

LA CONCURRENCE
Dr. Zamouche Mohammed
Universit de Constantine

1-LES LIMITES A L'EXERCICE DE LA LIBRE CONCURRENCE

Nous examinerons successivement le principe de la liberté concurrentielle et la sanction de la concurrence déloyale.

A- LE PRINCIPE DE LA LIBERTE CONCURRENTIELLE
1 – LIBERTE DU COMMERCE

Le principe de la liberté commerciale et de l'industrie trouve sa source dans la loi française du 17 mars 1791 (appelée parfois décret d'Allard). Selon ce principe il est libre à toute personne de devenir commerçant et d'exercer le commerce comme elle l'entend. Cette liberté est considérée comme une « liberté publique ».¹

Mais le secteur commercial joue un rôle important dans l'économie nationale, et les risques d'une liberté absolue sont trop

¹ Alfred Jauffret. Droit commercial, 22^e Edition par Jacques Mestre, L.G.D.J, Paris 1995, P 49.

LA CONCURRENCE Dr. Zamouche Mohammed
grands pour les concurrents et les consommateurs. Les restrictions à cette double liberté d'établissement et d'exercice se justifient pour l'essentiel par la nécessité de respecter l'ordre public économique.

2 – EXERCICE DE LA CONCURRENCE

Le principe de la concurrence qui dérive de la liberté du commerce et de l'industrie signifie que chaque individu a le droit d'utiliser les moyens qui lui semblent les meilleurs pour attirer les clients. En effet, le fait de capter une partie de la clientèle d'un concurrent est au cœur même de l'activité commerciale. La clientèle n'est pas la propriété du commerçant et il n'y a rien de répréhensible à chercher à lui faire acheter sa production plutôt que celle d'un concurrent dès lors que les moyens employés sont loyaux, c'est-à-dire conformes aux usages commerciaux de « bonne conduite ».

B- LA SANCTION DE LA CONCURRENCE DELOYALE

Si on considère en général que les dommages causés par une concurrence loyale, c'est à dire en utilisant des pratiques honnêtes, n'ouvrent pas droit à réparation, néanmoins la concurrence reste comme toutes les droits subjectifs susceptible d'abus, et par conséquent, son auteur doit être sanctionné lorsqu'il a usé de procédés malhonnêtes.

1- LA NOTION DE CONCURRENCE DELOYALE

La concurrence est considérée comme déloyale lorsque certains faits caractérisés comme fautifs par la loi ou la jurisprudence sont accomplis.

Sont donc interdites toutes les pratiques contraires aux usages honnêtes et loyaux qui portent atteinte aux intérêts d'un ou de plusieurs autres agents économiques.

Aux termes de l'article 27 de la loi n° 04 – 02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, sont considérées comme pratiques commerciales déloyales notamment les pratiques par lesquelles un agent économique:

« 1)- dénigre un agent économique concurrent en rependant à son propos ou au sujet de ses produits ou services des informations malveillantes ;

2)- imite les signes distinctifs d'un agent économique concurrent, de ses produits ou services et de sa publicité dans le but de railler sa clientèle en créant un risque de confusion dans l'esprit du consommateur ;

3)- exploite un savoir-faire technique ou commercial sans l'autorisation de son titulaire ;

4)- débauche, en violation de la législation du travail, le personnel engagé par un agent économique concurrent ;

5)- profite des secrets professionnels en qualité d'ancien salarié ou associé pour agir de manière déloyale à l'encontre de son ancien employeur ou associé ;

6)- désorganise un agent économique concurrent et détourne sa clientèle en utilisant des procédés déloyaux tels que la destruction ou la dégradation de moyens publicitaires, le détournement de fichiers ou de commandes, le démarchage déloyal et la perturbation de son réseau de vente ;

7)- désorganise ou perturbe le marché en s'affranchissant des réglementations et / ou prohibitions légales, et plus spécialement des obligations et formalités requises pour la création, l'exercice et l'implantation d'une activité ;

8)- s'implante à proximité immédiate du local commercial du concurrent dans le but de profiter de sa notoriété, en dehors des usages et des pratiques concurrentiels en la matière. »

2- L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE

a. Objet de l'action en concurrence déloyale

Intentée devant le tribunal de commerce par la personne physique ou morale qui s'estime lésée par une pratique restrictive de la concurrence, elle permet :

- d'obtenir la réparation du préjudice subi ;
- de faire cesser la pratique déloyale ; (saisie de la marchandise, fermeture administrative...).

LA CONCURRENCE Dr. Zamouche Mohammed

- de faire connaître au public la condamnation (publication du jugement ou de la décision administrative dans la presse nationale ou d'autres lieux d'affichages).

B. Preuve de la concurrence déloyale

L'entreprise lésée doit prouver :

- **La faute**, c'est-à-dire le non respect du principe de concurrence loyale et des usages professionnels, qu'il ait été volontaire ou non ;
- **Le préjudice**, à savoir la perte de clientèle, ou du moins le risque de perte, ou l'atteinte à sa réputation ;
- **Le lien de causalité** entre la faute et le préjudice. Mais il faut tout de suite remarquer que le lien de causalité est parfois délicat, car la perte des clients par exemple peut avoir des sources multiples.

L'entreprise peut également être sanctionnée pénalement si ces pratiques déloyales font l'objet d'une sanction pénale (contrefaçon par exemple).

En cas de récidive la peine peut aller jusqu'à un an d'emprisonnement. (Article 47 Alinéa 04 de la loi n° 04- 02 précitée).

11- LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES SANCTIONNEES PAR LA LOI

Certaines clauses de contrats ont comme conséquence de limiter la concurrence.

A- LA REPRESSION DES PRATIQUES ILLICITES CONCERNANT LES PRIX

1 – INTERDICTION DES PRIX IMPOSES

Cette pratique courante, il ya plus d'une cinquantaine d'années, consiste pour un fabricant ou un grossiste à imposer un seul et même prix de revente à tous les revendeurs. Elle aboutit à éliminer toute concurrence par les prix, et est, à ce titre, interdite. (Le législateur français, dans l'article 34 de l'ordonnance n°86-1243 du

LA CONCURRENCE Dr. Zamouche Mohammed
01/12/1986 sur la liberté des prix et la concurrence, condamne d'une
amende :

«... le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix de prestation de services ou à une marge commerciale ». (1).

Seuls des prix conseillés pourront être admis, à condition toutefois que les revendeurs aient effectivement la possibilité de pratiquer des prix plus bas, s'ils le souhaitent.

2 – CONDAMNATION DES VENTES A PERTE

On considère en général qu'il y a vente à perte lorsque le prix de vente est inférieur soit au prix d'achat, soit au coût de revient.

La loi condamne ces pratiques, car elles favoriseraient les magasins à rayons multiples et les grandes surfaces qui peuvent pratiquer des prix d'appel sur certains produits, et compenser avec les marges réalisées sur d'autres. L'article 19 de la loi 04- 02 précitée stipule que : « Il est interdit de revendre un bien à un prix inférieur à son prix de revient effectif... »

L'article 12 de la loi n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence prévoit de son côté que : « sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou un de ses produits. »

Cependant des exceptions sont prévues à cette interdiction pour des produits périssables, ou en cas de changement d'activité. « Alinéa 03 de l'article 19 de la loi n° 04- 02 précitée qui dispose que : «... toutefois cette disposition ne s'applique pas :

- aux biens périssables menacés d'une altération rapide ;
- aux biens provenant d'une vente volontaire ou forcée par suite d'un changement ou d'une cessation d'activité ou effectuée en exécution d'une décision de justice ;

LA CONCURRENCE Dr. Zamouche Mohammed

- aux biens dont la vente est saisonnière, ainsi qu'aux biens démodés ou techniquement dépassés ;
- aux biens dont l'approvisionnement ou le réapprovisionnement s'est effectué ou pourrait s'effectuer à un prix inférieur. Dans ce cas, le prix effectif minimum de revente pourrait être celui du nouveau réapprovisionnement ;
- aux produits dont le prix de revente s'aligne sur celui pratiqué par les autres agents économiques, à condition qu'ils ne revendent pas en-dessous du seuil de revente à perte. »

La vente à perte est qualifiée, selon l'article 35 de la même loi, comme pratique commerciale illicite et punie d'une amende de cent mille dinars (100.000DA) à trois millions de dinars (3.000.000DA).

B – CONTROLE DES CLAUSES LIMITATIVES DE CONCURRENCE

Les clauses d'exclusivité qui limitent le droit de vendre à certains commerçants, comme les clauses de non concurrence qui interdisent par exemple au vendeur d'un fonds de commerce d'exercer à nouveau le même commerce, sont licites mais font l'objet d'un contrôle.

Leur validité est liée à l'existence d'un certains nombre de limites (l'interdiction de rétablissement doit être limitée dans l'espace, dans le temps et l'objet de l'activité c'est-à-dire commerces similaires ou analogues à celui vendu ou loué).

Il faut signaler ici qu'en cas d'ambiguïté sur les termes de la clause celle-ci doit faire l'objet d'une interprétation stricte.

C – L'INTERDICTION DU REFUS DE VENTE ET AUTRES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

1- LE REFUS DE VENTE ENTRE PROFESSIONNELS

Refuser de vendre un bien ou un service à une entreprise peut être un moyen de l'éliminer du marché.

Le refus de vente opposé à une demande normale, faite de bonne foi, et qui n'est pas justifié par la nécessité d'écouler la production exclusive ou sélective est interdite.

L'article 15 de la loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales stipule clairement que : « Tout bien exposé à la vue du public est réputé offert à la vente.

Il est interdit de refuser, sans motif légitime, la vente d'un bien ou la prestation d'un service dès lors que ce bien est offert à la vente ou que le service est disponible... ». (Article 11 de la loi 03 – 03 relative à la concurrence).¹

Toutefois ne sont pas concernés les articles de décoration et les objets présentés à l'occasion des foires et expositions. On notera aussi les cas où le refus de vente est justifié par :

- L'anormalité de la demande, par exemple quantité réclamée trop faible ou trop importante au regard de ses stocks.

- Mauvaise foi du vendeur, demande dressée uniquement pour nuire au vendeur.

La victime du refus peut mettre en jeu la responsabilité contractuelle du vendeur. Celui-ci peut être condamné à verser des dommages- intérêts, et enjoint de cesser la pratique de refus de vente.²

¹ Article 30 de l'ordonnance n° 86-1243 du 01 / 12 / 1986 sur la liberté des prix et la concurrence en France.

² Il est puni d'une amende de 100000 DA à 3000000 DA selon l'article 35 de la loi 04 – 02 précitée.

2- LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

La possibilité de pratiquer des conditions de vente très différentes d'un client à un autre aboutirait facilement à une forme de refus de vente ; il suffirait d'annoncer des tarifs dissuasifs pour écarter un client potentiel, et ainsi fausser le libre jeu de la concurrence.

La loi exige de pratiquer des conditions équivalentes (prix, remise, délais de paiement...) vis-à-vis de tous. Ainsi l'article 18 de la loi n° 04-02 précitée dispose que : « IL est interdit, à un agent économique, de pratiquer à l'égard d'un autre agent économique, ou d'obtenir de lui, des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles conformes aux usages commerciaux loyaux et honnêtes. ».

Il faut remarquer cependant que certaines différences de traitement sont admises lorsqu'elles ont une contre partie réelle : quantité commandée, ou prise en charge par l'acheteur de certains coûts (transport, stockage, publicité...).

Ces pratiques interdites aux vendeurs, peuvent l'être aussi aux acheteurs, dans le cas d'importantes centrales d'achat qui imposent des conditions d'achat exceptionnelles à leurs fournisseurs.

Afin que l'existence de conditions discriminatoires puisse être mise en évidence, la loi stipule que les conditions de vente ne doivent pas être confidentielles, et que les différences accordées le soient sur une base objective. Les tarifs et conditions de ventes doivent donc être communiqués à l'acheteur qui en fait la demande. C'est le cas de l'article 07 de la loi n° 04- 02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales qui annonce que : « Dans les relations entre agents économiques, tout vendeur est tenu de communiquer ses prix et ses tarifs au client qui en fait la demande... ».

Cette information est assurée en générale par le marquage ou l'étiquetage ou l'affichage.

111. L'INTERDICTION DES ENTENTES ET DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

Une autorité administrative, le conseil de la concurrence, est créée auprès du ministre de commerce, cette autorité, jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, est chargée de veiller au respect des règles du jeu concurrentiel. Il lui appartient de qualifier les ententes et l'exercice fait d'une position dominante afin de déterminer s'il convient de les sanctionner.

A- LES MAUVAISES ENTENTES ET LEUR SANCTION

Il est interdit aux entreprises de conclure des accords qui perturbent le jeu de la concurrence ; sont donc interdites toutes conventions ou actions concertées résultant d'un accord exprès ou tacite entre entreprises indépendantes, dès lors qu'elles empêchent, restreignent, faussent ou paraissent fausser le jeu de la concurrence sur un marché. (Article 06 de loi 03-03 sur la concurrence précité).

Le conseil de la concurrence décide après enquête si l'entente est illicite, ce qui annule l'accord incriminé, et peut prononcer des sanctions administratives (amendes, publicité de la décision), auxquelles peuvent s'ajouter des sanctions pénales.

Toutefois les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte réglementaire pris pour son application ne sont pas soumis à ces dispositions, ainsi que les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords qui ont fait l'objet d'une autorisation du conseil de la concurrence. (Article 09 de la loi n° 03- 03 relative à la concurrence.).

B - L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Le droit considère abusif, et sanctionne l'usage qu'une entreprise peut faire de son poids économique (sa taille, son avance technologique, sa suprématie sur le marché) ou de la position de

LA CONCURRENCE Dr. Zamouche Mohammed
dépendance dans laquelle se trouve son interlocuteur à cet égard (producteur qui écoule presque toute sa production auprès d'une centrale d'achat), pour imposer ses conditions commerciales. Il est interdit tout abus d'une position dominante tendant à limiter l'accès au marché, ou contrôler la production, appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes, répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, ou faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché. (Article 07 de la loi 03-03 précitée.).

Comme précédemment, c'est au conseil de la concurrence qu'il appartient de décider s'il y a abus, et de sanctionner éventuellement. Ces sanctions sont loin d'être symboliques.

IV-LA REGLEMENTATION DES OPERATIONS DE CONCENTRATION

Les concentrations sont nécessaires pour être en mesure d'affronter la concurrence internationale. Cependant, la restriction de concurrence qui pourrait découler de la concentration entre deux entreprises a conduit le législateur à intervenir pour vérifier, cas par cas, la portée des opérations importantes.

Les opérations de concentration (rachat d'entreprises, prise de participations, prise de contrôle), dès qu'elles revêtent une certaine importance et risquent de diminuer la concurrence sur le marché, doivent donc être soumises à l'autorisation du conseil de la concurrence (Articles 17 et 18 de la loi n° 03- 03 précitée).

L'opération envisagée ou réalisée peut être autorisée, interdite ou soumise à l'obligation de mise en place de mesures destinées à rétablir une concurrence suffisante. La décision appartient au conseil de la concurrence après avis du ministre chargé du commerce. (Article 19 de la loi 03- 03 relative à la concurrence).

La décision de rejet de la concentration peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. (Article 19 Alinéa 03 de la loi 03- 03 précitée).

LA CONCURRENCE Dr. Zamouche Mohammed

Il faut mentionner ici que, « lorsque l'intérêt général le justifie, le gouvernement peut, sur le rapport du ministre du commerce et du ministre dont relève le secteur concerné par la concentration, autoriser d'office ou à la demande des parties concernées, la réalisation d'une concentration rejetée par le Conseil de la concurrence ». (Article 21 de la loi 03-03 précitée).

Enfin on relèvera que dans la modification de la loi sur la concurrence du 02 juillet 2008 le législateur algérien a donné une légitimation à ces pratiques en permettant dans l'article 21bis les concentrations entre entreprises moyennes ou petites ou l'amélioration de l'emploi après avoir obtenu l'avis du conseil de la concurrence.

V- LE DROIT EUROPEEN AU REGARD DE LA CONCURRENCE INTRACOMMUNAUTAIRE

A- FONDEMENT DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DE LA CONCURRENCE

La libre circulation des marchandises et des services implique l'interdiction des pratiques restrictives nationales publiques et privées.

Ainsi, l'article 85 du traité de Rome du 25 mars 1957 déclare nulles de plein droit toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et toutes les ententes qui ont pour objet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Il admet néanmoins que peuvent être acceptées les ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. De même l'article 86 déclare condamnable l'exploitation de façon abusive d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

B- CONTROLE DES ENTENTES ET POSITIONS DOMINANTES

A l'échelle communautaire, c'est la commission européenne qui est chargée du contrôle des positions dominantes, ainsi que des ententes susceptibles de restreindre la concurrence dans l'union européenne, ou d'affecter la concurrence entre Etats membres. Il appartient aux entreprises elles-mêmes d'informer la commission en cas d'accord.

La commission est compétente pour interdire ou exempter un accord, ou bien demander des modifications. Des amendes peuvent être infligées en cas d'ententes illicites ou abus de positions dominantes. Un recours contre ses décisions est possible auprès de la cour de justice de l'union européenne.

C- AUTRES INTERVENTIONS EN FAVEUR DE LA CONCURRENCE

La commission européenne intervient en outre dans deux domaines pour favoriser la concurrence intracommunautaire :

- Les aides d'Etats accordées à un secteur ou à des entreprises doivent être notifiées à la commission, qui peut les remettre en cause et demander leur retrait ou même leur remboursement ;
- L'ouverture des services publics à la concurrence : que se soit pour les communications, l'énergie, les transports..., ce qui demande souvent une évolution importante des comportements à la fois des producteurs et des utilisateurs.

Il faut mentionner ici que, « lorsque l'intérêt général le justifie, le gouvernement peut, sur le rapport du ministre du commerce et du ministre dont relève le secteur concerné par la concentration, autoriser d'office ou à la demande des parties concernées, la réalisation d'une concentration rejetée par le Conseil de la concurrence ». (Article 21 de la loi 03-03 précitée).

Enfin on relèvera que dans la modification de la loi sur la concurrence du 02 juillet 2008 le législateur algérien a donné une légitimation à ces pratiques en permettant dans l'article 21bis les concentrations entre entreprises moyennes ou petites ou l'amélioration de l'emploi après avoir obtenu l'avis du conseil de la concurrence.

V- LE DROIT EUROPEEN AU REGARD DE LA CONCURRENCE INTTRACOMMUNAUTAIRE

A- FONDEMENT DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DE LA CONCURRENCE

La libre circulation des marchandises et des services implique l'interdiction des pratiques restrictives nationales publiques et privées.

Ainsi, l'article 85 du traité de Rome du 25 mars 1957 déclare nulles de plein droit toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et toutes les ententes qui ont pour objet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Il admet néanmoins que peuvent être acceptées les ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. De même l'article 86 déclare condamnable l'exploitation de façon abusive d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

B- CONTROLE DES ENTENTES ET POSITIONS DOMINANTES

A l'échelle communautaire, c'est la commission européenne qui est chargée du contrôle des positions dominantes, ainsi que des ententes susceptibles de restreindre la concurrence dans l'union européenne, ou d'affecter la concurrence entre Etats membres. Il appartient aux entreprises elles-mêmes d'informer la commission en cas d'accord.

La commission est compétente pour interdire ou exempter un accord, ou bien demander des modifications. Des amendes peuvent être infligées en cas d'ententes illicites ou abus de positions dominantes. Un recours contre ses décisions est possible auprès de la cour de justice de l'union européenne.

C- AUTRES INTERVENTIONS EN FAVEUR DE LA CONCURRENCE

La commission européenne intervient en outre dans deux domaines pour favoriser la concurrence intracommunautaire :

- Les aides d'Etats accordées à un secteur ou à des entreprises doivent être notifiées à la commission, qui peut les remettre en cause et demander leur retrait ou même leur remboursement ;
- L'ouverture des services publics à la concurrence : que se soit pour les communications, l'énergie, les transports..., ce qui demande souvent une évolution importante des comportements à la fois des producteurs et des utilisateurs.

- (1) Alfred Jauffret – Droit commerciale- 22eme éditions- par Jacques Mestre – L.G.D.J 1995.
- (2) Yves Guyon – Droit des Affaires – Tome-1 –Droit commercial Général et sociétés – 6° édition – Economica
- (3) Jawida Guigua – Code des Obligations et des contrats et La Loi sur La Concurrence – Livre Du Centenaire Du Code Des Obligations et des Contrats (Tunisien) 1906 – 2006.
- (4) Ordonnance N° 86-1243 du 01/12/1986 sur la liberté des prix et la concurrence, en France.
- (5) Traité de Rome du 12 mars 1957 de la CE
- (6) Gavalda et Lucas de Leyssac, prix et concurrence N° 46.
- (7) La loi N° 03-03 du 19 Juillet 2003 relative à la concurrence
- (8) La loi N° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales.