

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

RELATIONS ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTIONS PRIVÉES

-- Par Madame Irène Luc --

15 juin 2015

Ce document par Madame Irène Luc [Conseiller à la Cour d'appel de Paris, France] est soumis au titre du point III de la 121ème réunion du Groupe de travail n° 3 de l'OCDE tenue le 15 juin 2015.

Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur <http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter Mme Naoko Teranishi
[Téléphone: +33 1 45 24 83 52 -- Courriel: naoko.teranishi@oecd.org].

JT03378611

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



RELATIONS ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTIONS PRIVÉES

*Par Madame Irène Luc**

1. Aperçu général

1. Avant de présenter les attributions spéciales de la cour d'appel de Paris, il faut préciser l'architecture de l'application du droit de la concurrence en France.

2. L'Autorité de la concurrence est la seule autorité administrative chargée de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles par des amendes pécuniaires.

3. L'application du droit de la concurrence est dévolue à des tribunaux de commerce spécialisés, en vertu du décret du 30 décembre 2005 qui fixe, en application de l'article L.420-7 du code de commerce, la liste et le ressort de ces juridictions spécialisées.

4. Ces tribunaux de commerce spécialisés ont une compétence concurrente de celle de l'Autorité, pour déclarer que des pratiques sont anticoncurrentielles et enjoindre leur cessation. Mais les tribunaux de commerce ne peuvent prononcer de sanctions pécuniaires. Ils peuvent en revanche annuler les clauses de contrats qui seraient anticoncurrentielles et allouer des dommages-intérêts ou des provisions à valoir sur ceux-ci. Signalons aussi les procédures de référé qui permettent au juge de statuer en urgence sur les pratiques anticoncurrentielles et enjoindre leur cessation.

5. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent donc, au choix, soit saisir l'Autorité de la concurrence afin qu'elle constate et sanctionne la pratique anticoncurrentielle, puis saisir les tribunaux de commerce en réparation (actions dites de « follow on »), soit porter directement leur demande devant les tribunaux de commerce, afin que ceux-ci constatent les pratiques anticoncurrentielles et les indemnisent (actions dites « stand alone »).

6. La Cour d'appel de Paris est la juridiction d'appel spécialisée aussi bien pour l'action publique que pour les actions privées en droit de la concurrence.

7. Elle centralise les appels dirigés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence française, mais également les appels dirigés contre les jugements des huit tribunaux de commerce spécialisés en France (article R.420-5 du code de commerce) qui peuvent qualifier des pratiques en droit de la concurrence et accorder directement des dommages-intérêts ou à la suite d'une décision de l'Autorité.

8. C'est une chambre spécialisée au sein de la cour qui traite des appels contre les décisions de l'Autorité (chambre 5-7) et une autre chambre qui traite du contentieux « stand alone » ou les actions en dommages-intérêts en « follow on » (chambre 5-4).

* Cette note a été écrite par Madame Irène Luc, Conseiller à la Cour d'appel de Paris, Chambre 5-4.

Cette note ne reflète que l'opinion de son auteur et non celle de l'institution à laquelle il appartient.

2. Les outils pour promouvoir les actions privées

2.1 Les principes généraux de la réparation

9. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent donc demander des dommages-intérêts devant les tribunaux de commerce spécialisés, soit directement, soit après une décision de l'Autorité de concurrence.

10. Les règles applicables aux actions réparatrices sont les règles générales de la responsabilité civile. Les victimes agissent sur le fondement de l'article 1382 du code civil, en vertu duquel "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*". Une infraction au droit de la concurrence constitue une faute qui doit être réparée, à condition que soient aussi démontrés le préjudice en découlant et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

11. Le principe de la réparation intégrale du dommage impose au juge : « (...) *de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de remplacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* » (Cass. civ. 2, 28 oct. 1954, JCP 1955, II, 8765, et, en matière contractuelle : cass. civ. 3, 6 mai 1998, B. III, n° 91).

12. La valeur du dommage est fixé au jour où le juge statue.

13. Il s'agit de réparer tout le préjudice, mais seulement le préjudice. Tout dommage-intérêt punitif est exclu en droit français.

2.2 Qui peut agir ?

14. Les victimes directes ou indirectes des pratiques anticoncurrentielles peuvent agir.

15. Depuis l'entrée en vigueur de la loi Hamon¹, existe, en droit français, une action de groupe prévue aux articles L. 423-1 et ss du code de la consommation², qui permet aux associations de défense des consommateurs d'agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement au droit de la consommation ou des pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

16. Ces actions de groupe sont toujours, en droit de la concurrence, des actions de suivi (« follow on ». Les consommateurs victimes doivent, pour introduire leur action, disposer d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel en cause par les autorités de concurrence ou les juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements. Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L.423-3 du code de la consommation.

¹ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014.

² Voir circulaire du ministère de la justice du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation.

17. Signalons que les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles ne peuvent agir sur ce fondement, seuls les consommateurs le pouvant. Par ailleurs les tribunaux de grande instance du ressort du domicile du défendeur sont compétents pour en connaître, à l'exclusion des tribunaux de commerce spécialisés. Enfin, l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.

18. Cinq actions de groupe ont déjà été ouvertes depuis l'entrée en vigueur de la loi, en octobre 2014. Il s'agit essentiellement de pratiques commerciales trompeuses (12 mai 2015, Familles rurales/SFR) ou d'autres litiges de consommation (UFC/ Foncia). Aucune action fondée sur le droit de la concurrence n'a à ce jour été formée³.

2.3 Principales caractéristiques des actions privées

19. Il n'y a pas de règles procédurales spécifiques pour les actions en réparation en droit de la concurrence. La charge de la preuve repose sur le plaignant. Les standards de preuve sont ceux de procédure civile. Il faut démontrer une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux.

20. Toutefois, la cour d'appel de Paris a estimé qu'un préjudice s'inférait nécessairement d'une pratique anticoncurrentielle, comme d'une pratique de concurrence déloyale, ce qui facilite la charge de la preuve de la victime, qui doit cependant quantifier son préjudice⁴.

21. Le juge a obligation de calculer le préjudice et de réparer son intégralité.

22. Une jurisprudence de la Cour de cassation est venue dire qu'il appartenait à l'entreprise, victime d'une entente, de démontrer qu'elle n'avait pas répercuté ses surcoûts sur ses clients finals⁵.

23. La transposition en droit français de la directive communautaire 2014/104/UE relative aux actions en dommages-intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles imposera plusieurs réformes. Celle-ci prévoit qu'un dommage est présumé en cas de cartel. Elle prévoit aussi que c'est à l'entreprise coupable d'entente de démontrer que la victime a répercuté ses surcoûts sur les consommateurs et enfin prévoit une présomption allégée pour les acheteurs indirects.

3. L'équilibre entre l'action publique et les actions privées

3.1 Conciliation entre instruction d'une affaire et accès aux pièces

24. Il peut se produire des difficultés quand une partie entend utiliser les pièces du dossier de l'Autorité.

25. Quand l'affaire a été soumise à l'Autorité, les parties devant l'Autorité, à savoir le plaignant et le mis en cause, ont naturellement accès au dossier. Selon les dispositions de l'article 138 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence, tiers à la procédure, de communiquer des pièces si les parties les détiennent d'ores et déjà. Celles-ci peuvent utiliser les pièces du

³ À la connaissance de l'auteur.

⁴ CA Paris, 26 juin 2013, 12/04441.

⁵ Cass.com., 15 juin 2010, 09/15816.

dossier couvertes par le secret de l'article L.463-6 du code de commerce, dès lors qu'il s'agit pour elles de défendre leurs intérêts⁶.

26. Dans un arrêt du 19 janvier 2010 (Semavem, 08-19761), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet jugé que « le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence, que si cette divulgation, incriminée par l'article L.463-6 du code de commerce est nécessaire à l'exercice de ces droits ».

3.2 Accès aux pièces de l'Autorité

27. Si comme dans bien des cas, la preuve est détenue par l'autre partie ou par un tiers, le juge peut le contraindre à produire les pièces, par voie d'injonction.

28. La procédure orale des tribunaux de commerce est relativement souple. L'article 446-3 du code de procédure civile prévoit, en effet : « *Le juge peut inviter, à tout moment, les parties à fournir les explications de fait et de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer, faute de quoi il peut passer outre et statuer en tirant toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus* ». Il peut donc enjoindre la production d'un document non sollicité par les parties.

29. Le juge du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel ne dispose pas de la même souplesse procédurale. En effet, en vertu de l'article 11 du code de procédure civile, toute production forcée d'une pièce suppose une demande de la part de l'une des parties, le juge ne pouvant demander d'office de nouvelles pièces. On considère qu'il s'agirait d'une immixtion excessive dans le procès.

30. La procédure française s'éloigne ainsi des procédures allemandes où le juge peut compléter son dossier en demandant les pièces qu'il souhaite et ordonner d'office, non seulement la production forcée de pièces détenues par une partie, mais également de celles détenues par un tiers. Mais la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation a admis dans un arrêt du 12 octobre 2006 (n°05-12. 835), que le juge puisse adresser une « *invitation* » à une partie de produire une pièce. De plus, le juge peut demander aux parties de s'expliquer sur les faits, ce qui peut lui permettre de demander des précisions sur les demandes et de les reformuler (article 8 du code de procédure civile). Il s'agit cependant d'une faculté laissée à son pouvoir discrétionnaire (Civ II, 12 octobre 2006, 05-12835).

31. Mais il n'existe pas de procédure de discovery ou de disclosure en droit français qui obligerait les parties à révéler toutes les pièces intéressant une affaire donnée, les pièces sollicitées doivent être énumérées par les parties.

32. Par ailleurs, la production forcée ne peut être ordonnée que si la demande est suffisamment précise, ce qui suppose une énumération détaillée des pièces demandées, et si la demande est nécessaire à la résolution du litige et émane d'un plaideur qui ne détient pas les documents en cause.

33. Enfin, celui qui détient les pièces dont la production forcée est demandée peut faire valoir un empêchement légitime à communiquer les pièces (secret des affaires, secret des correspondances).

⁶ Cass. Com., 19 janvier 2010, Semavem, 08-19761

34. Au cas où les détenteurs de la pièce n'obtempèreraient pas à l'injonction du juge, ils peuvent être condamnés au paiement d'astreinte. En toute hypothèse, la non production de la pièce permet au juge d'en tirer toutes conséquences de droit.

35. Le juge peut également faire injonction aux autorités administratives de produire les pièces de leurs dossiers. Les pièces recueillies par l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne ou la DGCCRF peuvent en effet être d'une grande aide pour les plaignants, notamment pour démontrer des pratiques anticoncurrentielles et en solliciter réparation devant le juge.

36. On a vu plus haut que les parties peuvent utiliser les pièces du dossier pour l'exercice de leurs droits.

37. S'agissant des tiers à la procédure devant l'Autorité, ils n'ont pas un accès direct aux pièces de l'Autorité. Ils ne peuvent accéder aux pièces du dossier que dans les limites fixées par la loi, à savoir l'alinéa 2 de l'article L. 462-3 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction* ».

38. En vertu de cet article, le juge peut demander à l'Autorité communication de pièces de son dossier. Peut-il lui faire injonction de communiquer en cas de refus, le texte n'imposant pas formellement à l'Autorité une telle communication ? Les restrictions concernant l'accès aux pièces de clémence lui sont-elles opposables ? Sans doute, le juge doit-il faire prévaloir le principe d'accès aux preuves, quand il s'agit de permettre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles de dimension communautaire d'obtenir réparation. Le juge pourra exciper du principe d'effectivité du droit communautaire, mais à condition de mettre préalablement en balance les intérêts en présence, conformément à la jurisprudence *Pfleiderer*⁷ et *Donau*⁸, à savoir l'intérêt de l'Autorité à préserver son programme de clémence, et l'intérêt de la victime à obtenir réparation.

39. Les plaignants n'ont pas le statut de parties devant la Commission européenne et n'ont accès qu'à la version non confidentielle de la notification de griefs, et non à l'intégralité du dossier. Il est donc exclu qu'ils puissent, comme en droit national, disposer des pièces et les produire devant le juge. Ils peuvent toutefois accéder directement aux pièces, selon le règlement 1049/2001 et sous réserve des exceptions à la divulgation des informations qu'il autorise.

40. Le juge peut aussi demander à la Commission de lui communiquer des informations en sa possession, en vertu de l'article 15 alinéa 1 du règlement 1/2003. La Commission peut cependant refuser de communiquer si la juridiction ne garantit pas la protection du secret professionnel ou « *pour des raisons essentiellement liées à la nécessité de préserver les intérêts de la Communauté ou pour éviter toute interférence dans son fonctionnement et avec son indépendance, notamment de nature à compromettre l'accomplissement de sa mission* »⁹.

⁷ CJCE, 14 juin 2011, *Pfleiderer*, C-360/09

⁸ CJCE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, C-536/11

⁹ Paragraphes 25 et 26 de la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (2004/C 101/04)

41. Enfin, les procès-verbaux et rapports établis par les fonctionnaires de la DGCCRF dans le cadre des enquêtes de concurrence prévues à l'article L450-1 du code de commerce constituent des actes administratifs au sens de l'article 20 de la loi du 17 juillet 1978 et doivent être communiqué à tout intéressé (CE, 1^{er} mars 2004, 247773). Il en est de même des procès-verbaux d'enquête réalisée dans le cadre de l'article L464-9 du code de commerce. Signalons toutefois une restriction apportée par L. 465-2, VIII du code de commerce.

3.2.1 *Secret des affaires*

42. Le risque pour le demandeur (et le défendeur) de devoir dévoiler des informations stratégiques à l'occasion du procès n'est pas négligeable. Néanmoins, l'intérêt de l'autre partie peut justifier la divulgation de ces pièces. Il appartient au juge commercial, dans son pouvoir d'appréciation, de mettre ces intérêts contradictoires en balance, car le secret des affaires n'est pas absolu et ne peut en soi constituer un empêchement légitime à communiquer des pièces. De même, la Cour de Cassation a-t-elle jugé que le secret des affaires ne constituait pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile (Civ. 2^o, 8 février 2006, n°05-14.198), ni davantage le droit au respect du domicile.

43. Sur ce point, il n'existe pas de dispositions permettant de protéger le secret des affaires devant les juridictions, comme cela existe devant l'Autorité de la concurrence. Les juges doivent donc inventer des procédures ad hoc, ainsi que le fait, avec constance, le tribunal de commerce de Paris

44. Le référé probatoire de l'article 145 du code de procédure civile donne lieu à de nombreux cas d'application de cette mise en balance. Cette procédure permet d'obtenir, notamment, l'accès aux messageries professionnelles des entreprises, avant tout procès, dès lors que la mesure est nécessaire pour conserver ou rechercher des preuves, avant tout procès.

45. Il est fréquent que soit demandé à l'huissier constatant, de procéder à l'enregistrement ou à l'édition papier de messages stockés sur le fichier de messagerie professionnelle des responsables d'une entreprise, dont on souhaite démontrer les pratiques illégales.

46. De nombreux secrets des affaires ou secrets des correspondances peuvent se trouver dans les messages ainsi « saisis ». Le tribunal de commerce de Paris a mis en place une procédure bien rodée de protection du secret, qu'il conviendrait sans doute d'entériner dans la loi.

47. Le juge consulaire assortit son ordonnance d'une obligation de placer les documents «saisis» sous séquestre, jusqu'à ce qu'un juge du fond statue sur leur sort après un débat contradictoire. En effet, seule une mesure de séquestre permet au juge de s'assurer que les pièces et documents relevés ne sont pas portés à la connaissance du requérant, à qui seul le procès-verbal établi par l'huissier de justice sera remis. L'ordonnance enjoint au requérant d'assigner le défendeur dans un certain délai soit en référé soit au fond, afin d'obtenir la mainlevée des pièces séquestrées et de pouvoir les utiliser.

48. Une autre solution consiste à ordonner la mise sous séquestre des éléments constatés pendant un délai d'une quinzaine de jours, à compter du procès-verbal de constat, afin de laisser à la partie visée le temps nécessaire pour présenter une demande en rétractation de l'ordonnance, si elle considère que celle-ci met en péril ses secrets d'affaires.

4. Comment l'action publique peut-elle aider l'action privée ?

4.1 Le rôle de l'Autorité de concurrence nationale devant les juridictions nationales

49. Les juridictions sont aidées, dans l'appréciation des pratiques qui leur sont soumises, par les avis et décisions contentieuses de l'Autorité, ainsi que par les décisions de la Commission européenne ou la jurisprudence communautaire.

4.1.1 Les avis juridictionnels

50. Elles peuvent également solliciter l'avis de l'Autorité.

51. L'article L.462-3 du code de commerce prévoit que : « L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. (...) ».

52. La juridiction surseoit à statuer dans l'attente de l'avis de l'Autorité. Une fois cet avis recueilli, les parties échangent leurs observations.

53. Les questions posées par les juridictions sont variées : par exemple, la question des pratiques de ciseaux tarifaires de l'INSEE sur les fichiers de prospection de grande taille (01-A-18 du 28/12/01) ; les pratiques de vente exclusive de billets par la Fédération de tennis (03-A-01 du 10/01/03) ; le caractère prédateur des tarifs de vente du gaz (07-A-08 du 27/07/07).

54. L'avis n'est pas contraignant, mais est suivi en général, par les juridictions.

55. L'Autorité a été saisie récemment par la Cour d'appel de Paris, dans deux arrêts : du 28 septembre 2011 Carrefour et du 16 novembre 2011, Carrefour Proximité France sur la validité, au regard du droit des ententes, de clause de non-réaffiliation post-contractuelle.

56. Elle a également été saisie de l'appréciation d'une pratique de prix prédatrice de Google, dans un arrêt du 20 novembre 2013 (12/02931).

4.1.2 Amici curiae

57. L'Autorité de concurrence nationale ou la Commission européenne peuvent aussi intervenir devant les juridictions nationales comme "amici curiae".

58. Le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité qui lui a succédé, sont intervenus plusieurs fois en tant qu'*amicus curiae* pour préciser le sens d'une décision, dans l'affaire des numéros téléphoniques (décision 06-D-20), pour expliquer la procédure d'engagements dans le traitement civil de l'affaire DKT (10-D-29). On peut regretter cependant que les juridictions n'aient pas la faculté de demander ces interventions *proprio motu*.

4.2 Précision des décisions de l'Autorité

59. Les décisions de l'Autorité constatant une infraction vont servir de base à la demande de dommages-intérêts de la victime. La première étape de la preuve qui lui incombe est donc facilitée, celle de la démonstration de la faute.

60. Les décisions doivent être les plus précises possibles dans leur motivation et, surtout, permettre d'identifier les victimes.

61. Les décisions européennes de transaction et les décisions françaises de non contestation des griefs, qui constatent une infraction, sont beaucoup moins motivées. Leur utilisation est donc moins aisée pour les victimes. Signalons toutefois que les plaignants utilisent parfois les décisions de l'Autorité acceptant des engagements, pour demander des dommages-intérêts, bien que ces décisions ne se prononcent pas sur la culpabilité¹⁰.

4.3 Valeur des décisions de l'Autorité

62. A l'heure actuelle, les décisions de l'Autorité n'ont pas valeur de chose décidée qui s'impose aux juridictions. Toutefois, l'article 9 de la directive 2014/104/UE impose de leur reconnaître cette valeur de présomption irréfragable avant le délai de transposition du 27 décembre 2016, cette présomption existant déjà pour les actions de groupe (article L. 423-17 alinéa 2 du code de la consommation).

63. En vertu de cet article 9, une “ infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou par une instance de recours (devra être) considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts introduite devant leurs juridictions nationales au titre de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou du droit national de la concurrence”.

¹⁰ Tribunal de commerce, 30 mars 2015, DKT International.