

Action civile en matière de pratiques anti-concurrentielles : éléments de problématique

(intervention de Frédérique Dupuis-Toubol)

Comme l'action de Madame Nelly Kroes en atteste, les autorités de concurrence veulent promouvoir les actions civiles, consécutives à des pratiques anticoncurrentielles. De même, comme en témoigne l'organisation de ce colloque, sous la présidence de Monsieur le Premier Président, Guy Canivet, les juridictions de droit commun ont la volonté de s'attacher à traiter de telles actions. Pourtant, les actions civiles sont encore rares.

Faut-il en rechercher la cause dans une inadaptation de notre droit de la responsabilité civile ? Au-delà du débat sur les actions de groupe qui est nécessaire si l'on veut permettre la réparation du préjudice, consécutif à des pratiques anticoncurrentielles, subi par les consommateurs, le débat porte principalement sur l'introduction de règles inspirées du système de *discovery* et des dommages punitifs connus dans le droit anglo-saxon.

A l'inverse de ce courant, il me semble que la réforme n'est pas la priorité et que l'on peut au contraire craindre que la réflexion sur de telles réformes est l'effet d'un leurre et sert ainsi de prétexte pour reporter, de session législative en session législative, un mouvement que le cadre légal actuel n'interdit pas. Certes, l'introduction d'un système de *discovery* ou de dommages punitifs pourrait favoriser l'action civile, mais de telles modifications qui bouleverseraient les principes fondamentaux de notre droit civil, ne sont pas indispensables. L'objectif recherché peut être atteint par une évolution de nos pratiques et de nos mœurs judiciaires. L'essentiel est une question de volonté de l'ensemble des acteurs (parties à la procédure, avocats, magistrats).

Ainsi, cette intervention aura principalement pour objet de montrer que par une bonne exploitation des différents « outils » dont disposent les juridictions de droit commun lors de la mise en état, on peut largement suppléer l'absence de procédure de *discovery* en droit français (1.), et que si on a la volonté de rechercher la réparation de l'entier préjudice, on peut accroître largement le caractère dissuasif de cette sanction, sans pour autant passer par l'introduction de dommages punitifs (2.).

1. Une mise en état active des dossiers supplée l'absence de procédure de *discovery* en droit français

Réunir les preuves nécessaires à l'établissement de pratiques anti-concurrentielles et à leur réparation est souvent difficile. Dès lors, certains considèrent que sans procédure de *discovery* le système français ne peut surmonter cet obstacle. Il est vrai que la procédure de *discovery* présente certains avantages comme l'obligation faite aux parties de produire tous les documents dont elles disposent sous peine de sanctions pénales. Il est clair que nous n'avons pas l'équivalent dans nos règles de procédure civiles. Il est toutefois illusoire de penser que l'on pourrait aisément introduire un tel mécanisme en droit français car il serait propice aux actions civiles en matière de pratiques anticoncurrentielles. Or, nous avons beaucoup d'autres

« outils » à notre disposition dans nos règles de procédures civiles qui peuvent être d'un grand secours pour faciliter l'action civile en matière de pratiques anticoncurrentielles, mais ces règles sont trop peu usitées et je voudrais en donner quelques exemples.

1.1. Accès aux éléments de preuve

Il ne peut être question, en l'absence de procédure de *discovery*, que d'accéder à des éléments de preuve identifiés. Or en pratique, l'accès aux éléments de preuve identifiés qui sont entre les mains de l'autre partie est rarissime, alors même que nous disposons de tout un arsenal de règles qui devraient le permettre.

Ainsi, lors du colloque organisé par l'Université Paris I, le 29 avril 2004¹, mon confrère Jean-Louis Lesquins, rappelait l'ensemble des dispositions du Code Civil et du Nouveau Code de Procédure Civile qui permettent d'apporter les preuves nécessaires à l'établissement de pratiques anticoncurrentielles lors d'un procès civil.

Il est inutile de citer à nouveau les multiples dispositions qu'il a visées dans son exposé. En un mot, entre les articles 10 et 11 du Nouveau Code de Procédure Civile qui permettent au juge « *d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admises* » et à ce titre enjoindre à une des parties, voire à un tiers, la production de tous les documents détenus qui peuvent constituer des éléments de preuve et les articles 138 et suivants du NCPC qui précisent ces principes, nous disposons d'un corpus de règles très utiles. Seulement la mise en œuvre de ces règles nécessite une mise en état active des affaires civiles qui fait souvent défaut.

En pratique, faute d'une telle mise en état, même les requêtes aux fins de voir communiquer les pièces nécessaires à l'établissement des preuves, restent souvent lettres mortes. Il est en effet rare que le juge examine ces requêtes avant l'audience des plaidoiries. Alors, il est trop tard et le juge statue en l'absence desdites pièces.

1.2. L'expertise judiciaire

Alors que l'existence de la procédure d'expertise judiciaire constitue un atout du droit processuel français, notamment au regard du droit anglo-saxon, la procédure d'expertise judiciaire est souvent dévoyée de sorte que les magistrats hésitent à les ordonner, voire y renoncent. En effet, c'est souvent devenu le meilleur moyen d'enterrer un dossier (voir affaire Filetech c/France Télécom, Cour d'Appel de Paris).

Pourtant, là encore, une participation active du juge permettrait de contrôler le déroulement de l'expertise judiciaire.

Par exemple, les difficultés liées à la définition de la mission de l'expert pourraient être évitées par une plus grande interaction entre le juge, les parties et l'expert :

- le juge peut, à partir des propositions des parties, désigner un expert en lui soumettant un projet de mission d'expertise et en l'invitant, après avoir pris connaissance de cette proposition et en avoir discuté avec les parties, à revenir vers lui avec d'éventuelles suggestions d'aménagement ou de complément avant que la mission ne soit définitivement fixée.

¹ Intervention publiée aux Petites Affiches 20 janvier 2005, p.17 et s.

- le juge peut également exiger d’être régulièrement tenu informé de l’avancement de la mission d’expertise, voire souhaiter participer à certaines réunions d’expertise. Enfin, la prorogation des délais d’expertise ne doit pas être systématiquement accordée, sans justification précise sur les raisons du report, ni débat contradictoire.

1.3. L’audition de sachant

Outre l’audition personnelle des parties prévue par l’article 184 du NCPC, l’audition de tiers intervenant comme témoins prévue par l’article 199 du NCPC est exceptionnelle dans les procès civils, alors même que leur utilité est évidente. Les articles 27 et 179 du NCPC qui permettent au juge d’entendre en qualité d’*amicus curiae*, toute personne pouvant utilement l’éclairer, suscitent néanmoins un certain intérêt des juridictions civiles depuis quelques années.

Le peu de formalisme de telles auditions ouvre un champ très large au juge et l’on observe que dans les quelques affaires où l’on entend ainsi de tels sachants, ces auditions sont toujours utiles, voire déterminantes.

Toutefois, ces possibilités ne sont souvent évoquées pour la première fois que lors de l’audience des plaidoiries et généralement pour ne pas reporter l’issue de la procédure les juges y renoncent souvent. Quel dommage car s’agissant des affaires de concurrence, le juge peut sans difficultés entendre la DGCCRF, le Conseil de la concurrence ou la Commission Européenne, même si les dispositions spécifiques sur leur intervention devant les juridictions civiles ont plutôt été conçues dans le sens d’une intervention à leur initiative (voir par exemple article L.470-5 du Code de Commerce ou 15 du Règlement 1/2003).

Dans les affaires de concurrence, il est indispensable de redonner à l’oralité des débats sa véritable fonction qui consiste à éclairer les juridictions saisies au lieu de se contenter d’une audience formelle de plaidoiries.

Comme en d’autres matières, ou même plus que dans d’autres matières, l’oralité des débats est indispensable mais doit être repensée. Elle ne doit pas précéder la prise de connaissance du dossier et surtout de ses pièces par les juges, mais au contraire intervenir après la prise de connaissance du dossier et des pièces afin d’éclairer par un dialogue et des débats les questions qui méritent des précisions ou des échanges.

1.4 La saisine pour avis ou les questions préjudicielles devant les autorités de concurrence

Lorsqu’une question complexe ou nouvelle se pose au juge de droit commun, les textes ont organisé la faculté qui lui est donnée de saisir les autorités spécialisées.

Les textes sont là :

- pour le Conseil de la concurrence, article L. 462-3 du Code de Commerce,
- pour la Commission Européenne, article 15.1 du règlement 1/2003,
- pour la Cour de Justice des Communautés Européennes : article 234 du Traité UE.

En pratique, les juges hésitent et utilisent avec beaucoup de parcimonie ces textes.

Est-ce la crainte de l'effet dilatoire ? La crainte de perdre le contrôle de la procédure qui lui est soumise ?

Et la conséquence peut en être une contradiction dans le traitement des dossiers, comme une affaire importante de concurrence de ces dernières années a permis de l'illustrer. Ainsi, pendant que le Conseil de la concurrence instruisait une affaire d'abus de position dominante de France Télécom sur les conditions d'accès à sa base annuaire, affaire qui a abouti à la condamnation de France Télécom, le Tribunal de Commerce saisi par France Télécom de la reproduction de cette base sans cession de droits de propriété intellectuelle par certains de ses concurrents qui refusaient de payer une redevance annuelle de 60 millions de francs, condamnait ces concurrents à payer avec exécution provisoire 100 millions de francs de dommages et intérêts².

1.5. Le jugement avant-dire droit ou mixte

Une mise en état active peut contribuer à augmenter le délai de traitement d'une affaire. Or le temps est une arme très efficace contre les victimes. En un mot, les victimes n'ont souvent pas les moyens d'avancer les frais de procédure pendant de nombreuses années dans l'espoir de voir leur préjudice finalement réparé.

Il est donc nécessaire qu'en parallèle se développe la pratique des jugements avant-dire droit ou mixte qui :

- soit ordonne le paiement d'une provision au profit de la victime,
- soit répare déjà une partie du préjudice, pratique courante dans d'autres matières (par exemple le préjudice moral comme dans l'affaire LVMH/Morgan Stanley) pendant que l'instruction se poursuit,

ce qui est facile dès lors que la pratique anti-concurrentielle est établie.

La mise en œuvre de cette nouvelle dynamique du procès civil devrait être facilitée par l'aboutissement de la réforme prévue par la loi NRE fixant la liste des Tribunaux de Grande Instance et de Commerce ayant compétence pour connaître des actions dans lesquelles des pratiques anticoncurrentielles seraient invoquées. Plus de 4 ans après la loi, le Décret est sur le point de paraître³.

Il convient également que les magistrats chargés de ces affaires disposent des moyens nécessaires pour pouvoir instruire de tels dossiers qui sont souvent d'une grande complexité et nécessitent de prendre connaissance d'un nombre de pièces et de jeux d'écritures considérable.

² T. Com Paris, 18 juin 1999, France Télécom c/SARL MA Ed. SA Fermic.

³ Décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises (JORF n°304 du 31 décembre 2005 p.20831).

2. La réparation de l'entier préjudice et la réflexion sur les dommages punitifs

Le débat sur l'instauration de dommages punitifs n'a aucun sens tant que la réparation des pratiques anticoncurrentielles restera largement inférieure à la réparation de l'entier préjudice. Les réparations accordées dépassent rarement 10% des demandes et on peut faire le crédit au demandeur de ne pas systématiquement présenter des dossiers faisant état de préjudices largement excessifs au regard de leur réel préjudice.

La plus importante condamnation prononcée qui soit publiée semble être celle du Tribunal de Commerce de Paris du 28 mai 2004 ayant conduit à la condamnation de France Télécom dans une affaire l'opposant à Télé2 à hauteur de 15 millions d'euros et encore ce jugement a été obtenu en qualifiant volontairement les pratiques sur le terrain de la concurrence déloyale. Ce montant est à comparer au montant des seules transactions conclues par Microsoft aux Etats-Unis durant la même année qui s'échelonne de 440 millions à 1,95 milliards de dollars.

Outre le caractère injuste pour la victime d'une sous-évaluation de la réparation de son préjudice, une telle pratique est socialement inefficace en ce qu'elle ne contribue pas à l'effet dissuasif des procédures : tant que les dirigeants d'entreprise constateront que le gain espéré d'une pratique anticoncurrentielle est largement supérieur (amende et dommages et intérêts confondus) au montant auquel ils peuvent être condamnés, il serait de mauvaise gestion de renoncer à une pratique anticoncurrentielle.

Face à cette situation, il est faux de dire que les règles sur l'indemnisation du préjudice et les règles probatoires sont des freins à l'indemnisation de l'entier préjudice.

2.1 Le pouvoir souverain du juge du fond

S'il est exact que le pouvoir souverain du juge du fond pour fixer le montant de l'indemnisation, combiné à l'absence d'obligations qui lui est faite de préciser les différents éléments ayant servi à la détermination du montant des dommages et intérêts alloués, crée une situation d'aléa totale sur la prévisibilité des condamnations et rend difficile la création d'un corpus de jurisprudence servant de ligne directrice dans ces affaires, on ne peut néanmoins prétendre que ce principe est un verrou à l'indemnisation de l'entier préjudice.

En effet, ce pouvoir souverain peut être vu comme donnant au juge du fond beaucoup de souplesse, souplesse pouvant servir à une approche dynamique de la réparation du préjudice avec un risque limité d'être censuré par la Cour de Cassation. C'est d'ailleurs la pratique des juges du fond en matière de concurrence déloyale.

2.2 Le niveau de preuves requis du dommage

Les faits se prouvant par tout moyen, les juges disposent d'une grande souplesse sur le niveau des preuves requises tant pour l'évaluation des dommages que pour le lien de causalité.

Sur le lien de causalité : Pourquoi ne pas décider en matière de pratique anticoncurrentielle, comme en matière de concurrence déloyale, que le préjudice s'infère nécessairement de la pratique anticoncurrentielle ?

Admettre un tel principe qui est tout sauf révolutionnaire aurait des effets pratiques considérables sur la preuve du lien de causalité : par exemple dès lors que la victime

apporterait la preuve d'une perte de clients concomitante aux pratiques anticoncurrentielles, cette perte de clientèle serait présumée avoir un lien de causalité avec les pratiques anticoncurrentielles et il appartiendrait au cas échéant à l'auteur des pratiques de prouver que la cause de cette perte de clientèle est ailleurs.

Il serait également aisé de présumer sur la base de la théorie « des vases communicants » que la perte de l'ensemble des victimes de pratiques anticoncurrentielles ne peut être inférieure au gain procuré par la pratique à son auteur. Une telle présomption aurait en outre pour avantage d'éviter le risque de situation déloyale au bénéfice de l'auteur de pratiques anticoncurrentielles. En effet, lorsque l'indemnisation est inférieure au gain procuré, on ne rétablit pas une situation de concurrence loyale puisque l'auteur des pratiques anticoncurrentielles bénéficie durablement d'un surprofit par rapport aux acteurs qui se sont comportés de manière licite.

Enfin, dès lors que l'article 11 du NCPC prévoit que le juge doit tirer les conséquences du refus de communiquer un élément de preuve dont une partie dispose, lorsque l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle ne produit pas un élément qui permettrait de vérifier l'évaluation d'un dommage, ce refus de communication ne doit plus lui bénéficier. Dès lors, il devrait être considéré que ce refus de produire des éléments de preuve est le signe que le préjudice est nécessairement supérieur ou égal au montant avancé sur ce point par la victime de la pratique.

2.3 La certitude d'un préjudice doit être raisonnable et non absolu

La lecture des décisions publiées montre que le niveau d'exigence s'agissant du caractère de certitude du dommage avancé en matière de pratiques anticoncurrentielles est excessif, de sorte que la condamnation est systématiquement très en-deçà d'un préjudice raisonnablement évalué.

Il est clair qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, la pratique consiste très fréquemment à limiter l'indemnisation à ce qui est absolument certain ou à ce que l'on pourrait encore qualifier de préjudice minimal. Pourtant, l'équité devrait conduire à une indemnisation de toute demande de réparation raisonnable et crédible. Le doute ne doit plus systématiquement pénaliser la victime. Telle doit être la règle tant s'agissant du manque à gagner que des pertes futures ou pertes de chance. Ainsi, même si comme certaines décisions l'ont souligné « *le futur n'est jamais certain* » (affaire Tél2 contre France Télécom), la perte de chance doit être réparée même si elle n'est jamais certaine dès lors qu'il est raisonnable d'estimer un tel chef de préjudice.

Il est également injuste que l'on multiplie l'obligation pour le demandeur de rapporter des preuves négatives.

Enfin, l'indemnisation des frais qui sont toujours importants pour mener une action en réparation d'un préjudice lié à une pratique anticoncurrentielle doit également être intégralement couverte, ce qui n'est qu'exceptionnellement le cas. Outre les frais d'avocat, des experts privés ou judiciaires pour la procédure devant les juridictions de droit commun, ce sont également les coûts engendrés par la procédure devant les autorités de la concurrence, ainsi que le temps et les efforts de l'entreprise elle-même qui devraient être indemnisés.

Conclusion

Favoriser les actions civiles relatives à des pratiques anti-concurrentielles suppose donc moins de réformer notre droit que de vouloir faire évoluer nos mœurs judiciaires.

– La faute concurrentielle ne doit plus être regardée avec scepticisme :

- Par exemple les juridictions ont encore trop souvent tendance à considérer que l'on ne peut écarter un engagement contractuel au motif d'une pratique anticoncurrentielle (approche fréquente en matière de prix excessif formalisée par un contrat) ;
- Nous ne devons plus avoir peur de qualifier de pratique anticoncurrentielle ce qui en est et de nous référer directement à la jurisprudence des autorités de la concurrence, plutôt que de préférer nous réfugier dans le droit de la concurrence déloyale pour ne pas effrayer les juridictions de droit commun.
- Autre idée reçue : la pratique anticoncurrentielle ne peut être sanctionnée que si elle est massive ou en cas de récidive alors que le principe voudrait qu'une simple négligence en matière de pratique anticoncurrentielle soit sanctionnée comme dans tout le droit commun de la responsabilité civile.
- Notre culture de l'égalité ne doit pas nous faire refuser la responsabilité particulière de l'entreprise dominante : les juridictions ont beaucoup de mal à admettre qu'une pratique normale pour une entreprise non dominante peut devenir une pratique anticoncurrentielle pour une entreprise dominante.

– On doit accepter de s'intéresser à l'argent :

- La victime et ses avocats doivent accepter d'entrer dans le détail de la démonstration du préjudice et ne pas se limiter à une pure explication conceptuelle du préjudice : oublions que dans la culture française, parler d'argent fait « épicier » et que « l'argent est vulgaire » !
- Les juridictions ne doivent plus considérer qu'en retenant l'essentiel ou l'intégralité de la demande de la victime, elles courent le risque de provoquer l'enrichissement sans cause de la victime. La crainte d'un bénéfice indu au profit de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles doit bien évidemment l'emporter sur le risque de sur-indemnisation de la victime.

Un dernier argument d'opportunité justifie cette révolution culturelle du monde judiciaire : les quelques dizaines de décisions rendues en la matière accordant aux victimes de pratiques anticoncurrentielles une réparation de leur préjudice certes modeste, ne peuvent que susciter un mouvement dans le sens de la multiplication de telles procédures. Or, le seul moyen d'éviter l'encombrement des juridictions est de prononcer des condamnations dissuasives pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

* * *