

Pratiques anticoncurrentielles : ce qui attend les entreprises

le 08 juin 2017 - Anne MOREAUX - Droit - Actualité du droit



Le Medef et le Cercle Montesquieu ont organisé récemment une conférence sur la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles. L'objectif de la matinée était de donner aux entreprises la marche à suivre pour appliquer les nouveaux textes relatifs aux actions en dédommagement du fait de pratiques anticoncurrentielles, issus de la transposition de la directive européenne « Dommages ».

La directive 2014/104/UE, dite « Dommages », relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne vient d'être transposée en droit français.

Elle a pour objectifs principaux d'obtenir plus facilement réparation, de développer les contentieux et d'harmoniser les actions indemnitaires en Europe.

Pour les entreprises, les conséquences de cette transposition vont être multiples.

C'est un sujet très intéressant selon Nicolas Guérin, président du Cercle Montesquieu et directeur juridique du Groupe Orange, qui explique en introduction qu'il réunit ses 3 passions : « réunir les juristes, les personnes du Medef impliquées au quotidien dans la défense du droit, et le droit de la concurrence que je pratique quotidiennement depuis plus de 20 ans ».

Un contentieux important

Le groupe Orange se voit réclamer 10 milliards d'euros de dommages et intérêts (DI) par an, dont 50 % pour pratiques anticoncurrentielles et 45 % en propriété intellectuelle. Il s'agit donc d'actions courantes, qui plus est sur des montants extrêmement importants et « déraisonnables », explique Nicolas Guérin.

Des demandes « qui vont jusqu'à 10 à 15 fois le montant de la sanction pécuniaire prononcée, alors que vous savez bien qu'Orange a subi des amendes faramineuses », s'exclame-t-il en riant jaune.

En effet, le tribunal de commerce a tendance à ne condamner qu'à hauteur de 20 % de la demande de réparation. « On est en train de créer un marché de la demande de DI », déplore Nicolas Guérin qui dénonce, avec d'autres panélistes, le phénomène de mercantilisation de ce contentieux.

« *L'entreprise souffre de schizophrénie en matière de droit de la concurrence* » car elle craint la peine mais espère la réparation de son dommage, souligne la professeure Muriel Chagny.

Des intervenants saluent les efforts réalisés en la matière par l'Autorité de la concurrence. « *Le travail fait par Bruno Lasserre a fait changer les mentalités depuis 15 ans* », souligne Franck Gentin, président honoraire du tribunal de commerce de Paris, président de Paris Place de Droit, qui défend pourtant l'action privée « *car l'action publique ne suffit pas* ».

Un cadre juridique « incohérent »

Muriel Chagny, professeure des Universités en droit privé et rapporteur général de l'Association française d'étude de la concurrence, a brossé le portrait des deux textes récents qui ont modifié la réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. Une réforme complexe et incohérente.



L'ordonnance du 9 mars 2017 « relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », insérée dans le livre IV du code de commerce, et le décret qui va avec, publié le même jour, bouleversent les règles de procédure applicables aux actions indemnitaires du fait d'entrave au droit de la concurrence.

« *Ce passage de rien à tout, ou presque tout, ne s'est pas fait à marche forcée* », explique la professeure. Le législateur a suivi le mouvement impulsé par l'Union européenne, notamment avec sa directive du 26 novembre 2014 qui poursuit un « *but de meilleure indemnisation des entreprises victimes* ».

Avec ces nouveaux textes, l'obtention de dommages-intérêts est facilitée et la solidarité entre coauteurs affirmée (sauf exception pour les PME). Toutefois, la situation des victimes est « *en net recul par rapport à la jurisprudence française* », notamment sur l'accès aux preuves et aux pièces du dossier.

Muriel Chagny espère ainsi une application plus souple des conditions requises de la part des juges afin de ne pas décourager les demandeurs.

Pire encore, la professeure estime que cette réforme s'intègre mal avec le reste de notre droit. « *En tant que spécialiste de droit de la concurrence, la réparation est en danger à cause de l'incohérence avec les autres systèmes juridiques* ». Par exemple, la cohérence du droit français est mise à mal avec la cohabitation d'une présomption simple pour les cartels et d'une présomption irréfragable pour la concurrence déloyale.

Par ailleurs, la professeure soulève une incohérence tenant au retour du juge administratif en droit de la concurrence alors que le législateur souhaite que seul le juge judiciaire soit compétent en la matière.

La première table ronde, avec Nicolas Guérin, Frank Gentin et Heiko Willems, directeur juridique du Bundesverband der Deutschen Industrie, a proposé un angle de vue de droit comparé.

Heiko Willems a ainsi exposé la transposition de la directive en Allemagne et débattu de ses enjeux pour les entreprises au sein de l'Union.

Le juriste allemand souhaite sauvegarder l'équilibre « *partiellement réussi* » entre les droits des demandeurs et des défendeurs. Il soulève toutefois deux aspects inquiétants de la réforme : l'élargissement de la notion d'entreprise pour les amendes et la possibilité d'obtenir des preuves avant la procédure juridique.

Nicolas Guérin craint d'ailleurs que l'on entre dans des « *débats inanis entre les meilleurs experts économiques* » et qu'il y ait trop de dédommagements de pertes de chance et de brèches au secret des affaires.

A ce propos, Frank Gentin estime que la confidentialité des données d'affaires et la compatibilité entre les pays sont les deux grands enjeux de la question. Ce promoteur ardent de la conciliation et de la médiation pour conserver le secret des affaires explique que « *le sujet n'est pas franco-français* » en citant l'exemple d'une reprise d'entreprise par Eurotunnel.

Sur la solidarité entre sociétés mères et filiales, les intervenants ont soulevé un risque de forum shopping inversé. « *Il faut faire converger nos droits à l'échelle du continent* », explique Frank Gentin. « *Orange a fait condamner Deutsh Telecom à 38 millions d'euros pour une faute de sa filiale en Slovaquie* », illustre Nicolas Guérin, en clin d'œil à son voisin.

Sur les précautions à prendre en interne, Nicolas Guérin promeut la prévention et la formation. « *Le mot compliance est galvaudé* », explique-t-il. Selon lui, il suffit d'atteindre le plus vite possible tous les niveaux de l'entreprise en proposant des formations pratiques et ludiques de type *serious game*, vidéo, boîte à claques, simulations de descente de police, etc.

Quid des poursuites individuelles ?

Frank Gentin et Nicolas Guérin sont pour l'application de poursuites individuelles en cas de pratiques anticoncurrentielles, et l'instauration de lourdes peines pour l'exemple.

Même si notre arsenal législatif le permet, il n'en demeure pas moins que ces poursuites sont quasi inexistantes, ce qui laisse les fautifs en toute impunité.

De fait, Nicolas Guérin n'a recensé que deux décisions françaises prononçant une amende contre le chef d'entreprise ayant participé à un cartel, alors que les actions individuelles sont légion aux Etats-Unis.

« *Aujourd'hui, on n'a pas les moyens en tant que directeurs juridiques de licencier les auteurs des pratiques anticoncurrentielles* », déplore-t-il, « *car cela n'intéresse personne* ».

Il est beaucoup plus efficace de poursuivre la personne morale, qui peut s'acquitter d'amendes colossales.

Preuve et évaluation des préjudices complexes

Cette transposition introduit une conception large du préjudice réparable, qui va de la perte subie, à la minoration du prix, au gain manqué, en passant par la perte de chance et le préjudice moral.

Cependant, rapporter la preuve du préjudice et l'évaluer pragmatiquement restent deux étapes très difficiles à mettre en œuvre, surtout quand la pratique anti-concurrentielle remonte à des années.

Le retour d'expérience de Patrick Richard, directeur juridique de Vinci, le confirme. Un des premiers secteurs touchés, le BTP a subi de nombreuses actions pénales et publiques ayant abouti à des actions civiles pour réparation, « *souvent examinées 20 ans après les faits, plaçant les défendeurs dans une position impossible car les preuves sont introuvables* ».



Patrick Richard (Vinci), Joëlle Simon (Medef), Stanislas Martin (Autorité de la concurrence), Irène Luc (Cour d'appel de Paris) et Me Jacques-Philippe Gunther (Willkie Farr & Gallagher LLP).

Toutefois, « *des progrès notables ont été effectués sur la formation des magistrats* », explique Irène Luc, conseillère de la Cour d'appel de Paris. La chambre qu'elle préside statue en particulier sur les DI pour pratiques anticoncurrentielles.

Les magistrats ont ainsi de nouveaux outils pour juger : des avis de l'Autorité de la concurrence -même si « *cela hérissé un peu les juges* » - et des juridictions communautaires, ainsi que des formations à l'ENM.

Stanislas Martin, rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, diffuse les bonnes pratiques et communique beaucoup avec les entreprises et les magistrats afin de créer de la softlaw.

Joëlle Simon, directrice Droit de l'entreprise du Medef, qui n'est pas véritablement partisane de cette directive européenne « *pleine de défauts* », dénonce l'affaiblissement du lien de causalité qu'elle engendre. Il s'agit d'un « *arbitrage politique en faveur des*

demandeurs », selon elle.

En outre, elle craint que la possibilité de demander au juge la communication d'une « catégorie de pièces » de son concurrent, « *notion peu claire* », dérive vers une procédure de discovery à l'américaine.

La circulaire du 23 mars est assez claire sur ce point pour Stanislas Martin, car elle renvoi vers une jurisprudence de la Cour de cassation datant de 1979 sur le contrôle des pièces du dossier. La juge n'est pas inquiète car elle établit déjà ce type de contrôle de proportionnalité et se réfère à des catégories, comme pour l'utilisation de l'article 145 du code de procédure civile. « *Nous avons déjà une pratique judiciaire habituée à vérifier que le principe de proportionnalité est respecté* », souligne-t-elle en rappelant que les magistrats ont la possibilité de confidentialiser certaines pièces après y avoir eu accès.

Vers une mercantilisation du contentieux

Frank Gentin explique que dans une situation très inégale, le plus faible a tout intérêt à trouver une solution transactionnelle rapide.

Il défend ainsi une certaine mercantilisation des actions de groupe et de transactions économiques financées par des sociétés privées qui peuvent aider les parties faibles qui n'ont ni le temps ni les moyens de se lancer dans un long contentieux.

« *L'avantage de la justice française est qu'elle est gratuite, le revers de la médaille est qu'elle statue dans des délais extrêmement longs, surtout en droit de la concurrence* », souligne la magistrate Irène Luc.

Heiko Willems dénonce quant à lui les pratiques de Volkswagen sur les actions en dédommagement avec des opérations de démarchage auprès du public pour la cession de leurs droits d'action.



Affiches Parisiennes

Journal d'annonces légales et d'information juridique

- › Pour plus de contenu, papier + web
- › l'accès aux annonces légales,
- › l'accès aux ventes aux enchères.



› Abonnez-vous ‹