

# Chapitre 10 Le respect de la concurrence

---

La liberté du commerce et de l'industrie (*décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791*) précise « il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon ». C'est le fondement des activités industrielles, commerciales, libérales et artisanales.

Cette liberté sous-tend trois autres principes essentiels au fonctionnement du marché :

- **La liberté d'entreprendre** : liberté d'accéder et d'exercer librement toute profession et toute activité économique de son choix
- **La liberté d'exploiter** : liberté de l'entrepreneur de choisir ses stratégies, les moyens utilisés, ses partenaires... l'entrepreneur décide seul des moyens à employer (à condition que ce soit licite) pour assurer le succès de son activité. En pratique, cette liberté permet de signer des contrats d'achat, de vente, un bail commercial, etc.
- **La libre concurrence** : liberté d'utiliser les moyens de son choix pour capter la clientèle et développer son activité. l'entrepreneur a le droit de faire concurrence aux autres et de leur prendre leur clientèle (par des moyens licites toujours). En pratique, cette liberté permet aux entrepreneurs de produire des biens et des services de leur choix et de commercer librement.

Mais **cette liberté n'est ni générale ni absolue, elle ne peut exister qu'en application de la loi**. Ainsi, la loi peut **limiter la liberté du commerce et de l'industrie pour diverses raisons : la santé, la sécurité et l'hygiène, garantir le bon fonctionnement du marché, une concurrence saine et loyale, etc.**

L'ensemble des dispositions législatives et réglementaires visant à garantir le respect du principe de la liberté et du commerce sont regroupées dans le droit de la concurrence et inscrites dans le code du commerce au niveau français et dans les traités au niveau européen.

## 1. La liberté du commerce et de l'industrie

Parmi les principes fondamentaux du droit, présents dans divers textes dont le préambule de la Constitution, figure la liberté du commerce et de l'industrie. Fondement de la société d'économie libérale, ce principe se décline en plusieurs libertés complémentaires.

### A. La liberté d'entreprendre

#### 1. Le principe et sa portée

Ce principe juridique signifie qu'il est **possible à toute personne de créer une entreprise, sans avoir besoin d'une autorisation**. Propre à développer le commerce, l'industrie et les activités de service, cette liberté est à l'origine de la multiplication des entreprises. **C'est la liberté d'entreprendre qui, en favorisant l'instauration d'un marché de concurrence, permet aux clients de disposer d'une offre élargie et de prix tirés vers le bas** par la confrontation entre les professionnels.

#### 2. Les limites à la liberté d'entreprendre

La protection de l'ordre public pose des limites à la liberté d'entreprendre. Il s'agit de sauvegarder des intérêts particuliers, parfois – comme ceux des consommateurs –, ou même l'intérêt général, voire le marché lui-même.

• **Certaines activités sont interdites** : on ne peut pas créer une entreprise visant le profit au travers d'une offre de produits ou services portant atteinte à la santé publique (vente de stupéfiants ou de médicaments non autorisés expressément) ou à la moralité publique (jeux clandestins, maison de tolérance).

• **Certaines personnes ne peuvent pas entreprendre** : que ce soit pour une raison d'incapacité (mineur ou majeur en tutelle), à cause d'une incompatibilité professionnelle (fonctionnaires, officiers ministériels ou membres d'une profession libérale réglementée) ou en cas de condamnation à une peine de déchéance commerciale (en cas d'infraction grave, par exemple).

## B. La liberté d'exploiter

- ✓ Le principe de la liberté d'exploiter *se traduit par la possibilité pour tout entrepreneur de choisir le marché sur lequel il intervient, le mode d'organisation de son entreprise, sa forme juridique, le recrutement ou non de salariés, le mode de financement de son activité, etc.* Le commerçant ou tout autre entrepreneur mène ses affaires comme il l'entend, puisqu'il en assume la responsabilité.

De rares exceptions sont prévues par la loi, toujours au nom de l'ordre public. Une règle veut, par exemple, que certains services soient offerts par des entreprises d'État, à qui un monopole est attribué : ainsi, les jeux de hasard, le transport ferroviaire ou par métro sont les exemples les plus marquants de marchés non ouverts à la concurrence.

## C. La liberté de concurrencer

*Composante essentielle de la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de concurrencer signifie que chacun peut tenter de développer et conserver sa clientèle en usant de moyens agressifs comme des prix attractifs, une communication dynamique ou une installation de l'entreprise dans la zone de chalandise des concurrents.* Qu'il y ait parfois dans le choix des actions commerciales une déstabilisation des concurrents n'est pas juridiquement répréhensible dès lors que cette liberté ne se traduit pas par le recours à des pratiques déloyales.

## 2. La loyauté de la concurrence

### A. Les comportements loyaux et les comportements déloyaux

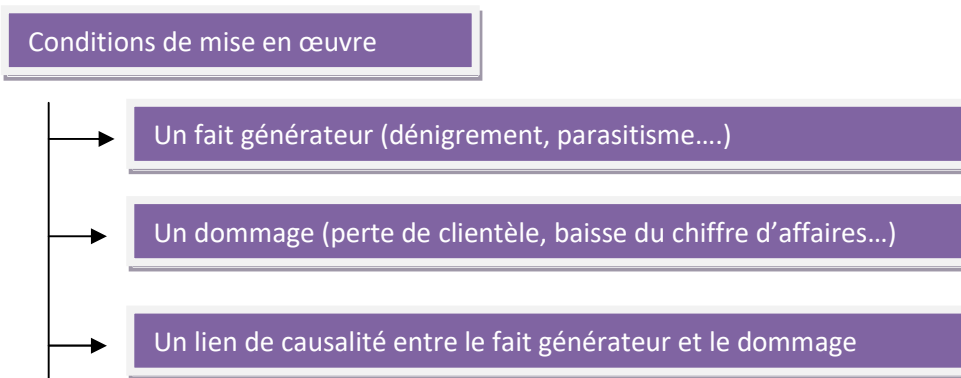
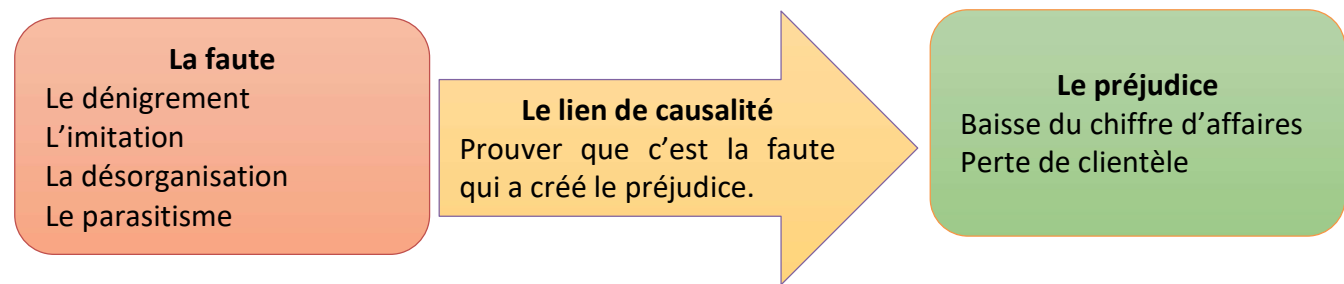
Le marché de concurrence se caractérise par une situation de confrontation entre entreprises. Il est inévitable que les victimes de l'affrontement commercial s'interrogent sur le caractère loyal des pratiques de leurs concurrents.

La jurisprudence a défini des comportements comme déloyaux, c'est-à-dire portant atteinte à une saine concurrence. Parmi ces comportements fautifs, on peut relever certains cas récurrents :

- **L'imitation d'un signe distinctif d'un concurrent** (enseigne, nom commercial, marque déposée, etc.) pouvant créer une confusion dans l'esprit de la clientèle potentielle
- **Le dénigrement**, consistant dans des propos dévalorisant l'entreprise ou l'offre d'un concurrent
- **Le parasitisme**, qui vise à profiter de l'idée d'un concurrent qui a fait ses preuves
- **La désorganisation** de l'entreprise concurrente, par divers moyens, comme le débauchage d'un salarié.

*Les comportements anticoncurrentiels et contraires à la pratique honnête des affaires les actes déloyaux sont sanctionnés par la mise en œuvre des articles 1240 et 1241 du Code Civil.*

Le fondement de l'action en concurrence déloyale repose sur les principes de la responsabilité civile extracontractuelle. Il faudra donc prouver l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux afin de pouvoir demander en justice des dommages-intérêts notamment.



**Sanctions** : dommages-intérêts, arrêt des pratiques restrictives, publication de la décision judiciaire dans les journaux.

## B. L'action en concurrence déloyale

Les comportements déloyaux de concurrence sont considérés par les juges comme des fautes au sens *de l'article 1240 du Code civil* définissant la responsabilité extracontractuelle.

- ❖ *L'action en concurrence déloyale est donc engagée par celui qui estime que l'une de ces fautes lui a causé un préjudice, comme en cas de chute du chiffre d'affaires, de dégradation de l'image de l'entreprise et, plus généralement, de détournement de clientèle.* Selon les règles générales du droit, il revient au demandeur d'établir le lien de causalité entre les faits fautifs qu'il invoque et ce préjudice.

Les juridictions compétentes pour accueillir l'action en concurrence déloyale sont les juridictions de droit privé, civil ou commercial selon la qualification juridique des parties (commerçants, artisans, membres d'une profession libérale, etc.).

Si la demande triomphe en justice, la réparation du dommage se fait principalement par l'attribution de dommages-intérêts à la victime. Il y a d'autres sanctions parfois : la cessation immédiatement imposée des agissements déloyaux ou l'obligation de faire paraître dans la presse un avis du jugement ayant condamné le concurrent indélicat.

## C. Le cas particulier de la contrefaçon de marque

La déloyauté d'un concurrent se manifeste parfois par la contrefaçon d'une marque déposée à l'INPI. Il s'agit là d'un délit de droit pénal faisant encourir à son auteur une peine de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, prononcée par le tribunal correctionnel compétent dans cette circonstance. La

contrefaçon de marque consiste à reproduire un vocable, un groupe de mots ou même une forme choisie par une entreprise pour différencier un produit ou un service de ceux des concurrents.

Il existe plusieurs formes de contrefaçon de marque :

- ✓ **La copie servile**, qui reproduit à l'identique la marque déposée par un concurrent
- ✓ **L'imitation**, par laquelle sont repris certains éléments d'une marque, assez distinctifs pour que la clientèle soit trompée
- ✓ **La copie ressemblante**, qui prétend éviter la contrefaçon par une différence minimale dans la reproduction de la marque (une lettre dans un mot, par exemple)
- ✓ **Le parasitisme**, qui détourne une marque pour l'appliquer à des produits qui n'ont jamais été désignés par elle parce que non compris dans la gamme du concurrent.

**L'action en contrefaçon** permet à la victime de demander des dommages-intérêts en tant que partie civile. Par ailleurs, l'existence de la contrefaçon va souvent de pair avec la concurrence déloyale, qui ouvre la voie à une action en responsabilité civile (voir ci-dessus).

**Le droit de la concurrence a pour objectif de préserver la loyauté dans les relations économiques.** L'existence d'une concurrence effective est indispensable au bon fonctionnement de l'économie, à la régulation du marché. **Une entente entre entreprises est un accord qui permet de mener à bien un projet. Cet accord est illicite lorsqu'il perturbe le fonctionnement du marché.** Différentes atteintes à la concurrence sont jugées néfastes. C'est le cas des ententes sur les prix, sur les modes de promotion, sur un partage du marché, etc.

Si la recherche d'une position dominante sur le marché n'a rien de répréhensible en soi, le droit français et le droit communautaire interdisent l'abus de domination, qui consiste, pour une ou plusieurs entreprises, à profiter de leur force et de leur situation de leaders pour fausser les conditions de l'échange, verrouiller le marché, et de façon générale fausser le jeu de la concurrence.

**Ces comportements ont des effets négatifs pour les concurrents et pour les consommateurs.** Le droit de la concurrence apporte donc des restrictions aux libertés des entreprises.

### 3. Quelles sont les pratiques anticoncurrentielles ?

#### A. L'interdiction des ententes illicites

**L'entente anticoncurrentielle, au sens de l'article L 420-1 du Code du commerce**, est un accord ou une action concertée qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de services déterminé. Cette entente peut prendre diverses formes :

- **Ecrite ou orale**
- **Expresse ou tacite**
- **Horizontale** (entre concurrents) ou **Verticale** (entre acteurs placés à des niveaux différents de la filière).

L'Autorité de la concurrence, institution compétente en ce domaine, peut prononcer des injonctions et infliger des sanctions aux auteurs des pratiques incriminées, celles-ci étant proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques. Ces sanctions sont déterminées de manière individuelle pour chaque entreprise ou organisation sanctionnée.

Les ententes illicites sont souvent des ententes sur les prix. En mars 2006 par exemple, plusieurs entreprises du secteur du luxe (Chanel, Dior, Kenzo, Givenchy, etc.) et trois distributeurs (Marionnaud, Sephora et

Nocibé) ont été condamnés à plusieurs dizaines de millions d'euros d'amende. Ils ont été accusés d'une entente sur les prix entre 1997 et 2003.

## **B. L'abus de position dominante**

*L'abus de position dominante est une infraction prévue par le droit de la concurrence et qui sanctionne une entreprise, en situation de domination sur marché, qui utilise sa position pour imposer des conditions qui ne sont pas celles du marché.*

Pour qu'il y ait abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, **trois conditions** doivent être réunies :

- **L'existence d'une position dominante.** Selon la jurisprudence communautaire la position dominante se définit ainsi : « la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » ;
- **Une exploitation abusive de cette position.** Selon l'article L. 420-2, les pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante sont les suivantes : le refus de vente, les ventes liées, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture des relations commerciales au motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Cette liste n'est toutefois pas limitative
- **Un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché.** Aux termes de **l'article L. 464-2 du Code de commerce**, l'**Autorité de la concurrence** peut prononcer des injonctions et infliger des sanctions aux auteurs des pratiques incriminées, celles-ci étant proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques.

Ces sanctions sont déterminées de manière individuelle pour chaque entreprise ou organisation sanctionnée. Des amendes infligées par l'Union européenne à des entreprises pour abus de position dominante ont été données par exemple :

✓ **Google a été condamné en 2017 à 2,42 milliards d'euros et en 2018 à 4,34 milliards d'euros**

En 2018, le géant américain a été condamné mercredi pour avoir profité depuis 2011 de la position dominante de son système d'exploitation pour smartphones et tablettes, Android, afin d'asseoir la suprématie de ses propres applications, en particulier son service de recherche en ligne, en obligeant les fabricants d'appareils mobiles à les installer. En 2017, La firme de Mountain View avait déjà été condamnée pour avoir abusé à partir de 2008 de sa position archidominante dans la recherche sur internet afin de favoriser son service de comparaison de prix "Google Shopping" au détriment de ses concurrents. Google a fait appel.

✓ **Intel a été condamné en 2009 à 1,06 milliard d'euros**

Le fabricant de puces informatiques était accusé d'avoir mis en oeuvre entre 2002 et 2007 une stratégie destinée à exclure du marché son seul concurrent sérieux, AMD. L'abus consistait notamment en des rabais accordés aux fabricants d'ordinateurs pour qu'ils achètent auprès d'Intel la quasi-totalité de leurs processeurs.

✓ **Qualcomm a été condamné en 2018 à 997 millions d'euros**

Le fournisseur informatique américain a été condamné en janvier 2018 pour avoir versé "plusieurs milliards" de dollars à son client Apple entre 2011 et 2016, afin qu'il ne s'approvisionne pas auprès de ses rivaux.

## 4. Quelles sont les pratiques restrictives de la concurrence ?

### A. La rupture de la relation commerciale

*L'article L. 442-6-I.5° du Code de commerce permet de sanctionner toute rupture brutale réalisée sans préavis écrit d'une durée suffisante afin de garantir la loyauté dans les affaires.*

La relation commerciale doit selon le Code être « établie ». Pour déterminer si une relation commerciale peut être qualifiée d'établie, la jurisprudence prend en compte plusieurs critères :

- *La durée* des relations entre les partenaires,
- *La continuité* dans la relation,
- *L'importance* et l'évolution du chiffre d'affaires réalisé.

La rupture doit être notifiée par écrit. Elle sera considérée comme brutale en cas de non-respect du préavis écrit dans le contrat, de l'absence de préavis écrit ou encore de l'insuffisance du préavis donné. Le professionnel qui rompt brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie engage sa responsabilité civile délictuelle et peut être condamné à des dommages et intérêts.

### B. La revente à perte

*La revente à perte est une pratique restrictive de concurrence* qui consiste à revendre un produit au-dessous du prix d'achat effectif. Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport. Il existe toutefois des exceptions à la revente à perte : les fins de saisons ou entre deux saisons de vente, les produits techniquement obsolètes ou démodés...

La revente à perte est un délit puni de 75 000 euros d'amendes pour la personne physique et de 375 000 euros pour la personne morale.