

*Concurrence déloyale et
pratiques anticoncurrentielles*

*Patrick Rey
TSE et IDEI*

Cycle droit et économie de la concurrence
Cour de Cassation
13 septembre 2007

Plan

- *Affinités et divergences*

Objets / effets ; aspects positifs et difficultés

- *Effets positifs du droit de la concurrence déloyale sur la « concurrence »*

Protéger et encourager l'investissement, l'innovation, limiter comportements opportunistes

- *Difficultés soulevées par le droit de la concurrence déloyale*

Loyauté et entrave à la concurrence ; transparence et concurrence

- *Pour aller plus loin : exemple et critères*

Affinités et divergences

➤ *Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles*

- des objets apparemment différents
 - rivalité commerciale versus atteinte à la « concurrence »
 - réparation versus régulation
 - relations bilatérales versus impact sur le marché

 - des institutions et des moyens d'action différents
 - tribunaux versus autorités de la concurrence
 - compensation pour préjudice versus amendes, injonctions et engagements
 - initiateurs différents

 - ... mais des effets communs
 - contribuent à déterminer l'environnement dans lequel évoluent les acteurs du marché
- qui appellent une certaine coordination

Effet positifs

➤ *Protéger et encourager l'investissement et l'innovation*

– Analogie avec propriété intellectuelle

brevet, marque, copyright, secret d'affaires, ...

- Voler la propriété d'autrui
- Voler ses idées / savoir-faire / réputation
- Confusion / parasitisme

– Effets positifs

- *ex post* : protéger fruit de l'effort
- *ex ante* : encourager l'effort

Effet positifs

➤ *Particulièrement important pour les investissements spécifiques à une relation particulière*

– Exemple 1 (PME / grande surface)

- A demande à B d'investir dans un processus de fabrication unique, dont les produits n'intéressent que A
- A promet initialement d'acheter les produits en question à un certain prix, rémunérant l'investissement réalisé par B
- Une fois l'investissement réalisé, A renégocie le prix des produits

– Exemple 2 (petit distributeur / équipement spécifique)

- A demande à B d'investir dans un processus de distribution unique, spécifiquement/uniquement adaptés à la distribution des produits de A
- A promet initialement d'utiliser exclusivement B pour distribuer ses produits
- Une fois l'investissement réalisé, A met le distributeur en concurrence

Effet positifs

➤ *Particulièrement important pour les investissements spécifiques à une relation particulière (suite)*

– Articulation

- ex post : concurrence déloyale, loyauté de la relation contractuelle
- ex ante : prévisibilité/engagement, incitation à investir, développer de nouveaux produits, modes de distribution, ...

– Illustration

- Investissement de 10 pour B
- Revenus si exclusivité : A gagne 5 et B gagne 15 (gain net de 5)
- Revenu sans exclusivité : A gagne 10 ou 20 et B gagne 5 (perte nette de 5)
- L'investissement n'est réalisé que si B anticipe que la clause d'exclusivité sera respectée

– Remarques

- renégociation unilatérale / bilatérale (statu quo)
- gain de B = prix payé – coût opérationnel

Effet positifs

➤ *Parasitisme : imitation et « passager clandestin »*

- Imitation : dilution du fruit des investissements
 - Une partie des fruits sont recueillis par les imitateurs
 - La concurrence entre le produit original et les imitateurs, ainsi qu'entre imitateurs, réduit les fruits attendus de l'investissement
- « Passager clandestin »
 - Conseil à l'achat : le fournisseur n'est pas assuré d'en recueillir les fruits
 - Le client peut obtenir le conseil chez l'un et acheter chez l'autre
 - Le fournisseur du service fait face à un coût supplémentaire
 - Le parasiteur peut proposer des prix plus attractifs
 - Cet opportunisme de clients peut être encouragé / exacerbé par les parasiteurs

Difficultés

➤ *L'excès de loyauté peut être un frein à la concurrence*

- « libre » concurrence : clients, fournisseurs, employés doivent pouvoir s'adresser aux « meilleurs » partenaires
- « imposer » une loyauté introduit des frictions freinant ce libre jeu de la concurrence
- Illustration : clause de non-concurrence

Difficultés

➤ *Normalisation et concurrence*

Codes de déontologie, recueils de bonnes pratiques, ...

– Barrières à l'entrée

– Frein à l'innovation

– Point focal et ententes

Difficultés

- *Transparence, non-discrimination et concurrence*
 - Transparence et ententes
 - Discrimination versus personnalisation
 - Discrimination et concurrence (relations commerciales)

Illustration

- *Désorganisation : embauche des salariés d'une entreprise par un de ses concurrents*
 - Dommage pour l'entreprise : savoir-faire attaché aux salariés
 - Résultant d'un « investissement » de l'entreprise ?
 - Formation versus savoir-faire de l'entreprise
 - Clauses contractuelles
 - Intérêt du concurrent
 - Arrivée d'un nouvel entrant
 - Innovation par l'une des entreprises en place : nouveau produit, organisation plus efficace
 - Élimination / affaiblissement de l'entreprise comme concurrent