

Le droit de la concurrence

Positionnement du chapitre dans le programme

Thème	La régulation de l'activité économique
Question	Comment les activités économiques sont-elles régulées par le droit ?
Compétence(s)	Repérer les enjeux du droit de la concurrence pour l'entreprise
Savoirs associés	<ul style="list-style-type: none">- Le rôle du droit dans la régulation- Le rôle des autorités administratives indépendantes- Le droit de la concurrence

SOMMAIRE

I. Quel est le rôle du droit dans la régulation ?	3
II. Quel est le rôle des autorités administratives indépendantes ?.....	3
A. Des institutions de régulation.....	3
B. L'exemple de l'Autorité de la concurrence (ADLC).....	4
III. Quel est le rôle du droit de la concurrence ?	5
A. Sanctionner les actes de concurrence déloyale	6
1) Les pratiques déloyales	6
2) Les sanctions des pratiques déloyales.....	7
3) Les juridictions compétentes en cas de pratiques déloyales	7
B. Contrôler les concentrations d'entreprises	8
La notion de seuil de sensibilité	9
C. L'abus de position dominante	10
D. Les sanctions et autorités compétences en cas d'ententes illicites et abus de position dominante.....	10
1) Les autorités compétentes	10
2) Les sanctions.....	11
Les injonctions	11
Les procédures	12
La procédure de non contestation des griefs et programme de conformité	12
La procédure de clémence en cas de dénonciation	12

Le droit de la concurrence

Définition de la concurrence

Situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise par rapport à une ou plusieurs autres lorsque, tout en faisant des profits, elle peut rivaliser avec elles en offrant un service ou un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal.

Le principe de la libre concurrence est au cœur des économies de marché, et à ce titre, doit être protégé et régulé dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des entreprises.

La concurrence pure et parfaite

Un **marché concurrentiel** suppose:

-un produit **homogène**,

-l'offre et la demande proviennent du plus grand nombre possible de producteurs et de consommateurs (**atomicité du marché**),

-l'**information** sur les conditions des échanges circulent parfaitement entre eux...

L'existence d'une concurrence effective est un levier essentiel pour la croissance de l'économie, l'innovation et la préservation du pouvoir d'achat des consommateurs.

Le droit de la concurrence a donc deux objectifs majeurs :

- ✓ garantir la libre concurrence entre les entreprises dans l'intérêt des consommateurs,
- ✓ protéger les entreprises contre des concurrents malveillants qui emploieraient des méthodes déloyales prohibées.

ORANGE,SFR ET BOUYGUES

En 2005, le Conseil de la concurrence a sanctionné 3 opérateurs de téléphonie mobile (*ORANGE France, SFR et BOUYGUES TELECOM*),

Amendes record prononcées pour un montant de **534 millions €** (256 pour Orange, 220 pour SFR et 58 pour BOUYGUES TELECOM).

2types d'entente horizontale:

-**Echange d'informations stratégiques** (sur les nouveaux abonnements et les résiliations),

-Répartition des marchés par le biais d'un pacte de non-agression pour stabiliser l'évolution de leur part de marchés entre 2000- 2002.

I. Quel est le rôle du droit dans la régulation ?

La régulation est l'action de **maintenir en équilibre les activités économiques**, tandis que la réglementation en fixe les règles.

Le rôle du droit est donc de veiller, entre autres, au bon équilibre des relations commerciales entre les agents économiques dans les secteurs d'activité où les conditions de marché favorisent la formation de monopoles.

- La régulation est nécessaire pour veiller à ce que la concurrence s'exerce de manière effective, loyale et durable.

À cet effet, le rôle du droit est de fournir des outils juridiques permettant de garantir une concurrence harmonieuse. (*ex. : règlement des litiges, sanctions*).

La concurrence libre et non faussée est un principe économique appliqué par la plupart des économies de marché, notamment imposé par les institutions de l'Union européenne.

II. Quel est le rôle des autorités administratives indépendantes ?

A. Des institutions de régulation

Une autorité administrative indépendante (AAI) est *une institution de l'État chargée, en son nom, d'assurer la régulation de secteurs considérés comme essentiels* et pour lesquels le gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement (*ex. : les sondages, l'audiovisuel*).

Le terme est apparu pour la première fois en 1978 avec la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Les AAI se répartissent en **deux catégories** : celles **chargées de la régulation des activités économiques** (*ex. : Commission nationale d'aménagement commercial – CNAC ; Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet – HADOPI*) et celles **protégeant les droits des citoyens** (*ex. : Défenseur des droits, Commission nationale consultative des droits de l'homme – CNCDH*).

1) Leurs caractéristiques

Ce sont des autorités qui disposent d'un certain nombre de **pouvoirs** allant de la recommandation et décision à la sanction.

Elles sont dites administratives car **elles agissent au nom de l'État** et de l'administration (ex. : pouvoir réglementaire).

Elles sont indépendantes des pouvoirs publics, ceux-ci ne pouvant pas leur adresser d'ordres, de consignes ni même de simples conseils. Leurs membres ne sont pas révocables.

2) Leur rôle

Leur mission implique **la prise d'actes pour organiser le secteur concerné, soumettre les entreprises à des règles et les sanctionner** le cas échéant, mais aussi la prise en compte des demandes et des besoins des acteurs de ce secteur.

Plus que l'administration « classique », les AAI doivent établir des relations de confiance avec les acteurs des domaines qu'elles ont la charge de réguler, d'assurer une intervention de l'État rapide, adaptée à l'évolution des besoins et des marchés.

B. L'exemple de l'Autorité de la concurrence (ADLC)

Une des AAI est l'**Autorité de la concurrence, spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration.**

C'est une institution collégiale comprenant **dix-sept membres** (*ex. : membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, d'autres juridictions administratives ou judiciaires, des personnalités choisies en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation, des personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales*), nommés pour une durée de cinq ans, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie.

L'Autorité de la concurrence analyse et régule le fonctionnement de la concurrence en vue de la sauvegarde de l'ordre public économique.

Au service du consommateur, elle a pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons national, européen et international.

Elle a aussi pour compétence le contrôle des opérations de concentration d'entreprises afin d'éviter les monopoles. Elle émet régulièrement des avis ou des recommandations sur la concurrence, de sa propre initiative ou à la demande des pouvoirs publics.

III. Quel est le rôle du droit de la concurrence ?

Le droit de la concurrence regroupe l'ensemble des lois et des règlements visant à garantir le maintien d'une concurrence saine et loyale entre les acteurs économiques.

« Ensemble des règles juridiques qui organisent le jeu des rapports de rivalité et de coopération entre entreprises, dans le cadre de leur démarche de conquête ou de préservation d'une clientèle ».

- **Assure la protection du consommateur,**
- **Régule des phénomènes de compétition.**

Cet ensemble de règles vise à **garantir le respect du principe de libre concurrence et à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles entre entreprises**, telles que **la concurrence déloyale, l'entente illicite, l'abus de position dominante.**

Le droit de la concurrence est contenu dans le Code de commerce, et comporte aussi un volet européen (traité de Rome).

Conduisant à une réduction de la concurrence sur les marchés, certaines pratiques sont interdites car elles produisent des effets néfastes sur la concurrence tandis que les autres sont réglementées.

Qu'elles prennent la forme d'ententes ou d'abus de position dominante, les pratiques anticoncurrentielles peuvent produire des conséquences très dommageables pour les consommateurs mais aussi pour les entreprises, notamment les PME.

MICROSOFT

En 2004, la Commission a condamné l'entreprise américaine, à **497 millions €** d'amende pour **abus de position dominante.**

Bruxelles reproche à l'éditeur de Windows de *faire payer l'accès aux informations nécessaires à ses concurrents pour que ceux-ci puissent développer des produits interopérables*.

En 2008, condamné à **860 millions €** pour n'avoir pas changé ses pratiques anticoncurrentielles.

En 2013, condamné à **561 millions €** pour favoriser Internet Explorer, son navigateur, au détriment de ses concurrents.

Montant total des amendes : **1,918 milliard d'euros**.

A. Sanctionner les actes de concurrence déloyale

Certaines entreprises utilisent des pratiques interdites ou réglementées pour capter les clients de leurs concurrents. Ce sont donc des pratiques commerciales abusives tendant à restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence.

Le droit de la concurrence protège aussi les processus innovants au travers du droit de la propriété industrielle (ex. : brevets, marques, dessins). La concurrence déloyale prend principalement la forme de quatre pratiques commerciales dites « abusives ».

1) Les pratiques déloyales

Le dénigrement	Discréditer en public les produits, l'activité ou les représentants d'une entreprise concurrente. (ex. : critique abusive d'un concurrent, publicités comparatives abusives).
L'imitation	Imiter certains signes distinctifs d'un concurrent (ex. : logo, nom commercial, dénomination sociale) ou à imiter ses produits ou services. Elle est abusive si elle a pour conséquence de créer un risque de confusion chez le consommateur.
La désorganisation	Désorganiser en interne un concurrent (ex. : le débauchage de salariés avec divulgation des secrets de l'entreprise).
Le parasitisme	Profiter de façon injuste et illicite des efforts investis par un concurrent, en s'immisçant dans son sillage afin de tirer profit, sans rien dépenser, de la notoriété acquise ou des investissements consentis (ex. : reproduction de données ou d'informations de l'entreprise qui a acquis sa notoriété par un travail intellectuel et un investissement propre).

2016 Free a porté plainte devant le Tribunal de commerce contre Bouygues pour "dénigrement" et "concurrence déloyale" en réclamants d'importants dommages et intérêts.

Cette plainte est une réponse à une plainte de Bouygues, qui accusait Free de "pratiques commerciales trompeuses" à la fin de l'année 2014, lui réclamant au passage 411 millions €.

En outre, ces pratiques entre concurrents entraînent un risque de confusion dans l'esprit du consommateur potentiel.

2) Les sanctions des pratiques déloyales

Les entreprises victimes d'un préjudice, suite à un comportement déloyal de la part d'un concurrent, peuvent intenter **une action en concurrence déloyale**, à condition d'établir une faute, un préjudice et l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi.

Les juges peuvent **prononcer des sanctions** afin de réparer le préjudice tout en exigeant **la cessation des pratiques déloyales** (*ex. : cessation de la pratique, dommages et intérêts*).

L'action en concurrence déloyale est **ouverte à toute personne qui justifie d'un intérêt légitime à agir** (*ex. : concurrent, titulaire d'un brevet, franchisé*).

C'est une action subsidiaire qui ne peut s'exercer qu'en l'absence de l'existence d'une action spécifique telle que l'action en contrefaçon.

Ainsi, le brevet et la marque protègent les entreprises en cas de contrefaçon, c'est-à-dire de *reproduction ou d'imitation sans bénéficiaire d'un droit de propriété intellectuelle* et l'action en contrefaçon permet d'engager la responsabilité civile ou pénale de son auteur.

3) Les juridictions compétentes en cas de pratiques déloyales

La concurrence déloyale entre entreprises n'est **pas une infraction au droit de la concurrence** car elle ne concerne pas le comportement d'une entreprise sur un marché mais le manquement d'une entreprise à une concurrence loyale envers une autre entreprise.

- **L'Autorité de la concurrence n'a donc pas vocation à connaître des pratiques commerciales déloyales, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire ou du tribunal de commerce.**

Le tribunal de commerce est compétent lorsqu'elle est dirigée contre un commerçant, le tribunal de grande instance est compétent s'il s'agit d'un non-commerçant (*ex. : profession libérale*), **le conseil des prud'hommes est saisi lorsqu'il s'agit d'un cas de manquement par un salarié aux obligations résultant de son contrat de travail** (*ex. : actes déloyaux constituant la violation d'une clause de non-concurrence ou de l'obligation de fidélité imposée au salarié*).

B. Contrôler les concentrations d'entreprises

Définition¹

Toute opération qu'elle qu'en soit la nature qui a pour effet de permettre à une entreprise de prendre le contrôle d'une autre et d'exercer sur cette dernière directement ou indirectement une influence déterminante,

Toute création d'une entreprise commune de nature concentrative.

Les entreprises sont nécessairement conduites à tisser des liens entre elles pour exercer une activité commune ou réaliser un projet commun (*ex. : entre fournisseurs et clients*).

Leurs accords sont licites à condition de contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, bénéficier aux consommateurs, ne pas restreindre la liberté des entreprises participant à l'accord et ne faussant pas la concurrence.

FNAC DARTY

La décision de concentration et la prise en compte des ventes en ligne dans le cadre de l'analyse du marché aval de la distribution des produits électroniques.

L'Autorité de la concurrence a autorisé le 27 juillet 2016, sous réserve d'engagements de cessions de magasins, l'acquisition de Darty par la Fnac, tous deux actifs dans le secteur de la distribution de produits électroniques.

¹ Art. 430-1 du Code du commerce

30 Juillet 2018

L'Autorité de la concurrence a infligé vendredi à Fnac Darty une amende de 20 millions € pour non-respect de ses engagements dans le cadre du rapprochement des deux enseignes.

À l'inverse, l'entente illicite désigne des accords entre entreprises, et des pratiques concertées, susceptibles de porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

- Elle est interdite au niveau national comme au niveau de l'Union européenne.

En effet, l'entente illicite a pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. (ex. : entente sur la fixation des prix en concertation, accords visant à boycotter collectivement un fournisseur ou un distributeur, répartition géographique en vue d'un partage des débouchés).

Ces ententes sont répréhensibles car elles engendrent des dommages pour les consommateurs puisqu'aboutissant à des prix élevés, et pour les entreprises en mettant des barrières à l'entrée du marché.

Le Cartel des yaourts²

L'Autorité de la concurrence sanctionne à hauteur de 192,7 millions d'euros dix fabricants de produits laitiers frais (Lactalis, Nestlé, Senagral, Yoplait, General Mills..) vendus sous marque de distributeur.

Yoplait et General Mills bénéficient du régime de clémence et échappent à toute amende après avoir dénoncé l'entente illicite.

La notion de seuil de sensibilité

Créée par la jurisprudence européenne et consacrée par l'ordonnance du 25 Mars 2004 en droit français:

- ✓ *Seules les ententes qui ont un impact sensible, avéré ou potentiel sur le jeu de la concurrence sont susceptibles d'être poursuivies.*
- ✓ *Exception pour les actes les plus graves.*

L'Autorité de la concurrence peut considérer comme étant **d'importance mineure les ententes** pour lesquelles la part du marché cumulée des entreprises ne dépasse pas :

- **10% du marché s'il s'agit d'entente horizontale,**

² Le Monde économie 12/03/2015

- **15% du marché s'il s'agit d'entente verticale.**

C. L'abus de position dominante

Il est possible qu'une entreprise domine un marché et tire avantage de sa position de leader.

À l'inverse, ce qui est interdit, c'est le fait pour une entreprise détenant une part de marché conséquente d'abuser de cette situation pour profiter de sa situation afin de fausser ou restreindre le jeu de la concurrence, en portant atteinte aux intérêts des consommateurs (ex. : conditions désavantageuses imposées à un distributeur, prix trop élevés, dumping sur les prix pour asphyxier la concurrence ou empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, discrimination).

La condamnation de Google est historique³

Le géant américain condamné par la Commission à payer 2,42 milliards €.

*Le géant du net « **a abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix (« Google Shopping ») dans ses résultats de recherche et en rétrogradant ceux de ses concurrents** ».*

D. Les sanctions et autorités compétences en cas d'ententes illicites et abus de position dominante

1) Les autorités compétentes

Ententes illicites et abus de position dominante sont sanctionnés au niveau national et au niveau communautaire.

Garante de l'ordre public concurrentiel, l'Autorité de la concurrence ne tranche pas les litiges d'ordre privé entre deux entreprises mais prend des décisions qui visent à rétablir les conditions de concurrence sur un marché, au bénéfice de l'ensemble des acteurs de ce marché (ex. : fournisseurs, clients, concurrents, consommateurs).

Associée aux tribunaux, elle est compétente pour mettre en œuvre et faire respecter le droit de la concurrence au niveau français.

Gendarme des marchés, elle partage son rôle avec la Commission européenne, compétente pour faire respecter le droit de la concurrence au niveau européen.

³ L'Express l'expansion 08/07/2017

La Commission et l'Autorité de la concurrence ont souvent l'occasion de collaborer ensemble.

Pour obtenir réparation de leur préjudice, les victimes d'un comportement anticoncurrentiel peuvent se tourner vers **le juge civil, voire répressif** pour demander des dommages et intérêts.

Si les pratiques anticoncurrentielles mettent en cause le commerce entre les États membres ou le fonctionnement normal du marché unique, la Commission européenne peut être saisie, dans le cadre du Réseau européen de la concurrence (REC).

2) Les sanctions

Pour faire cesser les comportements anticoncurrentiels, les sanctionner et les prévenir, l'Autorité de la concurrence dispose de plusieurs instruments pouvant aller de **l'injonction** (*ex. : modifier le comportement préjudiciable*) aux **sanctions pécuniaires**.

Le montant des sanctions prononcées n'est pas versé aux victimes du comportement anticoncurrentiel en cause, mais au Trésor public.

En effet, ces sanctions à caractère dissuasif ont vocation à protéger l'ordre public économique et non à réparer le préjudice subi par les parties.

L'Autorité de la concurrence et la Commission européenne, selon les cas, ont le pouvoir de prononcer des injonctions ou d'infliger des sanctions aux entreprises coupables **en ordonnant la cessation des actes anticoncurrentiels**.

Ces sanctions sont proportionnelles à la gravité des faits, aux dommages causés et à la situation de l'entreprise concernée. Les sanctions peuvent atteindre au maximum **10 % du chiffre d'affaires** mondial hors taxes de l'entreprise condamnée.

Les injonctions

L'autorité peut ordonner aux entreprises ou organisations de:

- ✓ **cesser leurs pratiques anticoncurrentielles,**
- ✓ **modifier leur comportement ou contrat,**
- ✓ **procéder à la publication des jugements de condamnation.**

Les injonctions peuvent être assorties d'un délai et de sanctions en cas de non-respect.

Les procédures

La procédure de non contestation des griefs et programme de conformité

L'Autorité a la possibilité de réduire de moitié le montant des sanctions si l'entreprise ne conteste pas les griefs et s'engage à modifier son comportement,

- Programme de compliance, de conformité (10% supplémentaire),

Définition par l'Autorité des éléments constitutifs de conformité.

La procédure de clémence en cas de dénonciation

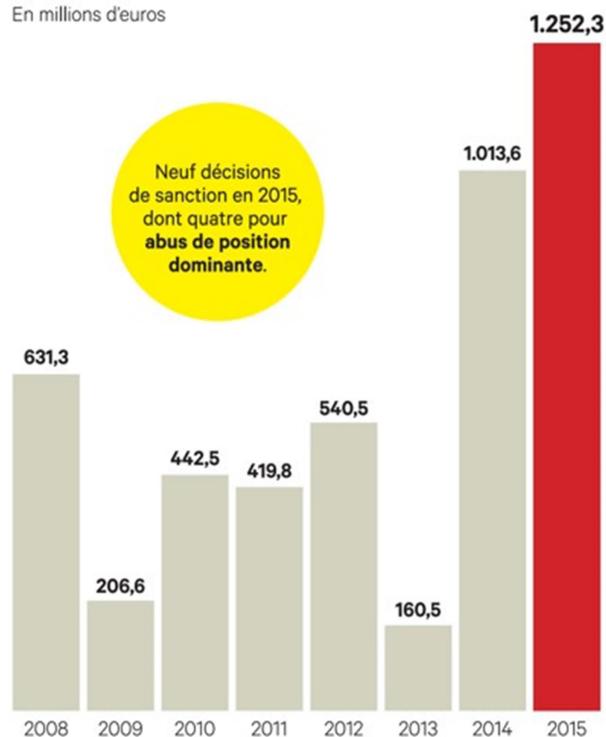
Toute entreprise ayant participé à une entente peut bénéficier d'une exonération totale ou partielle si elle contribue à établir la réalité de l'infraction et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information nouveaux.

Le cartel des Lessives

Entre 1997-2004, les fabricants de lessive présents sur le marché français (les sociétés Unilever France et Lever Fabergé France, Henkel France, Procter & Gamble Company et Colgate Palmolive prioritaires des marques Ariel, Skip, Le Chat, Dash, Omo, Super Croix, Gama, Vizir, Bonux, Persil, X-Tra, etc..) se sont concertés pour geler les prix et les promotions. L'Autorité de la concurrence vient de leur infliger une amende de 361,3 millions €.

Des montants de sanction record

En millions d'euros



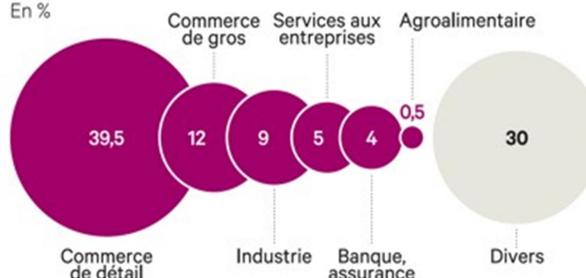
Les cinq principales sanctions en 2015

En millions d'euros

Transport de colis	Entente sur les prix (Chronopost, DHL, FedEx...)	672,3
Télécoms	Abus de position dominante (Orange)	350
Produits laitiers	Entente sur les prix (entre 2006 et 2011)	192,7
Volaille	21 industriels concernés	15,2
Téléphonie mobile	Abus de position dominante à La Réunion et Mayotte (SFR)	10,8

Rachats et fusions autorisés : le commerce en première ligne

En %



« LES ÉCHOS » / SOURCE : AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE