

Colloque sur la réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger

Cour de cassation

17 octobre 2005

Remercier Guy CANIVET pour cette excellente initiative de relancer le débat interne sur cette question de la réparation civile des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles.

Remercier également Neelie KROES qui a placé cette question au coeur de l'agenda de la DG COMP en relançant la réflexion sur un futur livre vert.

Deux ou trois remarques introductives :

- Le double patronage de Guy Canivet et de Neelie Kroes n'a pas seulement une dimension symbolique. Il révèle finalement que notre sujet a véritablement une double face, nationale et communautaire. Tout d'abord, il y a incontestablement une montée en puissance du droit communautaire matériel des articles 81 et 82 : l'effet direct des dispositions des articles 81 et 82 est reconnu depuis longtemps mais son application a vocation à être

démultipliée avec le règlement 1/2003 qui a créé un dispositif profondément novateur d'application décentralisée. Or, cette application décentralisée du droit communautaire bénéficie aux autorités nationales de concurrence mais aussi aux juges nationaux. La priorité a été dans un premier temps, de faire vivre le réseau des autorités de concurrence –le réseau ECN – et une grande partie de notre énergie y a été légitimement dédiée ces deux dernières années. Mais il nous faut aussi mettre en mouvement le second réseau, le réseau des juridictions.

- Au plan communautaire - du côté des institutions communautaires pour être précis - l'essentiel du travail a été accompli : l'article 15 du règlement 1/2003 donne une base légale au réseau des juridictions ; la communication de la Commission sur la coopération au sein du réseau des juridictions pose les principes d'organisation du réseau ; du côté des juridictions communautaires, la Cour de justice a affirmé dans son arrêt *Courage c/ Crehan* l'obligation pour les juridictions nationales de protéger les droits subjectifs atteints par une violation de l'article 81.

- Il reste maintenant à permettre concrètement le développement des actions civiles, qui sont régies nécessairement par le droit processuel des Etats-membres. Ce développement des actions civiles est rendu indispensable par la modernisation du droit communautaire. Mais j'ajoute qu'il permettra naturellement aussi d'amplifier l'application du droit national de la concurrence.

I- Pourquoi le développement des actions civiles est-il nécessaire ?

Tout d'abord, il y a une incertitude sur notre situation de départ :

- Le rapport Ashurst, qui a servi de base aux premières réflexions de la Commission, ne dresse pas un état des lieux exhaustif ;
- En France, nous ne connaissons pas la production réelle de décisions juridictionnelles rendues sur le fondement du droit antitrust ;
- Beaucoup de litiges de responsabilité civile se règlent par des transactions et celles-ci restent généralement secrètes.

Ensuite, je ne suis pas sûr qu'il faille raisonner en termes de pondération, en termes de poids relatif entre action publique et action privée. On dit que le système américain repose à 90 % sur l'action civile et que le système européen repose à 90 % sur l'action publique. Mais ce type de présentation est un peu fallacieuse. Elle semble vouloir dire finalement que les autorités de concurrence américaines seraient inactives, ce qui n'est évidemment pas le cas. Et elle peut donner le sentiment d'un excès de régulation, d'une sur-régulation des autorités européennes de concurrence, et je ne crois pas que ce soit le cas non plus. Raisonner en termes de « parts de marché » respectives de l'action publique et de l'action civile, c'est déjà opposer les deux systèmes d'application. Or je crois profondément que ces deux systèmes sont complémentaires, se bonifient mutuellement. En vérité, je crois qu'il faut un système à deux piliers, qui sera plus stable, plus fort qu'un système reposant quasi-exclusivement sur l'action publique.

Trois idées que je voudrais développer :

- Une meilleure optimisation des ressources du système répressif :

Les autorités de concurrence ne peuvent pas couvrir l'ensemble du champ économique affecté par les pratiques anticoncurrentielles.

C'est vrai pour la Commission, qui a trouvé un palliatif dans une certaine mesure à travers une politique de sanctions élevées : la sanction a une double dimension, à la fois répressive pour sanctionner les comportements passés, mais également dissuasive pour l'avenir. Et en droit de la concurrence, la dissuasion a une efficacité certaine car elle se diffuse bien au-delà des entreprises visées par telle ou telle décision. D'une certaine manière, les décisions de la Commission atteignent l'ensemble du marché et ont une très grande vertu régulatrice.

En France, le Conseil de la concurrence a sensiblement durci sa politique de sanctions. Il a développé une pratique importante d'injonctions de publication qui participent également de la pédagogie à l'égard du marché. Mais, par construction, il ne peut poursuivre tous les types de pratiques sur tous les marchés simultanément. Et le problème est le même pour la DGCCRF. J'ai moi-même fait le choix d'un plus grand ciblage de notre action sur des marchés prioritaires, identifiés en amont, avec une directive nationale d'orientation. Et c'est tout à fait normal. Une administration publique efficace est une administration capable de cibler son action. Actuellement, la DGCCRF produit annuellement de 140 à 160 rapports d'enquête dont une quinzaine font l'objet d'une saisine du Conseil de la concurrence. Cela pose donc la question des suites qui peuvent être réservées aux autres rapports.

Dès lors, il est naturel de chercher aussi à solliciter d'autres voies pour amplifier ou concrétiser notre action. Et, de ce point de vue, il est évident que les juges de droit commun peuvent concourir à une plus forte pénétration du droit de la concurrence dans la vie économique du pays.

Pour ce faire, je crois qu'il faut se garder d'un schéma où l'action civile serait conçue essentiellement comme un sous-produit ou une suite de l'action devant le Conseil de la concurrence, le modèle du *follow-on*. Je crois aussi que les tribunaux doivent connaître d'un contentieux du droit de la concurrence qui n'est pas porté devant les autorités de concurrence, sauf à passer à côté de cet objectif d'une diffusion plus efficace et plus ample du droit de la concurrence.

- Une meilleure reconnaissance de la victime des PAC :

Par construction, le système d'action publique est centré sur les entreprises auteurs des pratiques et s'intéresse peu aux victimes. Dans notre système, la victime est vue essentiellement comme un auxiliaire de l'action publique : un saisissant virtuel du Conseil ; un pourvoyeur d'indices et d'informations pour les corps d'enquête. La victime n'est pas considérée pour elle-même.

De ce point de vue, l'action civile et l'action des autorités de concurrence, si elles font application du même droit substantiel, visent des objectifs très différents. Il n'est pas absolument naturel pour une victime de saisir le Conseil de la concurrence : pourquoi engager des frais de procédure, qui peuvent être lourds, pour obtenir le prononcé de sanctions qui tomberont dans l'escarcelle du Trésor public ? Certes, il y a un bénéfice indirect pour l'entreprise victime à travers le retour espéré à un fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels il intervient comme fournisseur, concurrent ou acheteur. Mais ce

bénéfice est partagé par l'ensemble des entreprises opérant sur ces marchés. Parfois même, il profite aux nouveaux acteurs du marché, qui n'ont pas eu à souffrir des pratiques visées, alors que la victime plaignante aura disparu entre temps. D'une certaine manière, l'entreprise plaignante agit dans l'intérêt public et non pour elle-même.

Il est en même temps plus naturel et plus difficile pour une entreprise victime de déclencher une action en réparation devant une juridiction ordinaire. C'est bien cette anomalie qu'il faut corriger en élevant l'objectif de la réparation du dommage privé au même niveau que l'objectif d'assurer la sanction du dommage à l'économie dans son ensemble. Du reste, la réparation des préjudices, quand elle est facilitée et devient une démarche usuelle, peut en elle-même avoir une efficacité préventive et dissuasive sur les comportements des opérateurs fautifs. Une entreprise qui envisage une pratique de concertation ou d'abus, prend en compte le risque d'une sanction administrative mais mesure aussi son risque civil.

Les victimes potentielles ou actuelles sont, en réalité, les meilleures vigies du marché. L'action civile leur permet de rechercher leur indemnisation tout en concourant à un meilleur fonctionnement du marché.

J'ouvre ici une parenthèse : je voudrais évoquer les possibilités qu'offre une construction originale du droit français. Cette construction originale ne concerne certes pas directement les pratiques anti-concurrentielles mais ce que l'on appelle, en France, les pratiques restrictives de concurrence. Les pratiques restrictives de concurrence désignent les comportements abusifs (rupture abusive, conditions commerciales injustifiées, délais trop longs) d'un opérateur vis-à-vis d'un autre opérateur dans le cadre de leur rapports commerciaux.

Bien souvent, les victimes des pratiques restrictives de concurrence ne souhaitent pas ou ne peuvent pas saisir les tribunaux civils afin d'obtenir la cessation des pratiques ou la nullité des contrats par crainte de subir de représailles commerciales ou financières de leur cocontractant. Depuis 1986, le ministre chargé de l'économie, le procureur de la République ou le Président du conseil de la concurrence (article L.442-6 III) disposent d'un droit d'action devant la juridiction civile ou commerciale au nom de la défense de l'ordre public économique et qui concerne des pratiques abusives visées au même article (discrimination, déréférencement abusif...). Ce pouvoir d'action a été renforcé par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 qui prévoit la possibilité de demander au juge, outre la cessation des pratiques illicites, la nullité des contrats, le reversement de sommes indûment perçues et le prononcé d'une amende civile qui peut atteindre 2 millions d'euros. L'action engagée par ces autorités a pour objet de faire cesser et de réparer le trouble occasionné à l'ordre public économique en obtenant la remise en état. La procédure civile ou commerciale peut donc être engagée indépendamment de la volonté des victimes.

- Un rôle pro-actif pour le consommateur :

Le droit de la concurrence vise de façon ultime à favoriser le bien-être du consommateur. Je crois qu'il y a une certaine logique à faire du consommateur un acteur pro-actif du système de régulation concurrentiel. Actuellement, dans notre droit, les associations de consommateurs ont la possibilité de saisir le Conseil de la concurrence au contentieux. L'affaire de la téléphonie mobile – actuellement en cours d'instruction – a été introduite par une association de consommateurs.

La réflexion sur l'introduction d'une action de groupe dans notre droit est également ouverte. Je ne sous-estime pas les difficultés pratiques de l'action de groupe, qu'elle soit envisagée à travers le monopole de représentation des associations de consommateurs ou à travers un système de mandats individuels. Je ne méconnais pas non plus certaines dérives qui ont pu être constatées aux Etats-Unis. Mais je crois que, si nous voulons favoriser la diffusion d'une culture de concurrence, il serait indéniablement utile que le consommateur se sente plus directement concerné par l'application du droit de la concurrence et qu'il ait la possibilité d'entrer lui-même dans le prétoire pour demander réparation du préjudice subi.

A cet égard, je voudrais ici vous révéler quelques résultats issus d'un sondage récent du CREDOC sur les consommateurs et la concurrence :

- A la question « A votre avis, la concurrence entre les entreprises présente-t-elle plutôt des avantages ou plutôt des inconvénients pour le consommateur ? », 80,3 % des personnes interrogées répondent « plutôt des avantages ».
- A la question « A votre avis, les administrations interviennent-elles aujourd'hui assez ou pas assez pour améliorer la concurrence en France », 67,4 % des personnes interrogées répondent « pas assez ».
- A la question « Selon vous, les consommateurs sont-ils suffisamment protégés dans les secteurs suivants ? », 65,4 % répondent non pour la téléphonie et l'Internet ; 58,3 % répondent non pour la banque ; 40 % répondent non pour les transports.

II- Quels moyens mettre en œuvre ?

La Commission a déjà procédé à un important travail d'identification des voies d'amélioration des systèmes nationaux d'action civile. Elle a identifié assez nettement un certain nombre de facteurs bloquants, souvent communs à bon nombre d'Etats-membres : exigence autonome de la faute ; charge de la preuve ; quantification des dommages-intérêts ; coût du procès ; etc...

Mais je voudrais insister surtout sur quelques aspects plus spécifiques à notre organisation nationale, qui me paraissent devoir être pris en compte de façon prioritaire pour faciliter un nouvel élan de l'action civile en France.

- Un effort d'adaptation de l'institution judiciaire :

Les affaires d'action civile justifient d'un traitement particulier au sein de l'institution judiciaire. D'abord parce que nous avons affaire à un droit du marché, assez complexe et un peu atypique par rapport aux grands blocs de légalité (droit commercial, droit civil) qui font le quotidien des juridictions. Ensuite, parce que nous avons affaire à un contentieux sensible mais limité en nombre.

La loi NRE avait déjà prévu une spécialisation des tribunaux pour l'application du droit national de la concurrence. L'article 15 du règlement 1/2003 rend également nécessaire la spécialisation des juridictions pour l'application du droit communautaire : elle n'est pas imposée par le règlement mais il est clair que l'effet utile de ces dispositions rend nécessaire une certaine forme de

spécialisation. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance du 4 novembre 2004 a prévu également une certaine spécialisation des juridictions pour les affaires nécessitant l'application du droit communautaire. Un projet de décret d'application –longtemps attendu par la place – est à l'examen du Conseil d'Etat, à l'initiative de la Chancellerie. Nous disposons là d'un premier élément de réforme essentiel.

J'ajoute qu'il faut non seulement des tribunaux spécialisés mais également, au sein de ces tribunaux, des magistrats spécialisés. La cour d'appel de Paris a déjà un dispositif de ce type à la 1^{ère} chambre. Mais il faudra prévoir une spécialisation également au sein des juridictions de premier degré qui se verront attribuer la compétence pour ce contentieux. De ce point de vue, la formation des magistrats au droit de la concurrence est un enjeu essentiel. Mais je sais que le Président Canivet s'est fortement investi sur cette question et je n'y insiste pas.

- Concevoir une architecture d'ensemble englobant action publique et action civile :

Pour faciliter l'action des juridictions sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et des dispositions des articles 81 et 82 du traité CE, il faut qu'elle puisse s'articuler étroitement avec celle des autorités de concurrence. Il faut véritablement concevoir un système d'ensemble et non deux systèmes clos et étanches.

Concrètement, plusieurs voies d'amélioration sont envisageables sans bouleversement majeur :

La plus évidente, sans doute, est de faciliter les actions de *follow-on* par une reconnaissance obligatoire des qualifications retenues par le Conseil de la concurrence, qui lieraient donc les juridictions. Du reste, les juridictions nationales sont déjà liées par les qualifications retenues par la Commission. Il y aurait donc une certaine logique à ce qu'elles le soient aussi par les décisions des autorités nationales, voire par celles des autorités nationales de concurrence des autres Etats-membres, ainsi que le prévoit le droit allemand très récemment réformé en ce sens.

Mais il faut aussi faciliter la coopération entre juridictions et autorités de concurrence dans les contentieux déliés. Des mesures ont été prises d'ores et déjà. L'article L. 462-3 du code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 4 novembre 2004, autorise les juridictions à saisir le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis pour l'application du droit national comme pour l'application du droit communautaire de la concurrence sans préjudice des demandes d'avis qui peuvent être adressées directement à la Commission sur le fondement de l'article 15 du règlement 1/2003 CE. Depuis trois ans, un seul avis a été rendu par le Conseil de la Concurrence sur ce fondement. Je crois donc qu'il y a un espace de progression possible.

Il faut aussi faciliter l'intervention du ministre de l'économie dans les contentieux civils. La DGCCRF est trop peu sollicitée par les plaignants ou par les juges eux-mêmes. En 2004, nous sommes intervenus dans trois affaires seulement.

Or les possibilités procédurales d'une participation plus active de la DGCCRF au procès civil existent. Sur le fondement des dispositions spécifiques de l'article L. 470-5 du code de commerce, le ministre ou son représentant peut déposer des observations écrites et les développer oralement à l'audience ; il peut également produire tout rapport d'enquête ou procès-verbal.

Les obstacles sont d'ordre essentiellement matériel.

La DGCCRF n'est pas nécessairement informée des litiges civils engagés par les plaignants pour des pratiques ayant déjà fait l'objet d'investigations de la DGCCRF. De ce point de vue, il serait souhaitable que les conseils des plaignants développent le réflexe d'informer les services de la DGCCRF de leur démarche contentieuse afin de rendre possible l'intervention de l'administration.

Par ailleurs, de nombreuses enquêtes sont initiées sur le fondement de démarches informelles d'entreprises qui s'estiment évincées ou victimes d'abus. Tous ces rapports ne font pas l'objet d'une saisine du Conseil de la concurrence. Mais les rapports non transmis au Conseil ne concluent pas pour autant à l'absence de pratiques. Une certaine sélectivité des saisines s'impose compte tenu de la lourdeur de l'instruction au Conseil, qui contient tout de même trois phases de contradictoire pour la procédure standard. En réalité, certains rapports d'enquête pourraient être très utilement exploités dans le cadre d'un litige civil, dès lors que la DGCCRF serait informée de la mise en œuvre de cette action civile.

Plus largement, le juge a les moyens procéduraux d'une instruction active. Tout d'abord, le juge dispose des ressources des dispositions de droit commun. Les articles 10 et 11 du NCPC l'autorisent à prescrire toute mesure d'instruction utile. L'article 142 du NCPC lui permet d'ordonner la production détenue par

des tiers dès lors que la demande en est faite par une partie. Et il peut ordonner toutes les expertises qu'il estime nécessaires (article 232 et suivants).