

---

## Chapitre 3 : Les tribunaux de commerce

---

### 1) L'organisation

Le Tribunal de commerce est une institution ancienne, on les appelle d'ailleurs des juridictions consulaires, au XVI Charles IX avait créé à l'époque des « consuls des marchands »

C'est une institution très originale, il y a pas d'autre exemple en France ou en Europe d'institutions similaires, en raisons notamment de leur compositions :

- Commerçant et dirigeants d'entreprise, élue par des commerçants et des dirigeants d'entreprise

Ces tribunaux de commerce sont nombreux, normalement on trouve un Tc par arrondissement, et le cas échéant c'est le TGI de l'arrondissement qui fait office de tribunal de commerce

En 2008 il y avait 191 tribunaux de commerce, au premier janvier 2009 il y en à 141.

Les juges des tribunaux de commerce ne sont donc pas des juges professionnels, ce ne sont pas des magistrats professionnels, ce sont bien des commerçants et dirigeants d'entreprise élue par leur pair.

**L'élection se fait à deux degré** : les dirigeants et commerçants élisent des représentants (délègues consulaires) qui élisent eux même les membres.

- Pour être éligible Avoir plus de 30 ans

o Inscription au registre du commerce depuis au moins 5 ans La durée de mandat est de 2 ans lors de la première élection, puis 4 ans rééligible.

Après 14 ans de fonction, il y a une période d'inéligibilité d'un an.

**Les fonctions des juges consulaires sont bénévoles :**

- Avantage : o Pour le budget de l'Etat

o Censé être proche des commerçants • Inconvénients :

o Se rémunère par des « cadeaux » ???!! **Les greffiers des tribunaux de commerce ne sont pas des fonctionnaires, ce sont des officiers**

**ministériels, qui ont un rôle très important : Ils tiennent le registre du commerce.**

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Sur le plan juridictionnel, le tribunal du commerce, selon le nombre de juge est divisé en chambre.

- Il est présidé, par un président élu par l'assemblée générale des juges du Tcom, parmi les plus expérimentés (supérieur à 6ans) et son poste n'est pas rééligible.
- Le ministère public est assuré par le procureur de la république auprès du tribunal de grande instance du ressort territoriale. **Au sein du tribunal de commerce, lorsqu'un litige est apporté, la représentation des parties est libre**<sup>4</sup> on n'est pas obligé de se faire représenter par un avocat. Les décisions rendues, sont des décisions collégiales (siège a plusieurs juges, en nombre impaire, généralement trois) ce qui à l'avantage de permettre de dégager des majorités. 2) La compétence Il faut distinguer la compétence du tribunal et la compétence du président du tribunal **A) Compétence du tribunal :**

a) La compétence d'attribution (= les matières que peut connaitre le tribunal de commerce)

**Le premier principe est que le Tc est un tribunal d'exception, ce n'est donc pas un tribunal de droit commun.** Il n'est donc compétent seulement là ou la loi lui donne la compétence.

La loi défini cette compétence dans les articles L721-3 à L721-6 du code de commerce :

- **Ces articles visent les contestations relative aux actes de commerce** entre toutes personnes par nature ou par la forme
- **La loi ajoute les billets à ordre** qui relève de la compétence des tribunaux de commerce,

o alors même qu'ils ne seraient pas des actes de commerce, o dès lors que ces billets à ordre porte des signatures de commerçants

- Le tribunal de commerce connait **des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissement de crédit, ou entre eux.**

o Pour les baux commerciaux il y a des compétences spécifiques qui relèvent du tribunal civil.

- **Les contestations relatives aux sociétés commerciales.** La formulation à changer récemment :

o contestations entre associé pour raison d'une société de commerce, o aujourd'hui seulement relatives aux sociétés commerciales

, Dans un arrêt du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la cour de cassation a considéré qu'un litige relatif à une cession d'actions relevait de la compétence du tribunal de commerce, alors même que la société en question, était une société commerciale par la forme.

, L'acte de cession n'est pas pour autant un acte commercial, il reste en principe un acte civil, même si la société est commerciale. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

, D'ailleurs, la CC, a après avoir rendu son arrêt, a fait un communiqué pour préciser sa pensée !

### b) La compétence territoriale

C'est le droit commun qui s'applique :

• **C'est le tribunal du lieu du domicile du défendeur** Cependant, il existe un certains nombres de dérogations :

• Certaines dérogations fondées sur des raisons de commodités : o **En matière immobilière** : le tribunal est celui du ressort de l'immeuble

• En raison de l'intérêt du demandeur : Ce dernier a une option<sup>4</sup> o **En matière de responsabilité civil**, la loi dit au demandeur :

, Soit porter au tribunal du lieu du domicile du défendeur , Soit devant le tribunal du lieu du fait générateur du délit , Soit encore le lieu où le dommage a été subi

o **En matière de contrat**, la loi dit : , En principe, le tribunal du lieu d'exécution du contrat

### B) Compétence du président du tribunal de commerce.

C'est une juridiction, il a des pouvoirs juridictionnels propres.

**Il rend dans ce cadre là, des ordonnances :**

• **Ordonnance sur requête** : o **Ici absence de procédures contradictoires** o Article 874 du code de procédure civile utilisable que dans des **cas particuliers ou**

**il est nécessaire que la partie adverse ne soit pas appelée.** Le juge n'appellera pas

la partie adverse o Cas particuliers :

, Si la partie adverse n'est pas identifiable , Pour ménager un effet de surprise

- Ex : une bijouterie qui soupçonne un des concurrents de vendre des bijoux illégalement. Le souhait est donc qu'un juge face un inventaire des produits vendus par ce concurrent de manière à constater ces inégalités.

- Ordonnance d'injonction de payero **Procédure simplifiée de recouvrement des créances contractuelles**. Elle est très

pratiquée du fait de sa simplicité.

- o **Il suffit de saisir le tribunal, de prouver la créance, alors le président rend sa décision sur requête (sans appel le débiteur), cette ordonnance est notifiée au débiteur, qui à un mois pour contester**. Si le débiteur ne paye pas, le créancier peut retourner au tribunal avec l'ordonnance pour avoir la « **formule exécutoire** » qui permettra ensuite l'exécution forcée de la décision.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

, Elle représente 3/4 des procédures de recouvrement des créances contractuelles.

, Très peu d'opposition de la part des débiteurs

- **Ordonnance de référé :**

- o **Procédure contradictoire**, qui a pour objet d'obtenir rapidement une décision de justice provisoire.

, Le président va donc entendre les deux parties au litige, va statuer rapidement, mais en contrepartie **sa décision n'est que provisoire et peut être contesté en fond devant le tribunal de commerce**

- o Elle est prévue par les articles 872 et suivants du nouveau code de procédure civil.

- o C'est une procédure extrêmement utilisée , Apprécié pour sa rapidité <sup>4</sup> le code prévoit que le juge doit statuer

même les jours fériés, à son domicile ...o Permet d'avoir une décision exécutoire, c'est une décision qui s'applique.

, Même en cas d'appel, ce dernier n'a pas d'effet suspensif, de plus il y a seulement 15 jours pour interjeté appel

- o **Le juge des référés, et un peu un « juge des apparences » ou « juge de l'évidence »<sup>4</sup>rapide et provisoire**

, Cette décision des juges de référé, n'a pas l'autorité de la chose jugée. o En matière de presse, lorsqu'un magazine est publié avec des écrits ou photos

considérés comme diffamatoire ou portant atteinte sur la vie privée, la personne

agira en référé. o **Le choix d'application du référé :**

, Article 872 du NCPC « le président du tribunal de commerce peut dans tous les cas d'urgences, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, ou que justifie l'existence d'un différent »\*

, Article 873-1 du NCPC « le président du tribunal de commerce peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent, ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

- **Conservatoire** : avant le dommage<sup>4</sup> pour le prévenir
- **Remise en état**: après le dommage<sup>4</sup> pour le supprimer

, **Lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le président du Tc, peut accorder une provision aux créanciers ou ordonner l'exécution de l'obligation**, même si il s'agit d'une obligation de fait

- Hypothèse d'une dette financière : demande aux juges d'ordonner

le versement d'une provision (somme qui ne se situe pas à la hauteur de la dette, mais qui permet d'attendre le versement complet) Soit le versement complet, même si il s'agit d'une obligation de fait.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

NB : Trois types d'obligations : Obligation de faire / Obligation de ne pas faire / obligation de donner (sens latin de dare : transféré la propriété) En matière d'obligation de fait, on prononce sa résolution en dommage et intérêt et non pas en obligation de faire. Dans certains cas, le droit peut prévoir une astreinte pécuniaire (par ex, pour un maçon, astreinte de 500€ par jour tant que le mur n'est pas construit).

### 3) La réforme des tribunaux de commerce

Cette idée existe depuis de nombreuses années, et plusieurs points de l'organisation posent difficultés :

- Originalité

- Singularité
  - Composition **On reproche au système français, son particularisme.** Sur la scène nationale, les tribunaux de commerces sont les seules juridictions dans lesquelles aucun magistrat professionnel n'est amené à intervenir. NB : Par exemple, dans les prud'hom, si les représentés salariés/employeurs ne se mettent pas d'accord, un juge professionnel viendra trancher le litige. Sur la scène internationale, aucun pays d'Europe ne connaît un système comparable. **Depuis quelques années, le droit commerciales s'est réellement enrichie et compliquée, et il n'y a donc pas de garanties que ces gens ont de bonnes compétences juridiques...** Il y a donc une interrogation sur la compétence technique des juges, sur leur expertise juridique. **Pourtant, au regard des statistiques, il n'y a pas plus d'infirmité des tribunaux de commerce de la part des cours d'appel, que de celui des autres tribunaux civil**(12 % d'infirmité a paris du tribunal de commerce) Principales critiques :
    - conflits de compétences entre tribunaux civil et de commerce.
    - l'extension de la compétence des tribunaux de commerce à des non-commerçants.
    - l'argument le plus polémique consiste à dire qu'il y a un dans cette organisation un certain corporatisme, il peut avoir un manque d'impartialité dans le jugement. **Cet argument est à nuancer, car il est vrai que dans les petits tribunaux de commerce, de petite ville, peuvent être amené à juger leur propre concurrent. Cela est beaucoup moins vrai dans les grandes villes.**
- Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Une proposition avait idée de créer des chambres spécialisées avec à leur tête un juge professionnel, par exemple en droit des sociétés, des procédures collectives et dans la concurrence.

**Cette proposition fut écouté par le garde des sceaux de l'époque, qui a voulu lancer une réforme, qui a suscité un mouvement de contestation massif de la part des tribunaux de commerce, ce qui à fait reculer le garde des sceaux.**

**fi On maintient donc le système en état, mais en contrepartie on décide la suppression des petits tribunaux de commerce,** c'est-à-dire ou justement les problèmes de corporatisme et des problèmes de partialités ont lieu.

**fi En 2009, on à donc supprimé 55 tribunaux de commerce.**

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

---

## Partie 2 : Droit de la concurrence

---

Il existe évidemment un droit de la concurrence qui est une branche du droit qui renferme l'ensemble de règles juridiques gouvernant les rivalités économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle.

Les commerçants cherchent tous à séduire une clientèle, puis la conserver. Le droit de la concurrence se situe donc d'emblée au cœur de la rivalité économique.

Même si il y a le droit de causer des préjudices économiques à ses concurrents, tout n'est pas autorisé. **On souhaite que la concurrence soit régulée, qu'elle ne soit pas totalement sauvage, car on craint les dégâts d'une concurrence totalement livrée à elle-même**

• Souhait d'avoir une concurrence équilibrée, loyale et régulée Le droit de la concurrence s'est développé aux USA en premier lieu, puis à travers le monde

cette réglementation peut être abordée sous ces trois composantes :

- Concurrence interdite
- Concurrence loyale
- Concurrence réglementaire **Section 1 - La concurrence interdite 1)**  
Notion de concurrence interdite **La concurrence interdite est en soit une anomalie, car la liberté du commerce et de l'industrie** (1791 : toutes personnes peuvent accéder au commerce de son choix) **suppose la liberté de la concurrence.** Cependant, cela ne veut pas dire qu'elle ne peut pas être limitée, on peut même être en présence d'une concurrence interdite par la loi ou par la convention

• **Interdiction légale (=obligation légale de non concurrence)** Il existe certains textes prévoyant l'obligation de non-concurrence. Cette obligation peut exister au cours de l'exécution du contrat

o Contrat successif (qui se déroule sur une période de temps prolongée) • **Ex : contrat de location gérance**

o Pendant la période de location gérance, le loueur du FDC est tenu d'une obligation de non-concurrence vis-à-vis du locataire. (obligation légale de garantie)

o Le gérant du fond est-il tenu d'une obligation de non-concurrence envers le bailleur <sup>4</sup> la jurisprudence considère que lui aussi est tenu d'une obligation de non-concurrence.

• **Ex : contrat de travail**

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

o Pendant la durée du contrat de travail, le salarié ne peut pas faire concurrence à son employeur.

o Tous salariés à une obligation de fidélité à son employeur. • Ex : **contrat de société**

o Lorsque vous êtes dirigeant d'une société, il y a une obligation de non-concurrence vis-à-vis de la société.

• Ex : **l'apporteur de l'industrie** Celui qui apporte quelque chose à la société, ne peut pas faire concurrence à son employeur

• Ex : **un associé** Dépend des cas d'espèce.

o S'il y a un rapport direct avec la clientèle, il pourra lui être reproché de faire concurrence.

• Ex : **contrat de distribution** Comme par exemple le contrat de concession On considère que le concédant ne doit pas faire

concurrence à ses concessionnaires.

• Ex : **contrat de franchise** Le franchisé est tenu à une obligation de non-concurrence

o Obligation de concurrence à l'expiration de certain contrat. , Contrat instantané

o Ex : **contrat qui emporte une cession de clientèle** o EX : la **cession de fond de commerce**

, Fait naître à la charge du cédant, une obligation légale de non concurrence envers le cessionnaire.

, Garantir l'acheteur

• **Interdiction conventionnelle** , Interdiction de concurrence qui résulte d'un contrat

, **Clause de non concurrence** • Peut-on interdire une activité de concurrence dans un contrat ?

o Quelque fois la loi interdit cette clause. , Par exemple dans les cabinets d'avocat

• **Le principe veut que l'on puisse par une clause interdire à une partie d'exercer une activité concurrente à certaines conditions :**

o Au regard du droit des obligations, les limites sont :

- , L'activité interdite soit précisément définie
  - , Limitation dans le temps ou/et dans l'espace (critères alternatifs)
  - , Le créancier doit démontrer un intérêt légitime (bien fondé de la clause, sa proportionnalité...) Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS
- 
- o En matière du contrat de travail, la jurisprudence a ajouté des conditions :
  - , Les juges examineront si la clause n'aboutit pas à faire disparaître la liberté du travail.
  - , Les juges apprécient beaucoup plus scrupuleusement les intérêts légitimes de l'employeur.
  - , La cour de cassation a considéré que cette clause de non concurrence doit être compensée financièrement. (arrêt du 10 juillet 2002) Cette clause comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière.

o Si ces conditions ne sont pas respectées, la clause sera nulle

o Cependant, certains juges et la jurisprudence ont considéré qu'il vaut mieux limiter la portée des clauses, considérées comme excessive.

, Ex : clause qui interdit de s'établir en France en 15 ans<sup>4</sup> le juge devrait prononcer la nullité.<sup>4</sup> Les juges ont adopté une stratégie consistant à examiner l'activité exercée par le débiteur et se demander si cette activité aurait pu être interdite par une clause licite.

Ces clauses de non-concurrence sont très importantes, car, soit on est dans une situation où il n'y a pas d'obligation légale de non concurrence, soit des cas où il existe une obligation de non concurrence dont on souhaite préciser le périmètre.

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

NB : **Concession** : donner un monopole d'exploitation territoriale **Distribution sélective** : donner des critères de sélections (si vous remplissez tous ces critères, vous aurez le droit de vendre mes produits) **Franchise** : le franchiseur allie tout un savoir faire et pour vendre mon produit, je vous donne le manuel et vous créez votre commerce par rapport à ce « savoir faire » préexistant.

Lorsque les entreprises concernées sont d'une certaine dimension. Si leur accord a un impact suffisamment important sur le marché. Alors il s'ajoute une seconde condition de la validité de la concurrence : c'est le droit des pratiques anticoncurrentielles. Cet accord de non concurrence peut constituer soit une entente, soit un abus de position dominante.

•

Il ne faut pas que des concurrents concluent un accord dont l'objet principal est de s'interdire de se faire concurrence. En revanche si l'accord de non concurrence est le complément d'un accord, on peut admettre la licéité de cet accord.

Il ne faut pas que les restriction de concurrence présente un caractère excessif. Les juges examineront les limites de l'accord de non-concurrence.

Ce sont des conditions qui tiennent au caractère **accessoire** de l'accord et au caractère **proportionné**.

## 2) La transmissibilité de la clause de non-concurrence

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Cette obligation de non-concurrence peut elle se transmettre ?

En droit français on distingue entre **transmission d'actif et transmission de passif**. L'actif se transmettant plus facilement que le passif.

Et si la **transmission est universelle ou à titre particulier**. Le droit français prévoit une transmission plus facile à titre universelle.

- transmission de la **créance** de non concurrence à **titre universel** <sup>4</sup> Admis Le cas classique est le décès pour les personnes physiques ou la dissolution d'une personne morale.

- Transmission de la **créance** à **titre particulier** <sup>4</sup> Moins évidemment mais admis

- **La dette de non concurrence** <sup>4</sup> la transmission beaucoup moins facile.

o En principe, la dette de non concurrence à un caractère personnel.

- S'agissant du FDC, la réponse de la jurisprudence est plus nuancé « il faut examiner au cas par cas si la transmission à un sens ou pas ».

- La transmission de la **dette à titre particulier** <sup>4</sup> hostile 3) Sanction de la violation des clauses de non-concurrence Dans le cadre d'un contrat, il s'expose à la **résolution** (contrat instantané) ou la **résiliation** (contrat successif) De plus, on peut demander des **dommages et intérêts** du fait de la concurrence interdite. Quelque contrat prévoit des **clauses pénales** : clause qui fixe une peine contractuelle. Le créancier peut attaquer le tiers qui a été complice de la violation. La jurisprudence est assez sévère vis-à-vis du tiers complice !<sup>4</sup> Responsabilité délictuelle Le créancier va demander

l'interdiction pour le débiteur de poursuivre l'activité interdite :

- Demander en justice
- Ordonnance de référé Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## Section 2 - La concurrence déloyale

### 1) Notion de concurrence déloyale

Licéité du dommage concurrentielle ? Le dommage concurrentielle est en soit licite, car la concurrence est bien évidemment autorisé.

Un commerçant doit donc séduire pour acquérir la clientèle de son concurrent. Cependant, le droit souhaite que dans cette conquête, tous les moyens ne soient pas permis. En effet, certains procédés nécessitent d'être exclus.

Depuis très longtemps les juges ont la distinction entre des procédés normaux, et ceux qui sont anormaux.

Dans certains droits étrangers, ces comportements déloyaux sont prévus par la loi. La loi fixe les procédés que l'on estime contraire à la loyauté. En France, ce n'est pas la tradition, le droit de la concurrence déloyale est régi par les principes généraux de la responsabilité délictuelle (Art 1382/ 1383 du code civil).

Cependant, les choses ont récemment changées sous l'effet du droit communautaire. Une directive communautaire du 11 mai 2005 oblige les états membres à fixer dans la loi des procédés de concurrence déloyaux. Le 3 janvier 2008, fut instauré une loi pour appliquer cette directive. Cette dernière inscrit un certains nombres d'articles dans le code de la consommation aux articles L120-1 et suivant.

L'article L120-1 du code de la consommation définit la notion de pratique déloyale : « **une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service** »

Les articles suivants listent un certains nombres de procédés qui constituent des **pratiques commerciales déloyales** :

- **les pratiques commerciales trompeuses** (par exemple lorsqu'elle porte confusion avec un autre biens ou service, avec une marque ou nom commerciale)
- **Lorsqu'elle repose sur des indications fausses. Il y a également des pratiques**

commerciales agressives :

- Lorsque du fait de sollicitation répété et insistante ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale.

o Recours a la menace physique ou verbale o L'exploitation de la faiblesse du consommateur

Ces procédés déloyaux sont punis de la sanction pénale.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Même quand le procédé est prohibé par un texte spécifique, la concurrence déloyale continue d'être utile.

## 2) Les fondements de l'action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil, qui suppose trois conditions :

- Une faute
- Un préjudice
- Un lien de causalité entre les deux A) La faute La faute est définie par les juges comme un manquement aux usages du commerce et à l'honnêteté professionnelle. En langage commun, quelqu'un de déloyale marque une certaine intention de l'auteur, pourtant, la jurisprudence considère que le comportement fautif de la concurrence déloyale n'est pas nécessairement intentionnel, une négligence suffit. (Affaire Nicolas 1958) Certains auteurs ont classifié trois grands procédés de concurrence déloyale :
  - Le dénigrement
  - L'imitation
  - La désorganisation

### a) Le dénigrement

Il consiste en un procédé qui jette le discrédit sur son concurrent. Il est dans l'usage commercial de ne pas dénigrer ses concurrents ! On ne doit pas dénigrer :

- La personne de son concurrent o Son expérience...

o Son honorabilité (malhonnête...) o Son crédit o Son appartenance à une religion, secte, nationalité... o La cour de cassation le 19 juin 1996 a dit que ces allégations de fait qui

touchent à la personne même constituent des diffamations et par conséquent excluent le recours à la concurrence déloyale.

• **Les produits et services du concurrent** o Sérieux de l'entreprise

o La personne o Les méthodes de travail o La qualité ou le prix

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

**Tous supports de dénigrement sont condamnable** : tract, revu, presse, internet, déclaration oral, lettre individuelle

**On peut dénigrer par omission.**

Le fait que le nom de la société soit utilisé n'est pas obligatoire (slogan...) Certain dénigrement sont autorisé (dolus-bonus) comme par exemple dans la publicité.

fl Le dénigrement peut il être collectif ? Dans l'hypothèse ou aucune concurrent n'est identifiable, **la jurisprudence à admis que ce dénigrement puisse être collectif.**

, Par exemple dans les publicités d'hypermarché, des collectifs de petits magasins les ont assignés en justice.

fl **Le dénigrement existe que les informations soient exactes ou inexactes.**

Il y a sur ce point une différence essentielle entre le dénigrement et la diffamation. En matière de diffamation l'inexactitude des informations est une condition du délit. Il y a en matière de diffamation, l'exception de vérité. (Sauf si le sujet est trop « personnel »)

Un problème se pose de savoir si un commerçant pouvait utiliser contre ses adversaires des décisions de justices condamnant le concurrent. **La jurisprudence considère qu'aucune publicité n'est autorisée pour ce qui concerne les poursuites judiciaires contre quelqu'un. Aucune publicité pour des jugements non terminés.**

La publicité comparative jusqu'au années 1980 était interdite. La cours de cassation le 22 juillet 1986 à considéré que le principe de la publicité comparative sur les prix. <sup>4</sup> Produit identiques vendues dans les mêmes conditions.

Le législateur le 18 janvier 1992, fixe les conditions d'une publicité comparative licite (art 1121-8 du code de la conso et suivant) Le 6 octobre 1997, une directive à obligé à modifier le droit français. Cette directive fut transposée par une ordonnance du 23 août 2001. Elle assoupli les conditions de la publicité comparative, notamment en supprimant la condition de la faire connaître à son concurrent.

« Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services, en identifiant un concurrent, n'est licite que si elle n'est pas trompeuse ; si elle porte sur des produits ou services répondant au même besoin ou ayant le même objectif, elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables, et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie. »

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## b) L'imitation

**fl L'imitation c'est l'objectif inverse du dénigrement.** Est imitable :

- L'entreprise concurrente, notamment ses signes distinctifs Attention : le droit ne protège pas les noms génériques
- L'utilisation comme nom de domaine des signes d'une entreprise est condamné par les tribunaux.
- Le nom patronymique d'autrui ne peut être utilisé, excepté si ce nom est totalement banal. On peut utiliser son nom patronymique dès lors qu'il ne prête pas confusion. On interdit en revanche les prête-noms Utiliser son nom patronymique peut mettre en place pour se distinguer la date de création, ou l'ajout des prénoms.
- L'organisation ou l'installation d'un concurrent
- Les produits du concurrent (étiquette, emballage, appellation...)
- Vidéos, music, menu du concurrent...
- Slogan publicitaire..

## c) La désorganisation

**fl La désorganisation est l'atteinte portée à la force commerciale d'un concurrent.** Encore une fois, on voit des comportements extrêmement divers :

- Divulgateion de secret d'affaire.
- Manœuvre dirigé vers le personnel de son concurrent
- Désorganisation commerciale (supprimé la publicité de son concurrent)
- Détourner les commandes
- Détourner des fichiers clients

- Démarcher systématiquement la clientèle de son concurrent
- Utiliser le courrier postal de son concurrent et le diffuser ...
- La cours de cassation à considéré que les coupons de réduction électronique ne sont pas licite Commercialiser un produit qui relève d'un réseau de distribution alors qu'on n'appartient pas au réseau est-ce une faute ? **En principe, cette méthode est autoriséé, a partir du moment où l'on à acquit le produit de manière licite.** Ceci, ni pour les réseaux exclusif, ni pour les réseaux sélectif. Le fait de vendre un produit d'un réseau n'est pas une faute, mais il se peut qu'il y soit une faute autre. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

**Marque d'appel** : l'ilot de perte dans un océan de profit fi concurrence déloyale De plus, si le produit comporte la phrase « ne peut être vendu que par des vendeurs agréés » <sup>4</sup> concurrence déloyale

## B) Le préjudice

**On s'aperçoit que la jurisprudence se montre assez souple dans l'appréciation du préjudice. D'une certaine manière elle se contente de constater la faute, sans exiger de preuve supplémentaire de la part de la victime.**

La jurisprudence s'éloigne de plus en plus de l'action en responsabilité classique, et se rapproche d'une sorte d'action disciplinaire.

**Pendant longtemps, on a confondu l'existence du préjudice et le rapport de concurrence.** Pour qu'il y soit préjudice, il faut qu'il existe entre les intéressés un rapport de concurrence. <sup>4</sup> Les entreprises en question s'adressent donc à la même clientèle. La jurisprudence à exclus des actions en concurrence déloyales entre tailleur et un fourreur, entre un négociant en semence et une coopérative agricole...

- **Progressivement la jurisprudence a assoupli sa position, pour admettre la recevabilité de l'action dans le cas ou les entreprises on simplement des activités voisines.**
- Plus récemment, la cours de cassation dans un arrêt du 30 mai 2000, à affirmée que « la circonstance que la clientèle que se disputent des opérateurs, soit réputé être celle d'un tiers, est indifférente au litige. La concurrence déloyale supposant seulement que soit établi des fait fautifs générateurs d'un préjudice ».
- Dans un arrêt du 21 novembres 2000 dispose « la situation de concurrence entre les parties n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale ».
- Arret du 19 novembre 2002 dispose « faute de clientèle commune plaçant une

société en situation de concurrence avec les artisans taxis, l'action en concurrence déloyale n'est pas recevable ».

- Arrêt du 25 avril 2006 dispose « les parties n'étaient pas dans une situation de concurrence ».
- Arrêt du 12 février 2008, la cour de cassation reprend son arrêt de 2000 en disant « une cour d'appel n'a pas à caractériser une situation de concurrence directe ou effective entre des sociétés. La situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateur d'un préjudice ». , **Existence d'un préjudice est nécessaire** Cette éviction de la condition de concurrence pose une difficulté, une difficulté de distinguer l'action en concurrence déloyale et le parasitisme. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

### Le parasitisme :

Le **parasitisme est le fait de se référer aux actes d'une personne dont on entend tirer profit** (tirer profit de la notoriété d'une entreprise).

Dans ce modèle, on est obligé de distinguer selon que le parasite et le parasité sont ou ne sont pas dans une situation de concurrence.

- **Si le parasite et parasité exerce activité similaire** : concurrence parasitaire qui n'est qu'une catégorie de concurrence déloyale
- **Si le parasite et le parasité exerce activités différentes** : condamné par les tribunaux français en application de l'article 1382 du code civil.<sup>4</sup> agissement parasitaire **Une pratique parasitaire est le rattachement indiscret à une entreprise.**
- C'est le fait par exemple pour des commerçants de s'auto proclamer spécialistes de tel produit ou service.
- C'est aussi le fait d'utiliser des marques extrêmement connues (marque notoire) pour vendre des produits totalement différents. S'agissant des marques notoires, il existe aujourd'hui une loi qui inscrit dans le code de la propriété intellectuelle, l'interdiction d'utiliser une marque notoire pour vendre des produits différents. On peut également utiliser des noms notoires. Parfois, la jurisprudence condamne, même pour des noms notoires. Exige un rapport de concurrence. La victime doit établir qu'elle a subi un préjudice en raison de la clause de déloyauté. Préjudice implique une perte de clientèle, d'activité, de CA ; qui représentent une véritable perte de la valeur patrimoniale du FC Peu-importe que cette clientèle se soient portée sur le responsable du préjudice. Cependant, la victime doit apporter la preuve du préjudice. Même si les juges se montrent assez libéraux dans l'appréciation du

préjudice. Ainsi, par exemple, lorsque la démonstration d'un véritable préjudice économique ne peut pas être apportée, certains juges se contentent de l'existence d'un préjudice moral pour allouer des dommages et intérêts à la victime de la déloyauté. **On estime que la déloyauté a causé à l'entreprise concernée, un trouble commercial.** **Le trouble commercial** consiste en une atteinte portée aux signes distinctifs de l'entreprise (nom commerciale, enseigne...) Au delà même du préjudice moral, un certain nombre de décisions considèrent que qu'il s'infère des déloyautés constatées. Cette décision est trouvée dans un certain nombre de décisions de justices. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

**Il C'est donc à l'auteur des déloyautés de démontrer l'absence de préjudice.** On voit certains juges poussés encore plus loin la logique et condamner les auteurs d'acte de

concurrence déloyale en l'absence même de préjudice.

Cette attitude montre que bien souvent, est considéré que cette action en concurrence déloyale doit revêtir un caractère disciplinaire. Celui-ci vise à sanctionner des entrepreneurs qui ne se conduisent pas conformément aux usages du commerce. Cette appréciation se retrouve lorsqu'on examine le troisième examen de préjudice c'est-à-dire le rapport entre la faute et le préjudice

### C) Rapport entre faute et préjudice

Si on appliquait le droit commun, on devrait démontrer le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Pourtant, les juges ont tendance à ne pas se montrer très exigeants, et **ont tendance à souvent se contenter d'une simple concomitance**, il se contente de vérifier que les deux événements se sont produits en même temps, pour en déduire une causalité.

### 3) L'action en concurrence déloyale

#### A) Les demandeurs à l'action - Qui peut agir ?

**Le demandeur principal, c'est la victime, identifiable comme étant celle qui subit le dommage.**

Lorsque les pratiques déloyales nuisent à un ensemble d'entreprise et d'industrielle, **les syndicats professionnels peuvent agir** et réclamer la réparation du préjudice matériel ou moral que leurs adhérents ont subi collectivement. Dans ce cas le syndicat représente l'intérêt collectif de la profession.

**Les consommateurs et les associations de consommateurs**, même s'ils sont victimes des comportements déloyaux, **ne peuvent pas agir en concurrence déloyale**, qui en droit français

est une source de responsabilité seulement à l'égard des professionnels victimes de cette concurrence déloyale.

## B) Le tribunal à saisir – La compétence juridictionnelle

On suit les règles habituelles des répartitions des compétences.

- S'agissant par exemple de la compétence territoriale, la victime peut saisir le tribunal qui se situe dans le ressort du domicile du défendeur.
- En matière de responsabilité, la victime peut également choisir un autre tribunal, le tribunal du lieu du fait dommageable ou le tribunal du lieu du dommage.
- En matière de compétence d'attribution, lorsque les faits de déloyautés sont commis dans l'exercice d'une activité commerciale, il faudra saisir les Tribunaux de Commerce. Ces derniers sont compétents pour connaître des délits et quasi-délits civils commis à l'occasion d'une activité de commerce. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

- En dehors de ces hypothèses, on saisira le Tribunal de Grande Instance.
- Attention : lorsque la concurrence déloyale est complémentaire à une action de contrefaçon (brevet, marque)<sup>4</sup>TGI (art 211-10 du code de l'organisation judiciaire)
- Lorsque l'action en concurrence déloyale est liée à l'exécution du contrat de travail, alors c'est le conseil des prud'hommes qu'il faudra saisir.

o EX : l'obligation de fidélité du salarié.

## C) Le délai de prescription

**fl La prescription extinctive est de 5 ans.fl** Son point de départ du délai étant le dernier acte de concurrence déloyale.

### 4) Les effets de l'action en concurrence déloyale

Ce qui est souvent souhaité dans de telles actions est une réparation du préjudice : des dommages et intérêts<sup>4</sup>**réparation par équivalence** (monétaire).

Le juge appréciera donc le montant du préjudice qui est fonction du dommage. Il pourra, pour ce faire, faire appel à un expert.

De plus, certains demandeurs souhaitent **une publicité du jugement**.

Evidemment, le demandeur demandera que **les faits cessent**. La cessation s'accompagne

généralement d'astreinte (pénalités de retard tant que les agissements continus).

Pour obtenir rapidement cette cessation, on aura recours au référé.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

### Section 3 - la concurrence réglementé

Pourquoi ce droit de la concurrence ? Il n'a pas toujours existé, et il est même plutôt récent. La nécessité d'un tel droit est apparue avec le décollage industriel des économies modernes. On s'est aperçu en effet, qu'une concurrence totalement libre, qui autorise tout, finit par produire des résultats catastrophiques.

Soit elle finira par s'autodétruire, soit par détruire les entreprises. (Monopole/ excès de concurrence)

Pour protéger cette économie de marché, on a considéré qu'il fallait édicter quelques règles pour maintenir une concurrence suffisante et réelle, sans être excessive.

Pour ce faire, le législateur a soit interdit certaines pratiques, ou au contraire a mis en place une sorte de contrôle public de certaines pratiques concurrentielles.

Aujourd'hui, le droit de la concurrence en Europe comprend dans chacun des états membres deux sources :

- Source interne de la concurrence
- Source communautaire de la concurrence Cette superposition pose parfois des problèmes d'articulations. **Sous-section 1 - Le droit interne (français) de la concurrence C'est un droit relativement récent** (jusqu'à la moitié du XX, ce droit était absent, sauf l'article 419 du code pénal !!) A la suite de la WW2, on a senti l'utilité de mettre en place un certain nombre de règles pour réprimer des activités de marché noir, de refus de vente... Les ordonnances du 30 juin 1945 avaient essentiellement pour objectif d'encadrer les prix, de réprimer le marché noir (...), c'est un système complètement dirigiste. Dans les années qui ont suivi, on a ajouté plusieurs modifications. A partir des années 1950, en 1953-58 on met en place une interdiction des ententes, et une interdiction de certaines pratiques individuelles (pratiques discriminatoires, prix imposés...). Cependant, ce droit reste très administratif. Dans les années 60-70 ; une loi de 1963 rajoute l'interdiction des situations de positions dominantes ; En 1977, une loi autorise le ministre de l'économie à sanctionner financièrement les entreprises coupables d'entente ou d'abus de position dominante. Dans les années 1980, le contexte économique change radicalement, et on observe une véritable réforme du droit de la concurrence, une réforme du type libérale ! On sort de ce système dirigiste, pour aller vers un droit

moderne de la concurrence. L'ordonnance du 1<sup>e</sup> décembre 1986 opère ce changement. <sup>4</sup> Suppression du contrôle des prix ; mise en place d'une autorité de la concurrence = le conseil de la concurrence (autorité administrative indépendante) ;  
Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010  
Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Une loi du 1<sup>er</sup> janvier 1996, dites loi GALLAND, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales

On passe d'un système (1945) où étaient favorisés les producteurs, à un système (1980) où le rapport de force tourne à l'avantage des distributeurs qui se mettent à imposer leurs conditions aux producteurs et fabricant. Ce droit de la concurrence doit donc appréhender ces nouveaux abus !

On voit donc la création de centrale d'achat, en 1980 on connaît en France que trois hypercentrales d'achat !!

La codification les retrouve aux articles L410-1 et suivants du code de commerce. Loi du 15 mai 2001, le NRE, accroît les pouvoirs d'interventions de l'état dans les relations économiques.

Une réforme du 4 août 2008, avec la loi de modernisation de l'économie (LME), modifie un certain nombre de dispositions du droit de la concurrence, et remplace le conseil de la concurrence par l'Autorité de la Concurrence.

**Ce droit de la concurrence est habituellement distingué sous deux volets :**

- Comportement des entreprises (ce qu'elles font)
- Structures des entreprises (ce qu'elles sont)

### 1) le contrôle des comportements

Une nouvelle distinction doit être introduite. Il faut distinguer parmi ces comportements :

- les pratiques restrictives de concurrence Les pratiques restrictives sont des pratiques qui sont condamnées en elle-même

(a priori), il y a des choses qui sont interdites par la loi.

- les pratiques anticoncurrentielles Il y a également des pratiques anticoncurrentielles, qui ne sont pas condamnées en

elle-même, mais sont condamnées pour leurs effets négatifs sur le marché<sup>4</sup> on examine si cette pratique a des effets négatifs ou positifs sur le marché (exemple : entente)

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## A) les pratiques restrictives de concurrence

Elles sont listées par notre code de commerce aux livres IV, au titre IV qui commence par des dispositions liées à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence.

- Obligation de transparence : o Règles relatives à la facturation

, Obligation de facturation

, Mention obligatoire des factures o Rendre accessible son barème de prix et les conditions de ventes o Etablir par écrit les accords de coopérations commerciales.

- Pratiques restrictives de concurrence : o Condamnée en elle-même ! Peu importe qu'elle ait un effet positif ou négatif sur le

marché

, La revente à perte, Le prix imposé, Pratique para-commerciale, Abus de distribution

Autrefois, le refus de vente était une pratique restrictive. C'était un délit pénal. Aujourd'hui, le refus de vente, n'est plus qu'à appréhender à travers d'autres techniques, par exemple les ententes.

### 1. La revente à perte

C'est une technique très dangereuse, car elle peut tuer la concurrence.

Aujourd'hui c'est l'article L422-2 du code de commerce qui **punit le fait pour tout commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif.**

Il est important de souligner que le délit ne vise que la revente à perte, et seulement en l'état. Ex : on peut fabriquer à perte, ne vise pas les services, ne vise pas les produits transformés.

**C'est un délit pénal, puni d'une amende de 75000€ voir plus en cas de récidive.** Sur le plan civil, on s'expose également à **une action en dommage et intérêt de la part des**

**personnes à qui on a porté préjudice.** La loi a prévu un certain nombre d'exemptions :

- L'interdiction de revente à perte ne s'applique pas aux produits périssables.
- Aux produits démodés

- Soldés
- Saisonnier Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## 2. Le prix imposé

Au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, les fabriquant et producteurs avaient pris l'habitude d'imposer aux distributeurs et détaillants la revente des produits à un prix planché fixé. Cette pratique avait pour effet de limiter la concurrence entre détaillant et revendeur. Les producteurs ne souhaitaient pas que les détaillants fassent concurrence sur les produits fabriqués, sous prétexte que le prix baissant leur porterait préjudice.

Cependant, cette pratique fut préjudiciable, pour le consommateur !!!

Le législateur préoccupé par le pouvoir d'achat, a prit l'initiative de pénaliser cette pratiques de prix imposés.

L'article L442-5 du code de commerce **punit le fait pour toutes personnes d'imposer un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service, ou a une marge commerciale.**

**L'amande est ici de 15000€, le double en cas de récidive.**

Cette interdiction ne s'applique qu'aux distributeurs indépendants, et non pas aux salariées, et autres gérants. Il est donc interdit de fixer un prix minimum. Cependant, le producteur peut conseiller un prix au distributeur.

## 3. Les pratiques para-commerciales.

**La para-commercialité est le fait pour une personne de pratiquer une activité économique sans se soumettre aux contraintes correspondantes.** L'interdiction de la para-commercialité, a pour but d'éviter ce genre de concurrence !

L'article L442-7 et L442-8 du code de commerce **prohibent ces activités de types para-commerciales, et les condamne à une amande de 1500€**

L442-8 interdit pour une personne d'offrir à la vente des produits ou service, en utilisant de manière irrégulière le domaine public de l'Etat.

## 4. Abus de distribution

**Ce sont des pratiques qui ne sont pas sanctionnées pénalement. Ce sont des pratiques sanctionnées civilement.** Ces autres abus sont définies a l'article L442-6 du code de commerce. Un de ces abus à disparu avec la loi de 2008 : les pratiques discriminatoires (définie pour une personne de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique, des prix, des

délais, et des conditions de ventes discriminatoires, et non justifié par des contreparties réelles). Depuis 2008, elle n'est plus interdite d'elle-même.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

### Ces abus ont de commun de vouloir protéger les producteurs contre les pratiques des distributeurs :

- Obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial, un avantage quelconques ne correspondant pas à un service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.<sup>4</sup>coopération commerciale fictive.
- Soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.
- Obtenir ou tenter d'obtenir sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle, des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement ou les modalités de ventes

o Eviter les référencements et déréréféréncement !! Sanctionné civilement :

- tous les contrats, **toutes les clauses qui méconnaissent ces interdictions sont nulles.**
- **Dispositif de responsabilité spécifique :** Met en place une série de mesure qui peut être demandé aux tribunaux en cas de violation de ces textes.

o L'injonction de cesser les pratiques illicites, o l'attribution de dommage et intérêt, o la répétition de l'indus (garanti de payé indument quelque chose)

**On a permis à d'autre que la victime d'enclencher l'action en justice, notamment au Parquet (ministere public), au ministre de l'économie, au président de l'autorité de la concurrence.**

Le ministère public et le ministre de l'économie peuvent demander aux juges de prononcer une

**amande civile qui peut aller jusqu'à 2 millions d'euros.**

En première instance, seule certains tribunaux sont compétents pour traiter ces contentieux, notamment les grands tribunaux de commerce, car on souhaite que ces affaires soient traités par quelques tribunaux (Paris, Lilles, Lyon, Nancy, Rennes, Lens, Marseille)

### B) les pratiques anticoncurrentielles

**Elles ne sont pas condamnée a priori, mais seulement en raison de leurs impacts négatifs**

sur le marché<sup>4</sup>prohibition nuancé (différent systématique)

Parmi ces pratiques anticoncurrentielles, on distingue d'une part les ententes et abus de domination, et les prix abusivement bas de l'autre.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## a) Les ententes et les abus de domination

### 1. Les ententes

La prohibition des ententes est prévue par l'article L420-1 du code de commerce.

• Sont prohibés, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet, d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition, notamment lorsqu'elles tendent à :

o Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence  
o Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché  
o Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements, ou le

progrès technique  
o Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

La prohibition est très large. La forme juridique utilisée par les entreprises est indifférentes<sup>4</sup> toutes les formes juridiques d'ententes sont condamnables : les entreprises, contrats, conventions collectives, simple recommandations, accord tacite ...

La distinction entre un accord tacite et des comportements parallèles est délicate. <sup>4</sup> Personne ne vous interdit de vous aligner sur quelqu'un !

La qualité des parties n'importent peu (commerciale, civil, syndicat...), peu importe que l'entente soit horizontale ou verticale, l'entente doit être conclut avec des partenaires économiques et juridiques indépendants. On exclut l'entente entre entreprise d'un même groupe ou d'une société.

Deux choses doivent être prouvées :

- C'est une action menée de concert (au delà du simple parallélisme)
- L'objet ou l'effet anticoncurrentiel.

o L'effet potentiel suffit !!!

**L'objet anticoncurrentiel désigne généralement le marché.** Chaque appréciation d'une entente passe par la définition du marché<sup>4</sup>Quelle est le marché concerné ?Le marché de produit ou de service que les utilisateurs/acheteurs considèrent comme substituables entre eux.

Après l'avoir défini, on cherche à connaître l'impact sur ce marché.

**La cours de cassation considère que le droit de la concurrence ne va saisir ces ententes que si elles ont un effet suffisamment sensible sur ce marché<sup>4</sup>seuil de sensibilité.**

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## 2. L'abus de domination

Art L420-2 du code de commerce condamne l'exploitation abusive par une entreprise ou d'un groupe d'entreprise **d'une position dominante sur le marché** ou sur **une partie substantielle du marché.**

Le texte donne des exemples d exploitation abusive :

- Ces abus peuvent consister... notamment... en refus de vente, en vente lié, en condition de vente discriminatoire, ou en déréférencement

Le texte ajoute, **«est en outre prohibé, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise de l'état de dépendance économique** dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur »

**L'abus de dépendance économique** est un abus rajouté en 1986, qui s'apprécie dans une relation bilatérale. **C'est la position de force que possède une entreprise sur un partenaire, et qui permet à la première d'avoir des conditions qu'elle n'aurait pas obtenu sans cette situation particulière de soumission économique.**

- L'abus de position dominante : o C'est **le fait pour entreprise, qui est en position dominante, d'en abuser.**o La jurisprudence définit la position dominante comme « le pouvoir pour une

entreprise de faire obstacle à une concurrence effective sur un marché ». , Pour une entreprise, c'est le fait d'occuper sur un marché une place

prépondérante, qui lui permet de s'abstraire des contraintes du marché /

qui lui permet d'obliger ses concurrents à s'aligner sur elle.

**o Ce n'est pas la position dominante qui est incriminée, c'est l'abus de cette position dominante pour faire des choses qu'elle ne pourrait pas faire autrement.**

• L'abus de dépendance économique : o Introduit en 1986 par l'ordonnance du premier décembre, prenant compte de

l'inversement du rapport de force économique !

o Il vise les entreprises qui sans être en position dominante sur le marché, abusent de la situation de dépendance dans laquelle elle tient une entreprise partenaire. Dans cette incrimination on trouve trois éléments :

, **Démonstration d'un état de dépendance économique ?** • Les juges ont apporté des précisions : pour établir cette

distinction, il faut tenir compte de l'importance de la part de l'entreprise vis-à-vis du partenaire (CA commun), de la notoriété, de la part de marché, de la difficulté pour le partenaire d'obtenir d'autres partenaires des produits équivalents.

, **Atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence** • Même si c'est un rapport bilatérale, il faut démontrer le lien avec

le structure de la concurrence sur le marché<sup>4</sup> on ne prend pas

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

en compte tous les états de dépendance économique de petites

entreprises...

•

, **L'abus** • Il faut abuser de cet état de dépendance économique.

Encore une fois, c'est une prohibition nuancé. Le droit va exempter certaines ententes ou certains abus de domination.

L'article L420-4 du code de commerce **exempte de la prohibition deux types de pratiques** :

- Sont exempté les pratiques résultant de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. (il faut toutefois démontrer le rapport de causalité)
- Sont exempté les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique.

o Y compris par le maintien ou création des emplois Cette justification amène les autorités de la concurrence de faire le bilan économique de la

pratique.

Il existe un autre moyen d'exempter certains nombres de pratiques, il s'agit d'une méthode à pratiquer par exemption catégorielle : sorte d'exemption collective = **décidé par décret, qui explique que certaines catégories de pratiques, si elles répondent à un certains nombres de conditions, seront exemptés de la prohibition.**

Cette pratique est toutefois rare, exception faite dans le secteur agricole.

### 3. Sanction

Les sanctions infligés a ceux qui font de la concurrence aux entreprise<sup>4</sup>par l'autorité de la concurrence depuis 86. Jusqu'en 86 c'était prononcé par le ministre de l'économie.

**fl Depuis 1986, c'est l'autorité de la concurrence elle même qui inflige des sanctions à l'auteur de pratiques anticoncurrentielle**

Conseil de la concurrence devient autorité de la concurrence en 2008 <sup>4</sup>indépendante. Composé de magistrat ou de personne qualifiées Art L461-1 du code de commerce

Parmi les attributions, il a des attributions de type contentieux : **l'autorité peut être saisi par le ministre, par les entreprises, et même d'office** (toute seule)

Elle peut prendre des mesures conservatoires<sup>4</sup>**suspendre tel ou telle pratique de telle ou telle Enterprise.**

- Elle peut donc ordonner a des entreprises de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielle dans un délai déterminé.
- De plus, elle peut infliger une sanction. Même si elle n'est pas juge, elle possède une dérogation dans ce milieu. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

**fl** Les sanctions en question, ne peuvent être que pécuniaire (pas de prison !!!)

**Ces sanctions doivent être proportionnées au dommage causé, à l'importance du dommage causé à l'économie.** Sanctions qui sont sanctionnées par la loi, mais qui peuvent être d'un montant considérable pour les entreprises.

- si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum est de 3 millions d'euro.
- Pour une entreprise, le montant maximum de la section est de 10% du montant chiffre d'affaire mondial (hors taxe), le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cour du quelle les pratiques ont été mises en œuvre. L'autorité de la concurrence n'hésite pas à condamnée des grandes

entreprises fautives !! **Grace à la sanction pécuniaire, le législateur a depuis 2001, voulu récompensée la bonne volonté des entreprises.** La loi dit en effet, « lorsque une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiées, le montant maximum de la sanction encourue, peut être réduit de moitié. Et même si l'entreprise s'engage à ne pas recommencer, cet engagement est pris en compte dans la fixation du prix de l'amande ». **On a mis en place en 2001, une prime à la dénonciation.** Désormais, la loi prévoit une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordées à une entreprise, qui a commis une faute, mais qui a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée, et à identifier ses auteurs. **Les décisions de l'autorité de la concurrence, sont soumises à recours. Cela, devant la cours d'appel de Paris.** Ceci est original, car l'ADC est une autorité publique, qui n'est pas juridique, mais malgré cela, on ne va pas directement en première instance, mais directement en CA de Paris.

- Il existe également des sanctions prononcées directement par les juges : o **Les juges nationaux peuvent premièrement prononcer la nullité** (d'ordre public <sup>4</sup>

nullité absolu), de tous les contrats et accords qui se rapportent à une pratique

anticoncurrentielle prohibée. o **Le demandeur, peut demander en outre des dommages et intérêts.**

, Par exemple, si un concurrent a été bloqué par cette pratique depuis plusieurs années, cette entreprise aura subi un préjudice, et il demandera au juge réparation du préjudice illégalement causé.

o **Il est également prévu des sanctions pénales.** , L'article L420-6 du c.com puni d'un emprisonnement de 4 ans et d'une

amende de 75000€ le fait pour toutes personnes physiques de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception ou l'organisation d'une pratique anticoncurrentielle.

o **Toutes ces amendes se cumulent.**

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

**b) La pratique des prix abusivement bas**

**fl Prix prédateurs dans le but d'éliminer la concurrence** Interdiction datant de 1996, et inscrit à l'article L 120-5 du c.com.

**En cas de constatations de cette pratique, l'autorité de la concurrence pourra prononcer les mêmes mesures qu'en matière d'entente et d'abus de domination.** Les juges pourront

condamnée à des dommages à intérêts, afin que les préjudices des victimes soient indemnisés, mais on observe l'absence de sanction pénale pour ce comportement !

## 2) Le contrôle des structures (=contrôle des concentrations)

Le mécanisme mis en place ne vise pas à interdire la concentration, en effet, cette dernière peut être utile notamment dans un monde globalisé, mais à éviter les effets nocifs de certains regroupements sur la concurrence.

On veut éviter les concentrations excessives, parce que cette dernière provoque une diminution de bien être économique général.

Le législateur a donc organisé un système de contrôle des concentrations, assez récent dans sa construction, il date en France d'une loi du 19 juillet 1977. A l'époque le système était assez dirigiste, ou le rôle central était tenu par le ministre de l'économie.

Ce dispositif fut révisé en 1986 pour le rendre plus efficace, et étendre son domaine d'application. Depuis cette époque, le nombre d'opérations de concentration a augmenté considérablement.

On transmet régulièrement à l'autorité de la concurrence, les affaires de concentrations.

Sur ce nombre d'opérations de concentration, il y a eu très peu de véto de la part du ministre (refus pour l'affaire coca cola souhaitant acquérir Orangina) Le cadre juridique fut modifié une nouvelle loi en 2001 (loi NRE) Loi du 4 août 2008 (loi LME)<sup>4</sup> renforce les pouvoirs de l'autorité de la concurrence au détriment du ministre de l'économie.

### A) Domaine du contrôle – Quelles sont les opérations de concentration visées

#### a) Opérations visées

- Article L430-1 du c.com : o soit une fusion

, (deux entités juridiques distinctes qui se réunissent en une seule<sup>4</sup>

- soit l'une absorbe l'autre,
- soit les deux se fondent dans une sanction nouvelle).

#### o Soit la prise de contrôle :

, ne vise pas seulement l'acquisition de titre de capital d'une société, mais vise toutes prises de participations au capital, toutes acquisitions d'éléments d'actifs, contrats ou autres moyens.

**Contrôle** : le contrôle découle des droits, des contrats et des autres moyens qui confèrent la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise.

Les textes ajoutent que la création d'une entreprise commune, constitue également une concentration (filiale commune, co-entreprise) à condition que cette entreprise accomplissent de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

b) Condition :

- Etre en présence d'une concentration
- Certaines dimensions

o Il faut que la concentration atteigne une certaine taille. , Chiffre d'affaires réalisées par les entreprises concernées

- Le CA totale mondiale hors taxe de l'ensemble des entreprises concernées > 150 millions d'euros.
- Chiffre d'affaire totale hors taxe réalisé en France par au moins deux entreprises concernées > 50 millions d'euros. Le texte ajoute « ne sont pas soumises au contrôle de concentration, les opérations qui entrent dans le champ du contrôle communautaire des concentrations » ( a partir du moment qu'on entre dans les seuils communautaires ). c) Procédure Ce contrôle commence par une notification de l'opération à l'autorité de la concurrence par les entreprises consolidant <sup>4</sup> doit être préalable à l'opération.<sup>4</sup> L'opération est donc suspendue durant au maximum 25 jours ouvrés. A la fin du délai, l'autorité de la concurrence s'exprime :
- L'opération n'entre pas dans le champ du contrôle <sup>4</sup> OK ☺
- L'opération est autorisé mais à condition (reserve – de manière à préserver la concurrence)
- L'autorité estime qu'il y a un doute sérieux d'atteinte à la concurrence<sup>4</sup>contrôle approfondie o «Entreenphase2»

o L'autorité de la concurrence va examiner si l'opération est de nature ou pas à

entraver la concurrence<sup>4</sup>délai de 65 jours. o Au bout des 65 jours, l'autorité décide soit :

, D'interdire l'opération , Autorisation conditionnelle , Autorisation de l'opération

Le ministre de l'économie possède tout de même un rôle. Par exemple en fin de phase 1, le ministre peut forcer le passage en phase 2 (examen approfondie)

monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Aussi en fin de phase 2 le ministre peut également modifier ou même inverser une décision de l'autorité de la concurrence « pour des motifs d'intérêts générales autre que la concurrence »

#### d) Sanctions

- Sanction si une opération n'a pas été notifiée à l'autorité de la concurrence

Sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'à 5% du Chiffre d'affaire réalisé en

France (pour les personnes physiques jusqu'à 1,5 million d'euros)

- Sanction en cas de déclaration inexacte
- Sanction si l'autorité impose de prendre des engagements qui ne sont pas respectés

o Peut jusqu'à retirer son autorisation • L'autorité peut même faire **annuler une fusion qui s'est déjà opérée**.

Le législateur n'avait prévu aucune disposition en ce qui concerne les recours contre les décisions rendues par le ministre, et la doctrine considérait qu'il fallait choisir le conseil d'état. Ce dernier, en 1999, s'est considéré compétent pour statuer en matière de concentration.

#### Sous-section 2 - le droit communautaire des concentrations

Il existe un droit communautaire des concentrations qui se superpose au contrôle national des concentrations. Cependant, le droit communautaire se borne pas au contrôle des concentrations, il met également en place un contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

#### 1) Contrôle des comportements

##### A) Entente

Article 81 du traité CE.

Il **prohibe les ententes** (article 81 du traité CE).

- On fait le bilan de l'entente, et si cette entente est économique positive<sup>4</sup> on ne la sanctionne pas. Si elle est économique négative<sup>4</sup> action en nullité, action en responsabilité.
- Ces mesures pouvant être prises par la commission européenne (sanction pécuniaire...)

**Les entreprises qui tombent sous le contrôle communautaire, peuvent faire l'objet**

d'amande pécuniaire administrative, qui peuvent atteindre des niveaux extrêmement élevés (10% du CA réalisé par les entreprises concernées) Comme en droit français, des réductions sont possibles (dénonciation...)

## B) Abus de position dominante

Il prohibe aussi les abus de positions dominante (Article 82 du traité CE) **A la différence des ententes, le droit communautaire ne prévoit pas d'exemption** (condamné

qu'elle soit économique positive ou négativement)

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Fusion, prise de contrôle...

### Procédure :

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

La commission européenne peut sanctionner, et il n'y a pas de moyen d'immunité ou de réduction d'amande pour les informateurs...

## 2) Contrôle des structures

21 décembre 1989 : réglementation communautaire, révisé en 97 et remplacé en mai 2004.

### A) Le seuil communautaire

**Ce contrôle des concentrations se déclenche dès lors que sont franchies des seuils communautaires.**

- Grand seuil Une concentration est de dimension communautaire, **lorsque le Chiffre d'affaire**

**mondial des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5**

**milliards d'euros.** Lorsque le chiffre d'affaire réalisé (individuellement) par au moins deux

**entreprises concernées représente plus de 250 millions d'euros pour la seule**

**communauté européenne.** A moins que l'un des deux entreprises exercent plus de 2/3 de son CA ds un seul

état.

- Petit seuil Le texte ajoute qu'une concentration qui n'atteint pas ses seuils et de dimension

communautaire lorsque :

- , Le CA totale mondiale = 2,5 milliard
- , Lorsque dans chacun d'au moins trois états membres, le CA totale réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros.
- , Lorsque le CA totale réalisé individuellement dans la communauté par au moins deux entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros.

## B) Opération de concentration

Elle se déroule devant la commission à Bruxelles, il faut donc notifier le projet d'opération à la commission (contrôle à priori). La commission, une fois l'information en main va examiner l'opération et va faire son bilan.

Sont-elles économique bénéfique pour l'UE ou pas ? Tout comme l'autorité française, elle peut autorisée, autorisée sous condition, refusée...

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## 3) L'articulation entre droit communautaire – droit interne

### A) Pratique anticoncurrentielle (entente et abus de position dominante)

Pour que le problème se pose, il faut que le droit communautaire soit applicable<sup>4</sup> le critère retenu par les traités, et le critère des affectations des échanges intra-communautaire.

fl Le droit communautaire des ententes et abus de position dominante que quand les échanges intra-communautaire sont affectés ou sont susceptibles d'être affectés par les dites pratiques.

Il y a une juxtaposition des droits, et non pas une substitution.

fl Les droits nationaux et communautaires ont vocations à s'appliquer, le problème est donc le risque de contradiction.

fl Il faut donc introduire une autre clé : la primauté du droit communautaire. L'application du droit national ne peut donc pas porter atteinte à l'application des règles

communautaires de la concurrence.

- La primauté du droit communautaire implique que les décisions de Bruxelles s'imposent aux autorités nationales. En conséquence, un juge national ne pourra pas condamner une entente qui a été exempté par la commission de Bruxelles.

- En revanche, si la pratique n'a pas été déclarée anticoncurrentielle au sens du droit communautaire, rien n'empêche le juge nationale ou les autorités nationales de condamné sur le fondement du droit interne. **Lorsqu'une procédure est en cours à l'autorité de Bruxelles, les autorités nationales doivent attendre pour statuer en droit interne afin d'éviter des conflits de décision.** Cependant, le juge national (et non pas l'autorité de la concurrence) a la possibilité et non l'obligation d'attendre la fin de la procédure. **Le droit communautaire est également un droit interne, il est appliqué dans tous les états del'UE ; il est incorporé au droit national.** Les autorités de la concurrence, les juges nationaux vont donc appliquer le droit communautaire, et il peut même arriver que les autorités nationales n'appliquent que le droit communautaire, notamment quand la pratique n'a pas d'effet sur le territoire national. Le règlement communautaire à propos du droit de la concurrence, accepte même le cumul du droit communautaire et interne de la concurrence. **Le droit communautaire impose aux autorités nationales, lorsqu'elle applique leur droit interne, d'appliquer également le droit communautaire, lorsque les pratiques (entente, abus de position dominante) affectent le commerce intra-communautaire.**  
Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010  
Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## B) Contrôle des concentrations

Dans ce cadre, on applique la substitution des droits. **Dès lors que le droit communautaire des concentrations est applicable, seul le droit**

**communautaire s'applique.**

Ce droit communautaire n'est appliqué que par une seule autorité : **la commission européenne.**

Les autorités nationales sont donc déclaré incompetentes !

**Cependant, ce monopole n'est pas tout à fait absolu. En effet, le règlement de 2004 sur les concentrations introduit une certaine flexibilité en prévoyant des renvoies.** Ces renvoies peuvent soit être opéré à l'initiative des autorités de la concurrence, soit des parties ;

### a) Renvoies à l'initiative des autorités

**Le règlement prévoit des renvoies de la commission européenne vers les états membres.**

- Ex : la concentration franchi les seuils communautaire ; la commission européenne examine l'opération et constate que l'effet de l'opération seront concentré sur le territoire d'un état ; Alors dans cette configuration, la commission peut renvoyer aux autorités de cet état, qui vont alors, appliquer le droit national des concentrations !!! **(principe de subsidiarité)**

### b) Le règlement prévoit un renvoie des états membres vers la commission.

La commission peut être saisie, si la concentration n'est pas contrôlable dans l'état membre ou si l'opération est notifiée dans au moins trois états membres.

### c) Renvoie prévu à l'initiative des parties

Le règlement prévoit un renvoies de la commission européenne vers les états membres, sous trois conditions :

- L'état membre constitue un marché distinct
- Si la demande est formulée par les parties dans un délai de 5 semaines
- S'il n'y a aucun veto opposé par l'état membre en question ou par la commission.

### d) Le règlement prévoit aussi un renvoie des états membres vers la commission

- Si l'opération est susceptible d'être contrôlé dans au moins trois états membres.
- Si les parties formulent une demande spécifique dans un délai de 3 semaines
- Si l'état membre n'oppose pas de veto. Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

---

## Partie 2 : Notions de droits des sociétés

---

L'importance pratique des sociétés dans la vie des affaires est prédominante. Elle constitue la forme juridique majeure des groupements d'affaires. C'est la forme juridique des groupements dans le monde entier. Même si en nombre elles sont inférieure aux entreprises individuelles (spécialement en France), en terme économique ces sociétés ont un poids de loin supérieur.

D'ailleurs, dès lors qu'une entreprise atteint une certaine taille, on ne trouve plus que des sociétés. L'entreprise individuelle a donc pour vocation mission de rester une petite entreprise.

Pourquoi le recours aux sociétés ? Il y a bien évidemment une pléthore de raison qui se cumulent :

- **Intérêt financier** : technique de rassemblement de capitaux
- **Intérêt juridique** : comparativement, elle présente des intérêts sur le plan juridique

o Permet la séparation des patrimoines et des responsabilités o Permet la séparation le patrimoine personnelle de l'entrepreneur de son

patrimoine professionnel.

, Juridiquement l'entreprise individuelle est une non-structure<sup>4</sup>elle se confond avec le patrimoine de l'entrepreneur <sup>4</sup> il est donc responsable de toutes les dettes de l'entreprise sur son actif personnel <sup>4</sup> il n'y a qu'un patrimoine

, Alors que la personnalité morale, fait de la société, une personne a part entière<sup>4</sup>autonomie et indépendance<sup>4</sup>patrimoine sociale<sup>4</sup>les dettes de la société seront donc étendues sur les dettes de la sociétés !

, On exige ainsi aux dirigeants et actionnaires de bien « marquer » la distinction du patrimoine (abus de biens sociaux...)

, Permet de faciliter le fonctionnement de l'entreprise<sup>4</sup>l'entreprise n'est pas aussi dépendante de l'entrepreneur.

, C'est un être juridique qui nait « capable »

, Possibilité de la transmettre...

- **Avantage fiscaux et sociaux**

**La société est une structure idéal pour limiter les risques** (si personnalité morale, et forme sociale permettant la limitation de responsabilité)

On essaye de plus en plus de réduire cette différence fondamentale entre l'entreprise individuelle et la société. On essaye notamment de réduire la responsabilité de l'entrepreneur individuelle <sup>4</sup> loi permettant aux entrepreneurs individuelles de les protéger (ex : loi qui empêche de se désintéresser sur l'appartement de l'entrepreneur)

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

**On tente de créer l'entreprise individuelle à responsabilité limité (EIRL), qui mettrait en place une distinction entre patrimoine privée et professionnel.**

De plus est, la création des sociétés à permis la création d'un marché du manager, du marché des titres, à créer un certain anonymat de l'actionariat...

1) Quelles sont les sources du droit des sociétés ?

Quelles sont les règles qui s'appliquent à l'ensemble des sociétés françaises ?

On trouve les sources de ce droit dans le Code Civil. En effet, le code civil comprend un titre intitulé « de la société ».

## A) Le droit civil

Ce titre a été réécrit en 1978, et se compose aujourd'hui en trois chapitres :

I) Les dispositions générales applicables à toutes les sociétés (art 1832 à 1844-17 du code civil, article qui forme le droit commun des sociétés

françaises. II) Les sociétés civiles (article 1845 à 1870-1 du code civil)

o o

III)

o o o

Qu'est qu'une société civile : c'est la société qui n'est pas commerciale (se définit négativement) Une société est commerciale,

, soit à raison de son objet (activité<sup>4</sup>acte de commerce...)

, Soit en raison de sa forme (forme commerciale) Les sociétés à participation (art 1871 à 1873 du code civil)

Société en participation : société que les associés ont choisis de ne pas immatriculer au registre des commerces et des sociétés. Absence de personnalité morale si n'existe pas en tant qu'être juridique, elle est donc appréhendée à travers ses associés. En effet, le droit français lie la personnalité morale à l'inscription au RCS

## B) Le droit commercial

Le Code de Commerce comporte tout un livre consacré aux sociétés commerciales.

o Livre 2, article L210-1 à L247-10 o Ces articles disposent des sociétés :

, Société en nom collectif , Société A Responsabilité Limitée (EURL) , Société en Commandite simple ou par action , Société Anonyme , Société à Action Simplifiée.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

## C) Articulation code civil / code de commerce

Le raisonnement se fait de manière classique quand il y a une disposition générale contredit une disposition spéciale.

fl Les dispositions générales s'appliquent tant qu'ils n'existent pas de dispositions spéciales contraires.

fl En droit des sociétés, les dispositions du code civil (premier chapitre art 1832 et suivant) s'appliquent à toutes les sociétés dès lors qu'il n'en est pas autrement disposé par la loi. Cette clé de répartition est expliquée art 1834 du code civil « les dispositions du droits communs sont applicables à toutes les sociétés, si il n'en est autrement disposé par la loi, en raison de leur forme, ou de leur objet » Historiquement, on a tout d'abord légiféré les dispositions commerciales, avant d'écrire les textes du droit commun...

## II) Un code en évolution...

Ces codes subissent des révisions constantes, le droit des sociétés n'est pas une branche calme. Par exemple, en trente ans, le droit des sociétés se modifie tous les semestres.

Qu'elle est la raison de cette instabilité du droit des sociétés ?

### A) Le droit commercial

Ce droit subit l'influence du droit communautaire. Depuis 1968, des directives communautaires ont été imposées, pour que les états membres harmonisent leur droit. Aujourd'hui, une douzaine de directives touchent le droit des sociétés.

fl Cette harmonisation s'explique par la volonté d'ouvrir l'espace européen à ses membres.

fl L'harmonisation est un préalable à la libre circulation des sociétés en Europe. En effet, en 1957 on aurait pu dire tout de suite, « les sociétés peuvent circuler librement en Europe ». Cependant, certains Etats ont dit « non », car ils ont eu peur du dumping juridique. Pour résumer, après avoir adopté une dizaine de directives, ces directives ont été très difficile à être adoptées, certaines non même jamais été adoptées (directive sur la direction des SA...). La dernière directive en date concernait les OPA en Europe. Harmonisation reste donc limitée. A côté de cette harmonisation, il y a quelques règlements :

- Règlement sur la SE, qui crée cette forme communautaire de société, la Société Européenne, c'est une société hybride, elle est nationale et européenne, elle est donc soumise au règlement du pays, et au droit communautaire.

o Environ 150 SE

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

Directive : demande transposition Règlement : s'applique directement

Un phénomène nouveau se ressent depuis la fin des années 1990, on a une jurisprudence de la cour de justice de l'UE (Luxembourg), qui a bouleversé l'équilibre du droit communautaire des sociétés :

- La cour de Luxembourg a utilisé les dispositions communautaires sur la liberté d'établissement, qui sont dans le traité (disposition générale), les a appliquées aux sociétés, en disant que ce principe de libre établissement autorisait les entrepreneurs européens à implanter leurs sociétés dans le pays de leur choix.

o L'arrêt CENTROS (9 mars 1999) : Cette affaire présente un couple de Danois qui souhaite créer une société. Ils possèdent très peu d'argent et se renseignent sur la création de société au Danemark compte tenu de leur capital. Au Danemark, les apports sont assez importants.

Par conséquent, ils ont souhaités créer leur société en Grande Bretagne, car dans ce pays, les apports sont nuls. Ils souhaitaient donc immatriculer leur société en Grande Bretagne, tout en la faisant pratiquer son activité au Danemark. (libre établissement).

Il domicilia donc la société chez un de leurs amis à Londres, et arriva au près des autorités Danoises, à qui il demanda d'inscrire la société. Les autorités locales refusèrent d'immatriculer cette société, sous prétexte que cette société est frauduleuse : « vous êtes des ressortissants danois, et vous avez immatriculé votre entreprise en Angleterre pour éviter les frais »<sup>4</sup> l'acte juridique, même si il est licite, est dans le seul but d'échapper à une contrainte juridique obligatoire, de voter droit naturel.

Les époux ne se découragèrent pas et vont devant les tribunaux Danois : « demander si la cour de Luxembourg, si la décision des autorités Danoises est valable ? » La cour de Luxembourg décide que la décision des autorités Danoises était complètement contraire à la liberté d'établissement en Europe !!!!!!!!!!!!!!! C'est le principe même de la liberté d'établissement : liberté de créer une société dans le pays de votre choix, c'est l'essence du traité de Rome.

o Par conséquent, tous les ressortissants, de tous les états membres vont aller chercher le droit des sociétés qui leur paraît le plus conforme à leurs intérêts.

o Tous les droits nationaux des sociétés deviennent « concurrents »<sup>4</sup> les droits doivent devenir compétitifs<sup>4</sup> réformes

**Attention** : seul le droit des sociétés s'applique, le droit fiscal, du travail (...) est appliqué en fonction du pays où la société exerce son activité.

- On a vu au Pays-Bas, voté une loi qui s'appelait « loi sur les pseudo-sociétés étrangères » : c'est-à-dire sur les sociétés étrangères mais donc le maximum de CA se fait au Pays-Bas. Ils subissaient donc de nouvelles contraintes. Les entrepreneurs ont saisi les tribunaux, pour demander si ces lois sont conformes au

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

droit communautaire.

En 2003, la cours de Luxembourg, réexplique que ce type de loi est interdit ! • On ne peut également refuser les fusaq dans l'europe...

## B) efficacité des entreprises

**Le second facteur est l'efficacité des entreprises. En effet, on a modifié le droit des sociétés, pour qu'il contribue à la compétitivité des entreprises**

On libéralise ce droit, en supprimant des charges inutiles, tentative d'alléger le capital social. Ce droit doit être compétitif, au niveau européen et mondial !

Il est précisé que les droits des sociétés est d'autant plus simplifié, qu'il s'adresse aux petites entreprises.

## III) La notion de société en tant qu'acte juridique

La société en tant qu'acte juridique conduit à s'interroger sur les éléments distinctifs de la société. La société est un acte juridique, mais comment le reconnait on ?

### 1) Les caractères essentiels de la société

La société se reconnait à trois éléments fondamentaux :

- L'existence d'apport
- La participation des associés aux bénéfices et aux pertes
- Affectio societatis L'article 1832 du code civil est la référence absolue. C'est lui qui donne la seule définition que l'on a aujourd'hui de la société. Il dispose « **la société est le contrat par lequel des personnes sont convenues de mettre des biens ou leurs industries en communs en vue d'en partager les bénéfices.** »

#### a) L'existence d'apport

Règle générale des apports : nécessité des apports qui sont indispensable a la société. **Sans apport il n'y a pas de société et pas d'associée.** Il faut apporter quelques choses qui aient une valeur économique. **Doit être un apport réel et sérieux** (différent fictif)

EX : Un brevet périmé, ne serait pas un apport...

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

o

o

## soit des parts sociales

, Les parts sociales sont des créances

, Associé soit des actions (sociétés par actions)

, Les actions circulent d'une manière particulière, les actions sont dématérialisées

, Actionnaires. Ces parts sociales et actions vous donnent deux séries de prérogatives , Droit contre la société :

- La société vous doit quelque chose, notamment une part dans les **bénéfices distribués**
- Droit à la restitution de l'apport : si la société est liquidée, et qu'il reste un résidu après désintéressement, alors j'aurai un droit sur le « **boni de liquidation** » , Droit dans la société :
- Droit de **participé aux assemblées des associées**

o Droit de participer aux décisions collectives

- **Droit de s'informer** sur les décisions de la société , Risque :
- **L'associé accepte l'éventualité de perdre son apport**<sup>4</sup> ce sont les créanciers résiduelles (les derniers à être payé)

## ii. Les formes de l'apport

L'apporteur doit réaliser son apport :

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

### i. La rémunération de l'apport

- La rémunération des apports : l'apport est une opération spécifique, car en contrepartie de l'apport, **on ne reçoit pas de l'argent mais des droits sociaux** qui sont :
- **On souscrit** (on promet)
- **On libère** (faire l'apport)fl Vis-à-vis de la société, une fois que j'ai libéré mon apport, je ne lui dois plus rienfl **En revanche, vis-à-vis des créanciers de la société, cela dépend de la forme sociale :**

o **Forme sociale à responsabilité limitée** : on ne peut plus rien lui réclamer o **Forme sociale à responsabilité illimitée** : les créanciers sociaux peuvent demander

d'être désintéresser par les associées (actionnaires) On distingue différentes catégories d'apports, les juristes en distinguent trois :

- **Apport en numéraire**
- **Apport en nature** (bien qui n'est pas de l'argent – créances, brevet, FDC...)
- **Apport en industrie** (au sens latin « industria », c'est-à-dire le travail – c'est un apport qui correspond à l'engagement d'exercer une activité au sein de la société. Un travail, en tant qu'actionnaire et non de salarié, on n'est pas subordonné !!!!) Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

o **L'apport en industrie ne fait pas partie du capital sociale, par conséquent, il n'est pas autorisé dans toutes les formes de sociétés, il est notamment interdit dans les sociétés anonymes, car il ne constitue pas par nature une garantie des créanciers sociaux.** Alors que dans le schéma classique, l'apport constitue une garantie pour les créanciers

On a récemment autorisé les apports en industries dans les SAS (SARL...) o **Les parts d'industries sont incessibles**, en effet, ces parts sont remis à titre

personnelles. o L'apporteur en industrie est tenu d'une obligation de non-concurrence.

### b) **La participation des associés aux bénéfices et aux pertes**

Chaque associé participe aux bénéfices et aux pertes. Ce critère signifie deux choses :

- **La recherche du profit est une finalité imposée à la société** o On ne constitue une société que pour recherche le profit. o Depuis 1978, on a rajouté qu'on peut rechercher une « économie »

- **Chaque associé à vocation à participer aux résultats de la société.** o La répartition des résultats dépend de la volonté des associées. o On n'impose pas une répartition strictement égalitaire o Les associées décident eux même du mode de répartition des bénéfices. o La seule limite est d'exclure un associé, ou de lui donner intégralement les

bénéfices ou échappent à toutes les pertes (clause léonine) o Si rien n'est prévu, la loi prévoit une règle supplétive : la répartition à hauteur des

participations au capital de chaque associées.

### c) **Affectio societatis**

C'est un élément original :

- Il n'est pas inscrit dans la loi.
- Élément d'ordre psychologique
- Pourtant la cour de cassation considère que c'est un élément essentiel. **La cours de cassation désigne cet affectio societatis comme un désir de collaboration volontaire, active, intéressé et égalitaire.** On est ensemble, on a le même objectif, la même volonté, et on se traite de manière égalitaire<sup>4</sup> personne n'est subordonné à un autre. Dans l'affectio societatis comprend l'idée de consentir à prendre des risques dans la société. Droit<sup>4</sup>Volonté d'utilisé le droit<sup>4</sup>exercice du droit Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

#### IV) La qualification

A priori, la distinction entre la société et les autres contrats ne posent pas de problème. Mais en réalité, les choses ne sont pas aussi simples, et il peut exister des doutes sur la nature juridique des actes, de l'acte que l'on est en train de faire.

Des doutes peuvent exister dans trois grandes séries d'hypothèses :

- **On peut cacher, sous l'apparence d'une société, un autre acte.**
- Il y a des **sociétés qui se forment sans aucune formalité**

o Ex : Sociétés en participations, sociétés créées de fait...

o Il suffit d'un accord juridique qui remplit les conditions susmentionnées. • Alors que **les personnes pensent faire tel contrat (prêt..) on ne peut exclure que ce**

**contrat est une société.** Est-ce que quand des personnes écrivent un contrat, et le qualifie, peut-on remettre en cause

cette qualification, ou doit on l'accepter ?

Le droit ne peut pas totalement faire confiance à la qualification donnée par les parties. Dès lors que ce présente des règles impératives, il faut qu'il y a la possibilité de remettre en cause cette qualification.

fl **Ca sera au juge, de requalifier ou qualifié un acte.** fl Le juge pour ce faire, vérifie les trois critères susmentionnés.

- **Différence contrat de prêt/contrat de société :** o Il y a bien apport, mais le prêteur ne reçoit pas de parts.

Il n'a pas d'affectio societatis, il ne souhaite pas s'investir à l'entreprise. Il ne veut pas participer aux pertes, il prend même des garanties contre les pertes.

- **Différence contrat de travail/contrat de société** Dans le contrat de travail, on est salarié de l'entreprise (sur de recevoir un

salaire), la personne est donc subordonnée. o Ne serait-ce un apport en industrie ? o Certains salariés acceptent de suspendre leurs salaires en cas de difficulté de

l'entreprise.

**Quelle est l'enjeu juridique de la requalification ?**

**L'enjeu est de déterminer les règles applicables** : la qualification n'est jamais qu'un moyen de déterminer un régime juridique.

La loi a mis en place un régime par défaut. Par définition, les parties n'ont pas choisies la forme. C'est le régime de la société créée de fait.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS

Université Paris 1 – Panthéon la Sorbonne

V) La société créée de fait.

**C'est une société qui résulte du comportement des associés, ces derniers, sans avoir conscience du fait d'être en société, se comporte en fait comme des associés.**

fl On a donc bâti un régime juridique des sociétés créée de fait. **L'idée du législateur à été de le renvoyer à la société en participation.** (article 1871 du code civil)

**A) Conséquences légales**

- La société peut être **prouvée par tous moyens**
- **La dissolution de la société peut résulter d'une notification adressée par un associé aux autres associés.**
- La société **n'a pas la personnalité morale.** **B) Rapport entre associés :**
- Ces rapports sont soumis aux règles des sociétés civiles lorsque la société à un caractère civil
- Ces rapports sont soumis aux règles des SNC lorsque la société à un caractère commerciale. **C) Rapport avec tiers (dont créanciers)**
- L'article 1872-1 du code civil dispose « les participants qui agissent en qualité

d'associés, au vu et au su des tiers, sont tenus des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas »

- Les associées qui se comportent ostensiblement comme tel vis-à-vis des créanciers sociaux, sont tenues indéfiniment des dettes de la société et même solidairement si elle est commerciale
- Les créanciers sociaux, ont tout intérêt à essayer de démontrer qu'il existe entre le débiteur et quelqu'un d'autres, une sociétés de fait (tenu indéfiniment voir solidairement..)

o Le cas typique est la situation de couple : un couple qui divorce<sup>4</sup>le mari est commerçant, il a un FDC, est marié, et son épouse participe à la gestion du fond. 15 ans plus tard, il divorce. L'épouse va donc tenter de démontrer qu'elle était son associée. <sup>4</sup> liquidation et droit sur le boni de liquidation.

Cours de Droit des affaires de monsieur le Professeur A. PIETRANCOSTA - 2010 Rédigé par monsieur Dorian POTTIER-LEUREGANS