code civil, art. 1240 et 1241.

¹⁷⁹ J. Passa et J. Lapousterle, « *Fasc. 240 — Domaine de l'action en concurrence déloyale* », JurisClasseur Concurrence-Consommation, mise à jour du 19 juillet 2023.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995

En d'autres termes, la violation d'une exigence de compliance, parce qu'elle économise une dépense structurelle imposée par la loi, peut à elle seule constituer l'élément fautif du délictuelle. La doctrine a immédiatement souligné la portée transversale de cette motivation, qui ne tient pas à la seule police LCB-FT mais à la logique économique de la compliance et du devoir de vigilance¹⁸². L'économie réalisée devient l'indice juridique d'une faute, dont l'objet est la protection corrélée de la loyauté du marché et de la concurrence comme institution¹⁸³. Cette approche s'accorde avec les analyses de fond consacrées au domaine de l'action en concurrence déloyale, qui identifient la faute tantôt dans l'infraction à une règle, tantôt dans un procédé contraire aux usages de loyauté, sans exiger qu'une norme spéciale ait énuméré les comportements prohibés¹⁸⁴. Le manquement doit alors être apprécié in concreto, les juges ne se référant pas à une liste de comportements illicites préétablis. C'est ici que réside toute la souplesse de la solution française.

A contrario, le droit américain fédéral se situe sur un autre terrain conceptuel. La section 43(a)(1)(B) du Lanham Act ne sanctionne pas l'économie de conformité en tant que telle¹⁸⁵. Elle réprime une assertion factuelle fausse ou trompeuse dans une publicité commerciale, l'examen de la faute étant indissociable du caractère mensonger du message et de sa propension à tromper un segment substantiel du public, de la matérialité de la tromperie et son insertion dans le commerce¹⁸⁶. La distinction, centrale, entre fausseté littérale et véracité littérale mais caractère trompeur organise la preuve et détermine l'office du juge. En cas de fausseté littérale, l'élément fautif se déduit de la contrariété objective du message à la réalité, alors qu'en cas de véracité littérale mais discours susceptible d'induire en erreur, la faute se noue autour de la capacité de la communication à créer une impression globale mensongère, ce que le demandeur établit souvent par des enquêtes consommateurs¹⁸⁷. Cette grammaire de la faute est marquée par l'arrêt *Southland Sod Farms* qui énonce les éléments cumulatifs de l'action.

¹⁸² S. Clément, « *The more the merrier : la Cour de cassation inaugure le lien entre non-respect de la réglementation LCB-FT et avantage concurrentiel indu* », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 1, 14 févr. 2024, comm. 40.

¹⁸³ J. Passa et J. Lapousterle, « Fasc. 240 — Domaine de l'action en concurrence déloyale », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, mise à jour 19 juill. 2023.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Lanham Act, § 43(a)(1)(B), 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B).

¹⁸⁶ *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134, 1139–1140 (9th Cir. 1997).^[11]

¹⁸⁷ *Ibid.*

La comparaison commande alors une précaution méthodologique. Là où le juge français accepte que l'infraction à une norme de compliance serve d'index direct de la faute en raison du gain concurrentiel indu, le juge fédéral n'en déduit pas un élément fautif tant que la non-conformité ne se traduit pas en énoncé public faux ou trompeur. Il ne s'agit pas de nier l'enracinement américain d'une culture de compliance et RSE mais de constater que l'outil civil mobilisable par un concurrent transpose le manquement interne sur le terrain de l'information marchande. La doctrine américaine sur le *greenwashing* illustre cette translation. Les Guides de la FTC sur les allégations environnementales orientent l'analyse de la tromperie sans créer par eux-mêmes une action privée¹⁸⁸. La faute, en contexte ESG, se formule alors comme fausse affirmation, omission matérielle ou message global trompeur sur une qualité verte¹⁸⁹. D'où l'insistance de la doctrine sur la nécessité d'un encadrement plus contraignant des *claims* environnementaux, l'arsenal actuel combinant le Lanham Act, la section 5 du FTC Act et des mécanismes d'autorégulation publicitaire¹⁹⁰.

Le droit californien de l'Unfair Competition Law complète ce tableau en offrant un ancrage fédéré distinct¹⁹¹. La qualification de la faute s'y décline suivant trois prongs. Sous l'angle « fraudulent », la question est celle du caractère de nature à tromper le consommateur raisonnable. L'élément fautif n'est pas l'illicéité formelle d'une pratique mais sa capacité intrinsèque à induire en erreur, appréciée *in concreto* par référence à l'impression globale du message. Cette ligne s'est cristallisée dans *Williams v. Gerber* au sujet d'un emballage susceptible de créer une représentation erronée malgré l'exactitude de la liste d'ingrédients¹⁹². Sous le prong « unlawful », la faute consiste dans la violation d'une règle externe, le UCL jouant un rôle de « borrowing statute ». L'arrêt *Stop Youth Addiction* a consacré cette logique de captation d'illicéités diverses au profit de l'action UCL, sous réserve des limites dégagées par la jurisprudence ultérieure en présence de régimes législatifs fermés¹⁹³. Enfin, sous le prong « unfair », l'arrêt *Cel-Tech* a imposé, dans les litiges entre concurrents, une exigence de rattachement aux politiques et principes de l'antitrust, afin d'éviter que la clause générale ne se substitue au législateur¹⁹⁴. La

¹⁸⁸ Federal Trade Commission, *Guides for the Use of Environmental Marketing Claims* (Green Guides), 16 C.F.R. Part 260.

¹⁸⁹ Christian Robledo, « *An American Dream Gone Green: A Discussion of Existing Environmental Marketing Regulations and the Need for Stricter Legislation* », 38 *Touro Law Review* 937 (2022).

¹⁹⁰ Federal Trade Commission Act, § 5, 15 U.S.C. § 45.

¹⁹¹ California Unfair Competition Law, Cal. Bus. & Prof. Code § 17200 et seq.

¹⁹² *Williams v. Gerber Products Co.*, 552 F.3d 934, 938–940 (9th Cir. 2008).

¹⁹³ *Stop Youth Addiction, Inc. v. Lucky Stores, Inc.*, 17 Cal. 4th 553, 565–570 (1998).^[1]

¹⁹⁴ *Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co.*, 20 Cal. 4th 163, 186–196 (1999).

qualification de la faute dépend alors de la capacité du demandeur à inscrire le comportement dénoncé dans cette trame normative.

Cette tripartition californienne éclaire la comparaison. Pour un même fait de non-conformité interne, le droit français verra une faute si la règle méconnue impose un coût que le concurrent a évité, dès lors que l'économie captée fausse la loyauté concurrentielle¹⁹⁵. Le droit californien exigera, pour la branche « unlawful », la démonstration d'une violation incorporable, ce qui sera exclu si un régime spécial réserve l'exécution à l'autorité publique ou offre un « safe harbor »¹⁹⁶. À défaut, la qualification migrera vers le prong « fraudulent », où l'épreuve porte sur la puissance trompeuse du discours au regard du consommateur raisonnable¹⁹⁷, ou vers le prong « unfair » pour autant que l'acte menace les principes de concurrence identifiés par la décision *Cel-Tech*¹⁹⁸. À l'instar de l'action érigée par le Lanham Act, l'économie de conformité n'est donc pas, à elle seule, l'objet de la faute sous l'UCL. Elle devient juridiquement pertinente si et seulement si elle se reflète dans une allégation qui trompe, dans une illicéité empruntable ou dans un déséquilibre concurrentiel approchant l'atteinte aux politiques antitrust¹⁹⁹.

La conséquence dogmatique est nette. En France, la qualification de la faute en matière de compliance et de RSE se comprend à partir du couple norme impérative et avantage concurrentiel indu. L'épargne de coût est l'axe probatoire de la faute. Aux États-Unis, l'élément fautif se recale sur la matérialité informationnelle et sur l'ingénierie des standards de tromperie. Le Lanham Act requiert la fausseté ou l'effet trompeur du message, la matérialité et l'insertion dans le commerce, la Cour suprême ayant sécurisé la disponibilité de l'action concurrentielle sans en dénaturer la logique d'information²⁰⁰. Le UCL propose donc des portes d'entrée alternatives mais chacune encadre la qualification par un critère distinct qui n'assimile jamais la non-conformité interne à une faute *per se*. L'écart des qualifications renvoie à des fonctions divergentes. Le droit français accepte de faire de la concurrence déloyale un instrument d'effectivité horizontale des normes de compliance. Le droit américain concentre l'action du concurrent sur la police privée des énoncés marchands et, à l'échelle d'un État comme la

¹⁹⁵ J. Passa et J. Lapousterle, « *Fasc. 240 — Domaine de l'action en concurrence déloyale* », JurisClasseur Concurrence-Consommation, mise à jour du 19 juillet 2023

¹⁹⁶ *Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co.*, 20 Cal. 4th 163, 186–196 (1999).

¹⁹⁷ *Williams v. Gerber Products Co.*, 552 F.3d 934, 938–940 (9th Cir. 2008).

¹⁹⁸ *Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co.*, 20 Cal. 4th 163, 186–196 (1999).

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *POM Wonderful LLC v. Coca-Cola Co.*, 573 U.S. 102, 115–121 (2014).

Californie, circonscrit la clause générale par des tests, de sorte que l'outil ne se substitue pas aux régimes publics spécialisés²⁰¹.

Enfin, l'architecture probatoire confirme cet écart. Côté français, la mise en évidence de la règle méconnue et de l'économie captée suffit à colorer le comportement en faute, la discussion se déplaçant ensuite sur le préjudice et le lien de causalité. Côté États-Unis, la qualification se gagne sur le terrain des preuves de tromperie, selon que l'on allègue une fausseté littérale ou une impression trompeuse. De sorte que la faute américaine externalise la non-conformité sous la forme d'un message qui ment ou trompe, ou d'une illicéité captée par un véhicule étatique. La responsabilité du concurrent demeure donc ancrée dans l'économie de l'information plutôt que dans la seule économie des coûts.

Si la détermination du fondement juridique et du régime applicable constitue une étape préalable indispensable, elle ne saurait épuiser l'ensemble des enjeux liés à ce contentieux. Car même lorsque l'action est recevable et le comportement juridiquement qualifié, encore faut-il que le demandeur soit en mesure d'en rapporter la preuve. Or, en matière de compliance et de RSE, la difficulté probatoire s'accroît considérablement : les informations nécessaires à l'établissement du manquement sont, le plus souvent, enfermées dans la sphère interne de l'entreprise défenderesse. C'est à cette problématique centrale que se consacre le chapitre suivant, en analysant les obstacles structurels que rencontrent les concurrents pour démontrer l'existence d'une violation, ainsi que les mécanismes procéduraux qui peuvent, en droit français comme en droit américain, atténuer ou contourner ces limites.

Chapitre 2 : Les difficultés probatoires de l'action fondée sur le manquement éthique d'un concurrent

La recevabilité de l'action et la qualification du manquement éthique constituent les premiers verrous à franchir, mais elles ne garantissent nullement l'issue favorable du contentieux engagé par un concurrent. L'effectivité de cette action repose, *in fine*, sur la capacité à en rapporter la preuve dans des conditions particulièrement contraignantes. L'opacité structurelle des mécanismes de compliance et de RSE, conjuguée à leur inscription dans des sphères internes peu accessibles, rend la démonstration du manquement d'autant plus délicate. La première section de ce chapitre sera donc consacrée à l'étude des obstacles probatoires

²⁰¹ Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co., 20 Cal. 4th 163, 186–196 (1999).

auxquels se heurte le demandeur et aux outils susceptibles de les surmonter (Section 1). Toutefois, la difficulté ne s'arrête pas à l'établissement du manquement : encore faut-il que le demandeur parvienne à démontrer l'existence d'un préjudice et à en mesurer l'ampleur avec suffisamment de rigueur pour justifier une condamnation (Section 2).

Section 1 : La démonstration complexe du non-respect d'une obligation de compliance et de RSE

L'exigence probatoire qui pèse sur le concurrent qui allègue un manquement de compliance ou de RSE est, par nature, paradoxale. Ce qu'il lui faut prouver siège le plus souvent chez l'adversaire, dans des procédures internes. Le droit est alors sommé d'arbitrer entre deux impératifs dont aucun ne peut être purement sacrifié : le droit à la preuve, qui fonde l'effectivité des normes éthiques dans l'horizontalité des rapports de concurrence, et la protection des secrets, qu'ils soient d'affaires, professionnels ou touchant à la vie privée²⁰².

La comparaison France–États-Unis fait ici ressortir deux architectures qui ne procèdent pas de la même logique. En France, la démonstration du non-respect s'adosse à un outillage probatoire *ex ante*, centré sur l'article 145 du Code de procédure civile, qui autorise des incursions circonscrites dans la forteresse informationnelle du concurrent, sous réserve d'un « motif légitime », de l'absence de procès au fond et de la stricte « légalité » de la mesure²⁰³. Aux États-Unis, cela impose de construire un dossier de véridiction centré sur les énoncés publics et leurs effets, avec des méthodes empiriques adaptées aux standards du Lanham Act et de l'Unfair Competition Law californien²⁰⁴. La comparaison révèle deux grammaires de la preuve qui ne s'excluent pas, mais qui n'ordonnent pas les mêmes priorités et ne convoquent pas les mêmes outils.

Le cœur de la démonstration probatoire française est l'anticipation. L'article 145 du Code de procédure civile autorise de demander par requête unilatérale ou par voie de référé, ces-dites

²⁰² V° *Pièces*. – *Communication et production forcée*, fasc. 20, H. Croze, JurisClasseur Procédures Formulaire, 1^{er} déc. 2024, pts-clés et § 39 (« secret des affaires »).

²⁰³ V° *Mesures d'instruction in futurum*, fasc. 10, O. Hocher, JCl. Procédures Formulaire, maj 7 juin 2024, pts-clés ; § 37-38 (proportion, interdiction des « mesures générales d'investigation ») ; et X. Vuitton, *Référés spéciaux. – Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur*, JCl. Procédure civile, fasc. 1300-15, 1^{er} juin 2024, pts-clés (autonomie, conditions).

²⁰⁴ 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B) (Lanham Act, false advertising) ; Cal. Bus. & Prof. Code § 17200 (UCL) ; pour la structuration probatoire par les énoncés publics, v. aussi LII (Cornell) sur § 1125.

mesures d’instruction « avant tout procès », « légalement admissibles » et destinées à « conserver ou établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige ». Le concurrent requérant doit d’abord sécuriser la condition temporelle. L’absence d’instance au fond s’apprécie au jour de la saisine, par comparaison des dates de remise au greffe, et l’obstacle ne naît que s’il existe déjà un procès engagé sur le même litige²⁰⁵.

La seconde clef est le « motif légitime ». Le concurrent doit rendre crédible l’existence d’un litige déterminable et démontrer l’utilité concrète des mesures sollicitées pour l’instruire. Ce n’est pas une clause de style. Les juridictions filtrent les requêtes trop générales et refusent les « mesures d’investigation » indéterminées²⁰⁶. L’office du juge n’est pas d’inventorier une entreprise. Il est de permettre au requérant d’accéder à ce qui est pertinent et proportionné, en ménageant les secrets protégés. Dans les dossiers de compliance et de RSE, la motivation doit donc articuler, de manière serrée, des indices publics et des angles probatoires précis. Par exemple, les rapports de durabilité et les engagements de vigilance constituent des portes d’entrée. Ils permettent de formuler des demandes ciblées sur des catégories de documents internes qui corroborent ou contredisent ces affichages. La proportion s’apprécie à l’aune de ce ciblage. Plus la catégorie est définie, plus l’utilité probatoire est tangible, plus la mesure est admissible²⁰⁷. Dans l’arrêt du 27 septembre 2023, il ressortait d’un courrier daté du 26 juin 2020 que la société reconnaissait la nécessité de modifier les caractéristiques de certains de ses produits à la suite d’un avis rendu, le 4 février 2020, par l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)²⁰⁸, Autrement dit, l’irrégularité alléguée pour accorder la mesure conservatoire au titre de l’article 145 CPC ne relevait pas d’un soupçon abstrait, mais trouvait un point d’ancrage matériel dans les aveux mêmes de l’entreprise visée, conférant à la demande reconventionnelle une légitimité fondée sur la loyauté attendue en contexte concurrentiel.

Dans ce cadre, la communication forcée de pièces joue un rôle décisif. Le droit positif organise, en dehors même de l’article 145, l’obtention judiciaire d’éléments détenus par une partie ou par un tiers. L’article 10 du Code civil commande le concours à la manifestation de la vérité. Les

²⁰⁵ Y. Strickler, « Mesure d’instruction avant tout procès – Conditions de recevabilité de la demande », *Procédures* 2024, comm. 3 (appréciation à la date de la saisine ; même litige) ; Cass. 2e civ., 26 oct. 2023, n° 21-18.619 (obs. Strickler) ; O. Hocher, « Un an... de mesures d’instruction in futurum (sept. 2023–août 2024) », *Procédures* 2024, chron. 9 (développements sur l’absence de procès au fond).

²⁰⁶ V° *Mesures d’instruction in futurum*, fasc. 10, O. Hocher, § 38 (interdiction des investigations générales) ; § 37 (contrôle de proportion) ; pts-clés (motif légitime/ utilité).

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 1er juill. 2021, n° 20/11649. V. aussi F. Jourdan & R. Maulin, « Compliance et concurrence », *JCP Générale*, n° 45, 13 nov. 2023, p. 1929

articles 11 et 138 à 142 du Code de procédure civile autorisent le juge à enjoindre la production, au besoin sous astreinte, sauf « empêchement légitime »²⁰⁹. Ces mécanismes se combinent avec l'économie de l'article 145²¹⁰. Avant tout procès, la communication peut être ordonnée, y compris à l'égard de tiers, si elle demeure légalement admissible, si elle s'inscrit dans une stratégie probatoire proportionnée et si les secrets protégés sont convenablement préservés en matière de secret des affaires (C. com., art. L. 151-1 s. et R. 153-1 s.).²¹¹

L'outil procédural qui cristallise le mieux ces exigences est la requête unilatérale. L'article 145 autorise la saisine « sur requête » lorsque la dérogation au contradictoire se justifie, ce que le requérant doit démontrer. Il ne suffit pas d'alléguer la sensibilité des documents. Il faut établir les circonstances précises qui imposent de ne pas respecter le principe du contradictoire, soit le risque de dissimulation ou destruction des preuves nécessaires à établir la solution du procès. La pratique prudente consiste à proposer, dès la requête, un dispositif de tri par mots-clés et une période délimitée. Cette discipline protège la mesure contre le grief de « perquisition civile » et maximise ses chances d'admission²¹².

Dès lors, dans l'économie probatoire française, la crédibilité de la démonstration tient à cette architecture. Le concurrent doit montrer qu'il sait ce qu'il cherche, pourquoi il le cherche, et comment il s'assure que la mesure est la moins intrusive pour atteindre son but²¹³.

Aux États-Unis, la démonstration probatoire se déploie selon une logique différente. Il n'existe pas, en droit fédéral américain, d'équivalent fonctionnel et général à l'article 145 du Code de procédure civile. Le système américain demeure structuré par le principe inverse : la *discovery* est ouverte après l'introductive d'instance et seulement après la conférence de planification prévue par la Rule 26(f) des Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) ; elle peut être avancée seulement par autorisation (court order) ou stipulation, la Rule 26(d)(1) prohibant, en principe,

²⁰⁹ H. Croze, *Pièces. – Communication et production forcée*, fasc. 20, pts-clés ; §§ 2, 19-20, 39 (C. civ., art. 10 ; CPC, art. 11, 138-142).

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.* (secret des affaires, C. com., art. L. 151-1 s., R. 153-1 s.).

²¹² V° *Mesures d'instruction in futurum*, fasc. 10, O. Hocher, § 72 (critères justifiant la dérogation au contradictoire) ; *Un an... in futurum* (2024), chron. 9, développements « secret des affaires » et séquestre (compétences du juge de la rétractation).

²¹³ V° *Mesures d'instruction in futurum*, fasc. 10, O. Hocher, § 37 (balancier droit à la preuve/droits fondamentaux ; proportion) ; jurisprudences citées (Cass. 2e civ., 7 janv. 2016 ; 5 janv. 2017 ; 1^{re} civ., 22 juin 2017 ; com., 18 oct. 2017 ; com., 15 mai 2019).

toute discovery avant la 26(f)²¹⁴. Ce principe conditionne la manière dont un concurrent bâtit son dossier sous Lanham Act ou l'UCL : il faut soit entrer rapidement en contentieux pour déclencher les outils classiques, soit utiliser, en amont, des mécanismes de préservation de preuves et des exceptions se traduisant par des passerelles pré-action offertes par certains droits d'États. L'architecture est donc plus fragmentée qu'en France ; elle n'est pas moins efficace si l'on en maîtrise la grammaire et le tempo procédural.

La première passerelle tient aux « préservations » fédérales. La Rule 27 du Federal Rules of Civil Procedure autorise des dépositions avant l'instance pour « perpétuer » un témoignage lorsque l'action à venir est sérieusement envisagée, que des témoins risquent de disparaître ou qu'une preuve risque de se perdre²¹⁵. L'outil n'est pas un mini-article 145 : il ne sert ni à explorer le fond pour « voir si l'on a un dossier », ni à mener une investigation générale ; il sert à éviter une défaillance de justice en consignait, sous serment, ce qui menace de s'évanouir. À côté, la jurisprudence admet des « preservation orders » pour sécuriser des éléments fragiles, lorsque le demandeur établit un risque sérieux de disparition et la proportion de l'injonction ; on cite classiquement la décision *Capricorn Power v. Siemens Westinghouse*, qui formalise un test en trois facteurs (risque, préjudice irréparable, fardeau)²¹⁶.

La deuxième passerelle tient au déclenchement précoce de la *discovery*. Même si la Rule 26(d)(1) interdit, par principe, d'user des moyens de discovery avant la conférence 26(f), les juridictions autorisent, sur « good cause », une *early discovery* ciblée, notamment pour conserver un artefact publicitaire ou obtenir un échantillon produit pour test²¹⁷. La décision *Semitool* a fourni la formule : l'intérêt de l'expédition de la preuve doit l'emporter sur le préjudice pour la partie adverse²¹⁸.

Nous l'avons vu, sous le Lanham Act, section 43(a)(1)(B), l'objet de la preuve est la fausseté d'une représentation de fait en publicité ou promotion commerciale, la matérialité de cette représentation et son aptitude à influencer les décisions d'achat du public pertinent. La méthode

²¹⁴ FRCP 26(f) (conférence de planification) et 26(d)(1) (timing de la discovery) ; LII (Cornell), Rule 26 (texte et notes).

²¹⁵ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 27.

²¹⁶ FRCP 27 (depositions to perpetuate testimony), LII (Cornell) ; *Capricorn Power Co. v. Siemens Westinghouse Power Corp.*, 220 F.R.D. 429 (W.D. Pa. 2004) (test de préservation : risque, préjudice irréparable, fardeau) ; v. résumés et citations.

²¹⁷ *Semitool, Inc. v. Tokyo Electron America, Inc.*, 208 F.R.D. 273, 276 (N.D. Cal. 2002) (standard du « good cause » pour early discovery) ; illustrations récentes confirmant la formule.

²¹⁸ *Ibid.*

s'adapte aux deux hypothèses classiques. En cas de literal falsity, le demandeur établit, par tests, analyses ou documents internes, que l'énoncé est objectivement faux²¹⁹. L'effet trompeur est présumé et l'injonction peut être obtenue sans preuve par *survey*²²⁰. En cas d'implied falsity, la charge se déplace vers l'empirique. Il faut démontrer que l'énoncé induit en erreur un segment substantiel du public visé²²¹. La pratique privilégie alors des *surveys* méthodologiquement robustes, et contrôlés par des experts qui mesurent la perception effective du message à partir de stimuli fidèles au support en cause. Les dossiers techniques internes deviennent probants lorsqu'ils contredisent des discours de conformité, ils ne suffisent pas si la démonstration s'en tient à l'absence de justification *ex ante*. En effet, la jurisprudence refuse, sauf « establishment claims » du type « tests show » ou « clinically proven », les actions fondées sur la seule insuffisance de dossiers techniques²²². Le demandeur doit prouver la fausseté ou l'égarement, non l'absence de preuves détenues par l'adversaire.

C'est en Californie que l'on retrouve la passerelle la plus proche, fonctionnellement, de l'outil français. Le Code of Civil Procedure organise un véritable chapitre de « pre-litigation discovery » pour « perpétuer » des témoignages et « préserver » des éléments matériels :

- § 2035.010 énonce la finalité ;
- § 2035.020 ouvre l'accès aux dépositions et aux inspections de documents, choses et lieux ;
- § 2035.030 impose une requête vérifiée, circonstanciée ;
- § 2035.050 prévoit l'ordonnance si la mesure « peut prévenir un échec ou un retard de justice »²²³.

L'outil, sous contrôle du juge, autorise par exemple l'inspection d'un support technique ou la capture d'un environnement numérique avant l'assignation²²⁴.

²¹⁹ ROBLEDO C., An American Dream Gone Green: A Discussion of Existing Environmental Marketing Regulations and the Need for Stricter Legislation, 38 *TOURO L. REV.* 937 (2022)

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

²²² *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134 (9th Cir. 1997) (literal vs implied falsity ; surveys) ; *Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharm. Co. v. Rhone-Poulenc Rorer Pharm.*, 19 F.3d 125 (3d Cir. 1994) ; *Sandoz Pharm. Corp. v. Richardson-Vicks, Inc.*, 902 F.2d 222 (3d Cir. 1990) ; voir aussi LII, « False advertising » (synthèse).

²²³ Cal. Code Civ. Proc. §§ 2035.010, 2035.020, 2035.030, 2035.050 (pré-litigation discovery : dépositions et inspections ; requête vérifiée ; standard « prevent a failure or delay of justice »), textes et synthèses.

²²⁴ *Ibid.*

Au terme de la comparaison, la ligne de fracture ne tient plus au seul moment d'accès à la preuve, mais à la manière dont chaque système organise la fiabilité, la proportion et la contrainte autour de cette preuve. En France, l'exigence de proportion irrigue l'ensemble du circuit probatoire par la sélection *ex ante* des catégories de pièces et par la mise en place de garde-fous procéduraux qui neutralisent l'effet d'aspirateur²²⁵. Le juge filtre à l'entrée. Aux États-Unis, la fiabilité se joue moins à l'entrée qu'à la sortie. L'ouverture de la *discovery* autorise des demandes amples, mais la vérité des éléments versés est filtrée en aval par un double régime. D'un côté, des contrôles, comme par exemple le test « Daubert » sur la fiabilité des experts et la robustesse *des surveys*, qui fait office de tamis en éliminant les preuves méthodologiquement fragiles²²⁶. De l'autre, la règle de proportion de la Rule 26(b)(1) et les *protective orders* découpent le périmètre utile et organisent des niveaux de confidentialité. La contrainte prend aussi une forme propre au numérique. Les sanctions de spoliation, y compris l'inférence défavorable en cas d'intention de nuire, imposent de conserver les *Electronically Stored Information* (ESI) dès qu'un litige est raisonnablement prévisible. Cette matière implique des coûts techniques spécifiques et le juge peut en tenir compte pour répartir la charge, notamment par un *cost shifting* lorsque l'effort de recherche et de traitement demandé devient disproportionné au regard des besoins du litige²²⁷.

Si la première section a permis de mettre en lumière les obstacles auxquels se heurte le demandeur dans la démonstration du manquement, cette étape, aussi décisive soit-elle, ne saurait suffire à emporter la condamnation de l'adversaire. Encore faut-il établir que ce manquement a causé un préjudice juridiquement réparable et en déterminer l'étendue avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences du juge.

Section 2 : Les incertitudes entourant la quantification du préjudice dans la mise en œuvre de la réparation

L'établissement du préjudice constitue l'un des points névralgiques du contentieux entre concurrents fondé sur le manquement à une obligation de compliance ou de RSE. La spécificité

²²⁵ X. Vuitton, *Référé spéciaux. – Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur* (structure et office du juge du probatoire) ; O. Hoher, *Mesures d'instruction in futurum*, fasc. 10 (proportion, légalité, secret des affaires).

²²⁶ Giannelli & E. Imwinkelried, *Scientific Evidence* §§ 1.06, 1.16 (4th ed. 2007).

²²⁷ FRCP 26(b)(1) (proportionnalité), 26(c) (protective orders), 37(e) (ESI spoliation) ; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993) (filtre de l'expertise) ; *Zubulake v. UBS Warburg* (S.D.N.Y. 2003–2004) (litigation hold, sanctions, cost-shifting).

de ces dernières complique l'exercice. Leur fonction préventive, orientée vers l'anticipation des risques juridiques, environnementaux ou réputationnels, entraîne des effets souvent médiats et difficilement appréhendables par les outils classiques de réparation. En d'autres termes, le dommage causé par l'« avantage concurrentiel indu » tiré d'une non-conformité ne se matérialise pas nécessairement dans une perte chiffrable immédiate ; il peut résulter d'une distorsion progressive des conditions de marché ou d'une altération de la réputation d'un secteur, par exemple²²⁸. Dès lors, les juridictions se trouvent confrontées à une tension : concilier l'exigence de certitude probatoire, qui conditionne l'octroi de la réparation, avec la nature diffuse et parfois conjecturale des effets économiques produits par les manquements éthiques. Cette section s'attachera donc à examiner les principales difficultés liées à l'évaluation du préjudice.

En droit français, la réparation intégrale gouverne l'évaluation du dommage : il s'agit de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte déloyal n'avait pas eu lieu, ni plus ni moins²²⁹. Dans les contentieux fondés sur un manquement de compliance, l'opacité des dispositifs internes et la mutualisation des coûts compliquent l'établissement d'un quantum fiable. La Cour de cassation a précisément réagi à cette difficulté en admettant, à propos de pratiques parasitaires et de non-respect d'une réglementation, une présomption d'existence des préjudices économique et moral, tout en aménageant leur régime probatoire : le préjudice moral est irréfragablement présumé, tandis que le préjudice économique ne l'est que de manière simple et peut être renversé par la preuve contraire²³⁰. Ce cadrage probatoire, qui reconnaît l'asymétrie informationnelle inhérente aux litiges de compliance, s'accompagne d'une méthode de chiffrage pragmatique : la réparation peut être évaluée en prenant pour base l'avantage concurrentiel indu tiré de la non-conformité, modulé proportionnellement par les volumes d'affaires affectés²³¹. L'arrêt du 27 septembre 2023, à l'origine du raisonnement par « coût évité », avait déjà consacré l'idée que le respect d'une réglementation supportant des dépenses obligatoires rend fautif, au titre de la concurrence déloyale, le fait de s'en affranchir²³². Dans la

²²⁸ V. *supra*

²²⁹ JurisClasseur Concurrence-Consommation, « Fasc. 240 : Domaine de l'action en concurrence déloyale », § 24 (réparation intégrale), avec rappels de principe et références, LexisNexis, 19 juill. 2023.

²³⁰ C. Granier, « Concurrence déloyale : présomption et quantification des préjudices résultant du non-respect d'une réglementation », *Revue pratique de droit des affaires*, n° 4, 30 avr. 2025 (obs. sous Cass. com., 9 avr. 2025), spéc. sur la présomption irréfragable du préjudice moral et la présomption simple du préjudice économique.

²³¹ Ibid. (admettant l'évaluation par l'avantage indu modulé à proportion des volumes d'affaires affectés) ; v. également le résumé pratique confirmant la base « coût évité/CA ».

²³² T. Guillemin, J.-B. Lallemand, « L'action en concurrence déloyale pour non-respect d'une règle de compliance : un tigre de papier ? », *JCP E&A*, n° 18, 2 mai 2024, n° 1127, rappelant l'arrêt Cass. com., 27 sept. 2023 et la logique de l'avantage concurrentiel indu en cas de non-respect d'une réglementation à coûts obligatoires.

continuité, la Cour a ainsi validé l'usage d'un proxy objectivable, ces-dits coûts de conformité évités, pour approcher un dommage par nature difficile à mesurer sans investigations disproportionnées²³³.

Cette solution française, favorable à l'effectivité, ne gomme pas les angles morts de la quantification. La doctrine a mis en évidence cinq cailloux dans la chaussure du juge de la réparation. D'abord, l'identification des dépenses strictement nécessaires à la mise en conformité, distinctes des « sur-conformités » facultatives. Ensuite, l'allocation des coûts à un programme fautif quand les entreprises mutualisent leurs budgets. Aussi, la délimitation du marché pertinent, seule à même de calibrer l'avantage sur la zone et la ligne de produits effectivement concurrencées. Puis, le chiffrage de l'écart entre coûts « conformes » et « non conformes » lorsque l'économie résulte d'atteintes diffuses (droits humains par exemple). Et enfin, l'agrégation des avantages indirects que la non-conformité a permis de capter²³⁴. Le recours à l'« avantage indu » n'est donc pas une panacée. Il suppose un appareil d'expertise capable d'isoler, dans un environnement de coûts communs, la part causalement rattachable à la faute. À cela s'ajoute, en France, la coexistence d'un préjudice moral indemnisable même pour les personnes morales, dont l'objet et la preuve demeurent discutés, si sa prise en compte est admise, l'évaluation glisse rapidement vers la compensation d'atteintes économiques incertaines, ce qui renforce l'intérêt du bornage probatoire dessiné par la Cour²³⁵.

Le contraste est net avec le droit fédéral américain de la publicité trompeuse, qui encadre la quantification par des exigences probatoires robustes. L'action du concurrent au titre de la section 43(a) du Lanham Act requiert la démonstration d'une allégation factuelle fausse ou trompeuse, de sa matérialité, de sa diffusion dans le commerce, et d'un dommage concurrentiel probable ou avéré, nous l'avons vu. Pour obtenir des dommages-intérêts, le demandeur doit en outre prouver que la publicité en violation du texte lui a causé des « actual damages »²³⁶. Or, la plupart des disputes liées au « greenwashing » relèvent de l'« implied falsity » : l'allégation est littéralement exacte mais induit en erreur un segment substantiel du public. Dans ce cas, la

²³³ C. Granier, art. préc., obs. sous Cass. com., 9 avr. 2025 (validation d'une méthode évitant des dépenses probatoires disproportionnées).

²³⁴ T. Guillemin, J.-B. Lallemand, art. préc., § 14-19 (cinq difficultés d'évaluation : coûts nécessaires, mutualisation, marché pertinent, différentiel conforme/non conforme, avantages indirects).

²³⁵ JurisClasseur Concurrence-Consommation, « Fasc. 240 », §§ 22-24 (perte de chance, préjudice moral des personnes morales, débat doctrinal, et rappel que la difficulté se déplace sur l'évaluation), avec réf. à Comingersoll.

²³⁶ C. Robledo, « An American Dream Gone Green : A Discussion of Existing Environmental Marketing Regulations and the Need for Stricter Legislation », *Touro Law Review*, vol. 38, 2022, p. 946 s., exposant le cadre de la § 43(a) et la nécessité de prouver des « actual damages » pour l'allocation monétaire, avec renvoi à *Verisign v. XYZ.COM* (4th Cir. 2017).

charge s'alourdit : il faut apporter des éléments d'enquête extrinsèque établissant que le message implicite a été réellement perçu et a trompé une part significative de la cible, ce qui passe classiquement par des sondages consommateurs et des analyses économétriques²³⁷.

Sur ce terrain, les juridictions américaines demandent des preuves fines de chaînes causales convaincantes entre l'allégation et la perte²³⁸. En pratique, les affaires de « green » advertising aboutissent fréquemment à des injonctions et à des mesures correctives, tandis que l'allocation de dommages demeure contingente à une preuve d'impact marchand étroitement documentée²³⁹. Cette rigueur probatoire tient autant à la structure du Lanham Act qu'au contexte : les termes de compliance et RSE sont souvent polysémiques, de sorte que l'ambiguïté sape la qualification de « falsity » et reporte l'essentiel de la charge sur l'économie de la preuve²⁴⁰.

Le droit californien de l'Unfair Competition Law accentue la divergence avec la France par la nature même des remèdes. L'UCL ouvre la voie à des actions concurrentielles contre des pratiques « unfair », « unlawful » ou « fraudulent », y compris dans un contexte de procédures internes de conformité. Mais il n'autorise que des remèdes d'équité : injonction et restitution²⁴¹. Les « damages » sont exclus. La restitution se calcule en fonction des sommes prélevées au demandeur ou des gains injustement retenus sur lui, et non comme une « disgorgement » générale des profits du défendeur au bénéfice d'un non-victime²⁴². La Cour suprême de Californie l'a fermement rappelé dans la décision *Korea Supply* : la « nonrestitutionary disgorgement » est irrecevable sous l'UCL, y compris pour un concurrent qui se plaint d'une captation d'opportunité²⁴³. L'architecture probatoire s'en trouve profondément affectée : là où

²³⁷ *Ibid.*, p. 949 (charge renforcée en cas d'« implied falsity » ; exigence de preuves extrinsèques de confusion ; place des surveys) ; v. aussi N. Feinstein, « Learning from Past Mistakes: Future Regulation to Prevent Greenwashing », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 40, 2013, p. 238-241 (rôle du Lanham Act en fausse publicité).

²³⁸ C. Robledo, art. préc., p. 947-949 (matérialité, confusion substantielle, nécessité d'un lien causal marchand) ; v. pour l'illustration probatoire, *Eli Lilly & Co. v. Arla Foods, Inc.*, 893 F.3d 375 (7th Cir. 2018), et *Time Warner Cable v. DIRECTV*, 497 F.3d 144 (2d Cir. 2007) (littéralité et présomption de confusion).

²³⁹ C. Robledo, art. préc., p. 961 (recensement d'actions FTC « green » aboutissant à des injonctions, sans punitif monétaire) ; *ECM Biofilms, Inc. v. FTC*, 851 F.3d 599 (6th Cir. 2017) (confirmation d'ordonnances correctives sur la base de surveys).

²⁴⁰ C. Robledo, art. préc., p. 947 (vocabulaire environnemental et compréhension des consommateurs ; note sur R. Tushnet et l'exemple « recycling ») (sur l'ambiguïté sémantique et son effet probatoire).

²⁴¹ § 17200 et s. Bus. & Prof. Code

²⁴² *Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp.*, 29 Cal. 4th 1134 (Cal. 2003) (restitution sous l'UCL, exclusion de la « nonrestitutionary disgorgement ») ; v. aussi *Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co.*, 20 Cal. 4th 163 (Cal. 1999) (standard « unfair » en actions entre concurrents) et *Kwikset Corp. v. Superior Court*, 51 Cal. 4th 310 (Cal. 2011) (préjudice économique et standing UCL).

²⁴³ *Ibid.*

le juge français peut convertir un coût évité en quantum de responsabilité modulé par les volumes, l'UCL exige d'adosser la mesure à des flux restituables, ce qui, en litige « B2B », suppose de prouver une ponction identifiable sur le patrimoine du demandeur²⁴⁴.

Cette différence de focale, entre « réparation intégrale par approximation prudente » en France, et « réparation monétaire conditionnée par la preuve d'un dommage marchand mesurable, sinon équité » aux États-Unis, se traduit concrètement par des stratégies probatoires opposées. Côté français, la voie ouverte par 2023 et confirmée en 2025 légitime un raisonnement par proxy. La doctrine a cependant raison d'insister sur la discipline indispensable de ces approximations en définissant ce que sont des « coûts nécessaires » et en isolant un « différentiel conforme/non conforme »²⁴⁵. Côté américain, le Lanham Act et UCL restent gouvernés par des standards d'administration de la preuve que les matières compliance et RSE rend hautement techniques. Le contentieux vert l'a déjà montré : la sanction sera volontiers structurelle et prospective, moins distributive, lorsque la preuve d'un préjudice chiffrable fait défaut²⁴⁶. Mais, dans les deux cas, la quantification n'est pas accessoire : elle est l'épreuve de vérité de la normativité des engagements éthiques en matière de concurrence déloyale.

²⁴⁴ V. p. ex. *Pulaski & Middleman, LLC v. Google, Inc.*, 802 F.3d 979, 989-90 (9th Cir. 2015) (restitution : mesure par « price premium » ; différence entre prix payé et valeur reçue) ; *Clayworth v. Pfizer*, 49 Cal. 4th 758 (Cal. 2010) (restitution au sens de sommes prises au demandeur). Sur le plan fédéral, pour les profits au titre du Lanham Act, v. *Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc.*, 590 U.S. ____ (2020) (la volonté n'est pas condition sine qua non, pouvoir discrétionnaire du juge).

²⁴⁵ T. Guillemain, J.-B. Lallemand, art. préc., §§ 14-19 (discipline des approximations et points de friction techniques).

²⁴⁶ C. Robledo, art. préc., p. 946-949 et 961 (structure des remèdes et pratique contentieuse en « greenwashing ») ; N. Feinstein, art. préc., p. 229-241 (panorama et limites des outils existants face au greenwashing).

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il apparaît que l'horizontalisation du contrôle des obligations de compliance et de RSE n'est ni un épiphénomène, ni un simple effet de mode. Elle procède d'un double mouvement de fond. D'un côté, la normativité se déplace vers l'amont : la règle ne se contente plus de prohiber, elle exige d'organiser la conformité et d'en administrer la preuve. De l'autre, le juge civil, saisi par un concurrent, devient l'un des lieux concrets où se rétablit l'égalité des charges normatives lorsque l'évitement de la conformité fausse les conditions du jeu. La CJUE, en admettant que la violation d'un texte protecteur puisse être mobilisée par un concurrent sur le terrain des pratiques déloyales, a consacré, sous des dehors prudents, cette translation fonctionnelle : la finalité initialement individuelle de la norme (protéger des personnes) ne s'oppose pas à son usage correcteur dans l'ordre concurrentiel lorsque l'illicéité crée une distorsion de marché²⁴⁷. Au fond, l'effectivité se gagne moins par proclamation que par circulation des leviers procéduraux : c'est précisément ce que révèle l'enseignement de la décision *Lindenapotheker*.

L'apport le plus décisif du droit français tient alors à une clarification de la faute civile en concurrence déloyale. Lorsqu'une norme impérative de compliance ou de RSE impose structurellement des coûts et qu'un opérateur s'y soustrait, l'avantage concurrentiel indu caractérise la déloyauté, indépendamment de tout discours public. Il ne s'agit pas d'une privatisation de la police administrative, mais d'une civilité du marché. La méconnaissance d'une obligation publique n'est pas appréhendée pour elle-même, elle l'est en tant qu'elle dérègle l'égalité des charges et, partant, l'équité des conditions de la compétition. Par cette articulation, la chambre commerciale a donné à la notion d'« avantage concurrentiel indu » une portée importante : l'économie de conformité devient l'indice juridique d'une faute, non parce que la règle pénètre le civil, mais parce que l'égalité des coûts de conformité appartient aux données objectives du marché loyal. Cette trajectoire, amorcée par la jurisprudence antérieure, a été formulée avec une netteté qui emporte des conséquences transversales pour l'ensemble des procédures internes de conformité.

À l'inverse, le droit fédéral américain a choisi de circonscrire l'initiative privée à une police des énoncés. Le Lanham Act, dans sa section 43(a)(1)(B), sanctionne la fausse publicité, c'est-

²⁴⁷ CJUE (gr. ch.), 4 oct. 2024, C-21/23, *Lindenapotheker*.

à-dire la discordance entre le message et la réalité, non l'évitement silencieux d'un programme interne. En d'autres termes, tant que la non-conformité ne se convertit pas en assertion vérifiable adressée au marché, elle reste hors de portée de l'action spéciale du concurrent. Cette économie n'est pas un défaut, c'est une cohérence : le Congrès a créé une action de discours, pas une action générale de non-conformité. Il faut, ce faisant, accepter l'idée que deux modèles se répondent sans se calquer : en France, la faute peut naître de des coûts illicites gagnés par l'évitement d'une norme impérative ; aux États-Unis, l'action privée s'enclenche lorsque la non-conformité se transforme en information trompeuse susceptible d'influencer une décision d'achat. La gouvernance du risque est ainsi internalisée « par le dire » plutôt que « par le faire », ce qui explique la centralité probatoire du message et de sa matérialité.

Faut-il regretter cette dissymétrie ? Non, si l'on consent à lire la comparaison dans sa vérité : les deux systèmes convergent sur la fonction, non sur la qualification. En France, la faute de concurrence déloyale restaure la symétrie des charges lorsqu'un opérateur élude des obligations qui pèsent sur tous. Aux États-Unis, la même fonction correctrice est assumée par des voies étroites : la police des discours. La divergence de technique révèle une unité d'intention : neutraliser l'avantage issu de la déloyauté et rendre au marché sa mesure. L'important est d'assumer que la « faute » française et la « tromperie » américaine ne se recouvrent pas mais se répondent, et que la comparabilité tient à la fonction de rééquilibrage plutôt qu'aux catégories employées.

En définitive, le contrôle horizontal doit rester un mécanisme d'égalisation, non de moralisation. Il doit s'adosser à une preuve exigeante et à une articulation loyale avec les autorités. Et doit, surtout, demeurer conscient de son objet : non pas punir « la non-conformité » en soi, mais empêcher qu'elle ne devienne, par l'évitement de coûts nécessaires ou par la captation d'une crédibilité imméritée, un instrument de concurrence déloyale. C'est à cette condition, et à cette condition seulement, que l'extension contemporaine des obligations de compliance et de RSE pourra trouver, dans la relation de concurrence, sa mesure juste : un lieu de responsabilité, où la règle et le juge se tiennent dans un même horizon d'effectivité.

BIBLIOGRAPHIE

FRANCE :

Ouvrages généraux

Cabrillac (R.), Droit des obligations, 2024

Frison-Roche (M.-A.), Les buts monumentaux de la compliance, Dalloz, 2022.

Hauriou (M.), Principes de droit public, 2010

Von Jhering (R.), La lutte pour le droit, Dalloz, 2006.

Articles, études, chroniques (doctrine)

Aubry (H.), « Concurrence déloyale – Le concurrent d’une entreprise ayant enfreint le RGPD peut exercer une action en concurrence déloyale contre celle-ci », Contrats-Concurrence-Consommation, n° 1, janv. 2025, comm. 7.

Chacornac (J.), « La “compliance” : conquête ou aveu de faiblesse de l’État de droit ? », Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae – Sectio Iuridica, vol. LXI, 2022, p. 73

Favario, « La concurrence déloyale, une action au service du droit de la compliance », Bull. Joly Sociétés, n° 11, nov. 2023.

Frison-Roche (M.-A.), Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages, in Compliance : l’Entreprise, le Régulateur et le Juge, sous la dir. de N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda, Dalloz, 2018

Granier (C.), « Concurrence déloyale : présomption et quantification des préjudices résultant du non-respect d’une réglementation », Revue pratique du droit des affaires, n° 4, 30 avr. 2025 (obs. sous Cass. com., 9 avr. 2025).

Guillemain (T.), Lallemand (J.-B.), « L’action en concurrence déloyale pour non-respect d’une règle de compliance : un tigre de papier ? », JCP E&A, n° 18, 2 mai 2024, Étude 1127.

Jourdan (F.), Maulin (R.), « Compliance et concurrence », JCP G, n° 45, 13 nov. 2023.

Lacroix-De Sousa (S.), Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la compliance – Rev. sociétés 2021. 351

Strickler (Y.), « Mesure d’instruction avant tout procès – Conditions de recevabilité de la demande », *Procédures*

Tricot (D.), in A. Gaudemet, La compliance : un monde nouveau ? Aspects d’une mutation du droit, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 8

Valette (A.), Cann (M.), « Le greenwashing à l'épreuve des pratiques commerciales trompeuses », JCP G, n° 38, 26 sept. 2022, 1065.

Vuitton (X.), Référés spéciaux. – Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur (*structure et conditions, réf. citée*).

Commentaires / Notes de jurisprudence

Aubry (H.), note précitée (RGPD & concurrence déloyale).

Granier (C.), obs. sous Cass. com., 9 avr. 2025 (présomptions de préjudice).

Traités / Encyclopédies / Guides / Rapports (institutions, autorités)

ACPR, avis du 4 févr. 2020 (affaire citée MF Tel / Creacard).

ARPP, Recommandation « Développement durable » (version en vigueur depuis 1er août 2020).

CNIL, L'impact économique du RGPD, 5 ans après, 1er mars 2024.

Commission des Communautés européennes, COM(2002) 347 final, 2 juill. 2002 (communication citée).

Conseil d'État, « Le juge administratif et les sanctions administratives », Analyses de jurisprudence – Dossier thématique (réf. citée).

Cornell LII, notices Punitive damages ; FRCP (Rules 26, 27) – ressources pédagogiques citées.

Cour des comptes, 1re ch., 2e sec., Observations définitives : l'évolution du dispositif français de lutte ... (réf. citée).

Dalloz, Fiche d'orientation, « Concurrence déloyale », Juin 2023

Dalloz, Fiches d'orientation, « Sanction administrative », pt 1.1, sept. 2020.

DGCCRF, Guide pratique des allégations environnementales (éd. 2012, actual. 2023).

Ministère de l'Économie, Fiche d'impact, 11 déc. 2019, NOR : ECOT1932860R.

JurisClasseur Concurrence-Consommation, Fasc. 240 « Domaine de l'action en concurrence déloyale », LexisNexis, 19 juill. 2023.

JurisClasseur Procédures Formulaire, Croze (H.), Pièces – Communication et production forcée, fasc. 20 (pts-clés cités).

JurisClasseur Procédures Formulaire, Hocher (O.), Mesures d'instruction in futurum, fasc. 10 (nombreux § cités).

JurisClasseur Concurrence-Consommation, Passa (J.), Lapousterle (J.), « Fasc. 240 — Domaine de l'action en concurrence déloyale »

Instruments européens (textes)

Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

Règlement (UE) 2016/679 (RGPD).

Directive (UE) 2019/1937 sur la protection des lanceurs d'alerte.

Directive (UE) 2024/1760 du 13 juin 2024 (CSDDD – devoir de vigilance).

Lois et règlements

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 8.

Code civil, art. 1240, 1241.

Code de procédure civile, art. 145 (mesures d'instruction in futurum).

Code de la consommation, art. L.121-1 à L.121-3 (pratiques commerciales trompeuses).

Code de commerce, art. L.225-102-4 (devoir de vigilance).

Code monétaire et financier, art. L.561-1 s. (LCB-FT).

Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 (dite Sapin II).

Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 (dite Climat & Résilience).

Décisions (France / UE)

CEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22, §§ 82-83.

CJUE (gr. ch.), 4 oct. 2024, C-21/23, *Lindenapotheke*.

Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC.

Cons. const., 25 mars 2022, n° 2021-984 QPC, Eurelec.

Cass, Civ. 2e, 24 mai 1971.

Cass. com., 18 déc. 2001.

Cass. crim., 6 oct. 2009.

Cass. com., 28 sept. 2010.

Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414.

CA Aix-en-Provence, 1er juill. 2021, n° 20/11649.

TJ Paris, 15 avr. 2022, n° 19/12628 (Plaisance Équipements).

CA Paris, 4 oct. 2023, n° 21/22383 (UberPop).

Cass. com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995 (Creacard/MF Tel).

Cass. com., 5 juin 2024, n° 23-22.122, F-B (QPC – non-lieu à renvoi); (contre CA Paris, 4 oct. 2023) — obs. Z. Jacquemin, GPL 17 sept. 2024, n° GPL467c6

Cass, 14 mai 2025, n°23-23.060

Presse / médias

Financial Times, « Business is not all about battle », rubrique Business Education, 14 août 2005.

ÉTATS-UNIS :

Ouvrages / Traités / Manuels

Rakoff (J. S.), Goldstein (H. W.), RICO Civil and Criminal Law and Strategy, 2000 ed.

Articles (doctrine)

Edward Freeman (R.) & Elms (H.), The Social Responsibility of Business Is to Create Value for Stakeholders, MIT SLOAN MGMT. REV. (Jan. 4, 2018)

Bowen (H.), Social Responsibilities of the Businessman, Harper & Row, 1953

Bratton (W. W.), Wachter (M. L.), « Shareholder Primacy's Corporatist Origins: Adolf Berle and the Modern Corporation »

Feinstein (N.), « Learning from Past Mistakes: Future Regulation to Prevent Greenwashing », Boston College Environmental Affairs Law Review, vol. 40 (2013), p. 229-241.

Griffith (S. J.), « Corporate Governance in an Era of Compliance », William & Mary L. Rev., 2016.

Nelson (C.), « Preemption », Va. L. Rev., 2000.

Port (B. S.), « The Primary Jurisdiction Doctrine », Brooklyn L. Rev., 1973.

Robledo (C.), « An American Dream Gone Green: A Discussion of Existing Environmental Marketing Regulations and the Need for Stricter Legislation », Touro Law Review, vol. 38 (2022), p. 946 s.

Sigel, (A.), « *CSR Statements: Incentives and Enforcement in the Wake of the Business Roundtable's Statement on Corporate Purpose* », *Boston University Law Review*, vol. 101, 2021, p. 803-833.

Sources officielles / Standards / Guides

FTC, Guides for the Use of Environmental Marketing Claims (Green Guides).

Global Reporting Initiative, « *Sustainability Reporting Guidelines — Exposure Draft for Public Comment and Pilot Testing* », mars 1999

Oxford English Dictionary, entrée « greenwash / greenwashing ».

Encyclopaedia Britannica, entrée « Greenwashing ».

State of Delaware (Newsroom), « Delaware Unveils Public Benefit Corporation Legislation », 18 Apr. 2013.

Sustainability Accounting Standards Board (SASB), « *SASB Conceptual Framework* », février 2017

Textes

Lanham Act, § 43(a)(1)(B), 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B) ; dommages et profits : 15 U.S.C. § 1117(a).

FTC Act, 15 U.S.C. § 45.

Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B) (internal controls).

RICO, 18 U.S.C. §§ 1961–1968 ; action civile : 18 U.S.C. § 1964(c) ; déf. « dangerous special offender » citée : 18 U.S.C. § 3575(e) (ancienne).

Sarbanes-Oxley Act (not. §§ 406-407).

Dodd-Frank Act (whistleblowers).

Securities Act of 1933.

California Unfair Competition Law (UCL), Cal. Bus. & Prof. Code §§ 17200, 17204.

California False Advertising Law (FAL), Cal. Bus. & Prof. Code § 17500.

Décisions

U.S. Supreme Court

Alexander v. Sandoval, 532 U.S. 275 (2001).

Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores, 421 U.S. 723 (1975).

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

H.J. Inc. v. Northwestern Bell Telephone Co., 492 U.S. 229 (1989).

Holmes v. Securities Investor Protection Corp., 503 U.S. 258 (1992).

POM Wonderful LLC v. Coca-Cola Co., 573 U.S. 102 (2014).

Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc., 590 U.S. ____ (2020).

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

Browning-Ferris Industries, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989).

Cours fédérales d'appel

American Council of Certified Podiatric Physicians & Surgeons v. American Bd. of Podiatric Surgery, 185 F.3d 606 (6th Cir. 1999).

Astiana v. Hain Celestial Group, 783 F.3d 753 (9th Cir. 2015).

Bridge v. Phoenix Bond & Indem. Co., 553 U.S. 639 (2008) (citée pour RICO).

ECM Biofilms, Inc. v. FTC, 851 F.3d 599 (6th Cir. 2017).

Eli Lilly & Co. v. Arla Foods, Inc., 893 F.3d 375 (7th Cir. 2018).

Getty Petroleum Corp. v. Bartco Petroleum Corp., 858 F.2d 103 (2d Cir. 1988).

Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U.S. 118 (2014) (sur le « zone-of-interests » / standing).

Pulaski & Middleman, LLC v. Google, Inc., 802 F.3d 979 (9th Cir. 2015).

Southland Sod Farms v. Stover Seed Co., 108 F.3d 1134 (9th Cir. 1997).

Time Warner Cable, Inc. v. DIRECTV, Inc., 497 F.3d 144 (2d Cir. 2007).

Zubulake v. UBS Warburg (S.D.N.Y. 2003–2004) (e-discovery, litigation hold).

Californie (Cour suprême de l'État / contentieux UCL-FAL)

Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co., 20 Cal. 4th 163 (1999).

Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp., 29 Cal. 4th 1134 (2003).

Kwikset Corp. v. Superior Court, 51 Cal. 4th 310 (2011).

Clayworth v. Pfizer, Inc., 49 Cal. 4th 758 (2010).

Williams v. Gerber Products Co., 552 F.3d 934 (9th Cir. 2008) (emballage trompeur / consommateur raisonnable).

Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc. (puffery vs assertion vérifiable).

Presse / médias

Bondarenko (P.), « *Enron scandal* », *Encyclopædia Britannica*, dernière mise à jour le 19 août 2025

Financial Times, « *Business is not all about battle* », rubrique *Business education*, 14 août 2005