

Colloque MEDEF – Cercle Montesquieu

Réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles : ce qui attend les entreprises



10 mai 2017

Le 9 mars dernier entré en vigueur l'ordonnance relative aux actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles. Elle transpose une directive du 26 novembre 2014 du Parlement européen et du Conseil, dont l'objet est d'harmoniser, entre tous les États membres de l'Union européenne, le cadre juridique. À l'occasion de ce colloque, Frank Gentin, ancien président du tribunal de commerce de Paris et Nicolas Guérin, président du Cercle Montesquieu, ont débattu de cette nouvelle mesure.

La prohibition des pratiques qui ont pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence est prévue aussi bien en droit de l'Union européenne (articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union) qu'en droit national (articles L. 420-1 à L. 420-5 du Code de commerce). Constatant cependant que les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles demeuraient peu fréquentes en Europe, alors qu'elles permettent non seulement aux victimes d'obtenir réparation de leurs préjudices, mais aussi de sanctionner efficacement les entreprises coupables des pratiques, la directive du 26 novembre 2014 harmonise entre tous les États membres de l'Union européenne le cadre juridique de ces actions. C'est dans ce contexte que l'ordonnance met le droit français en conformité avec le droit de l'Union européenne, en ce qui concerne les règles de niveau législatif contenues dans le Code de commerce. Le principal apport de l'ordonnance concerne l'aménagement des règles de preuve. Elle crée, au bénéfice des victimes, des présomptions qui facilitent la preuve non seulement du fait générateur de la responsabilité du défendeur à l'action en dommages et intérêts, mais aussi du préjudice. Elle adapte également les règles applicables aux échanges de pièces comportant des informations sensibles. Les dispositions nouvelles permettent donc d'instaurer un équilibre entre, d'une part, le droit d'accès des victimes aux éléments de preuve nécessaires à la reconnaissance de leurs droits et, d'autre part, le droit des entreprises de préserver leurs secrets d'affaires. L'ordonnance comporte, enfin, des mesures destinées à favoriser les règlements consensuels des litiges entre



Nicolas Guérin

une victime et l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle.

UNE RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE ET NON PLUS IN SOLIDUM

L'article 2 de la directive définit l'auteur de l'infraction comme « l'entreprise ou l'association d'entreprises ayant commis une infraction en droit de la concurrence ». La question qui se pose pour les personnes physiques représentantes de l'entreprise, c'est la responsabilité pénale du dirigeant. À ce sujet, pour Nicolas Guérin, il y a en réalité « très peu de poursuites individuelles en France. Je n'ai trouvé que deux cas en dix ans ». « En 2009, aux États-Unis, il y a eu 25 000 jours de prison ferme prononcés à l'encontre de dirigeants et de cadres d'entreprise. Au total, entre 2000 et 2009, les autorités

antitrusts ont imposé de 127 708 jours de prison ferme (348 ans) à des cadres d'entreprise ayant participé à des cartels. Nous, directeurs juridiques, n'avons pas aujourd'hui les moyens de virer et de poursuivre des personnes physiques qui, dans les entreprises, sont auteurs. C'est la personne morale qui est visée. Ce n'est pas le dirigeant qu'il faut viser, mais l'auteur. On aimerait pouvoir les poursuivre et faire des exemples. Parce que comment, quand il y a ce sentiment d'impunité, aller diffuser la culture concurrentielle ? Alors 348 ans, c'est excessif, mais entre ça et 12 mois en France en 10 ans, il y a une grande marge de manœuvre », souligne-t-il.

Une autre nouveauté est inscrite à l'article 11 de la directive et consacre le principe d'une responsabilité solidaire et non *in solidum*, en vertu duquel chacune des entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence est tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité. Ainsi, la victime a le droit d'exiger de chacune d'elles la réparation intégrale. Ce point du texte dérange Nicolas Guérin qui y voit « un risque de forum shopping ("course aux tribunaux") inversé parce qu'on peut être tenté d'aller chercher la solvabilité de la société mère ». En effet, le responsable est désigné selon une logique propre au droit de la concurrence qui impute les agissements fautifs aux entreprises, c'est-à-dire aux entités qui exercent une activité économique, quel que soit leur statut juridique. Concrètement, dans ce système, une société mère va être condamnée par l'autorité du fait de son appartenance à la même entreprise que sa filiale auteur de la pratique prohibée et donc, répondra solidairement avec sa filiale de la dette de réparation.

Il y a cependant deux exceptions à ce principe : la première relative aux PME, la seconde aux bénéficiaires de la mesure de clémence. Une dérogation incompréhensible pour Frank Gentin : « Je ne comprends pas cette dérogation, son fondement théorique, intellectuel. Les motivations sont inexplicables ». « Je pense qu'elle répond à une réalité qui est que les grands groupes sont outillés. Chez Orange, j'ai 20 juristes Concurrence dans mes équipes, j'ai des programmes de compliance. Quand vous êtes patron de PME, le droit de la concurrence n'est pas votre priorité au quotidien et il vous faut un petit peu de temps pour que cela le devienne. Énormément de textes, aujourd'hui, tombent sur le dos des PME en leur imposant des obligations comparables à celles des grandes entreprises. L'idée était juste de se dire de prendre un petit peu de temps dans ce domaine-là. Surtout, qu'une amende représente moins de risques pour une grande entreprise », estime Nicolas Guérin.

« CETTE RÉFORME EST UTILE »

Le champ d'application des textes vise les actions en réparation relatives aux ententes, abus de position économiques, accords de droit exclusif. L'article L. 481-3 du Code de commerce comporte une liste non exhaustive des préjudices dont le titulaire de l'action en dommages et intérêts peut demander réparation. Pour Nicolas Guérin, il existe donc bel et bien un risque « d'inventivité pour étendre les champs de réparation et les demandes ». « L'objectif, c'est l'efficacité. Le problème, c'est que plus on va étendre ce champ, plus on va se retrouver avec des débats compliqués devant les chambres et les tribunaux de commerce, et plus il va falloir faire appel à des experts financiers et économiques avec des entreprises qui ont les moyens de les payer, de les mettre en face des juges, alors que les juges n'ont pas forcément les moyens d'avoir le même niveau d'expertise. De plus, plus vous entrez dans le détail, plus vous devez vous intéresser à la stratégie et donc, vous devez entrer dans des domaines qui relèvent du secret des affaires », ajoute-t-il. Frank Gentin confirme l'importance du sujet de la confidentialité : « Lorsque j'étais au TC, je défendais des solutions négociées comme la conciliation. Il m'arrive, aujourd'hui, d'être consulté sur des médiations, notamment sur le problème des informations qui doivent être révélées pour régler un sujet. Dans le cadre d'une procédure négociée, la confidentialité est plus aisée à gérer ».



Frank Gentin

Même si « les objectifs sont louables », selon Nicolas Guérin « le débat se situe sur l'efficacité de ces outils mis à disposition des acteurs ». « Chez Orange, on constate que le tribunal de commerce a tendance à accorder pas plus de 20 % du montant de la réclamation. Le droit permet ces actions, qui existent. On verra, dans les années à venir, l'impact réel de cette réforme. Mais ce que je crains surtout, c'est que cela pousse à une forme de mercantilisation ». Le président du cercle Montesquieu poursuit : « Il y a des gens qui, comme les délais de procédure sont assez longs, 10-12 ans après une condamnation, viennent dire

qu'ils ont été empêchés d'entrer dans un marché et viennent demander des montants faramineux. Cela fait partie de ce phénomène de mercantilisation. Nous sommes en train de créer un marché de la demande de dommages et intérêts. J'ai un exemple chez Orange : quelqu'un qui s'est déclaré empêché de rentrer sur le marché d'internet dans les années 2000 et a réussi à obtenir 7 millions d'euros de notre part sur la base de démarches qu'il avait engagées auprès de banques pour financer une activité. C'est un peu étrange pour nous de subir ça à l'heure actuelle, alors que le marché français est l'un des plus concurrentiels d'Europe ».

« La situation des télécoms n'est pas représentative, car il s'agissait d'un monopole, il n'y a pas si longtemps », nuance Frank Gentin. L'ancien président du tribunal de commerce de Paris juge cette réforme « utile ». Il s'explique : « Lorsque j'étais au TC de Paris, il me semblait que l'idée que le juge judiciaire était le juge naturel de la réparation des dommages n'était pas encore totalement acquise. Le travail effectué depuis 15 ans par l'autorité de la concurrence a fait changer nos mentalités dans les entreprises françaises. Il est maintenant acquis qu'il y a un certain nombre de règles à respecter. Je suis un ardent défenseur de l'action privé parce que je pense que l'action publique ne suffit pas à régler les problèmes d'ordre plus économique ».

Victor Bretonnier
2017-2908



Frank Gentin, Heiko Willems, Nicolas Guérin et Marie-Astrid d'Evry