

L'action au civil en matière de pratiques anticoncurrentielles en France

Eléments de problématique

Olivier Fréget
Avocat-Associé
BIRD & BIRD

Cour de Cassation
17 octobre 2005

Madame la Commissaire à la Concurrence
Monsieur le Premier Président
Mesdames et Messieurs les Conseillers
Mesdames et Messieurs
Chers confrères

- Lorsque nous avons évoqué avec Monsieur Frédéric Jenny, la préparation de cette conférence, il a insisté pour qu'en tant que praticien, nous indiquions, si oui ou non, l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles existait bien dans ce pays.
- Bien évidemment, cette question est fondamentale car si l'on s'interroge sur l'action civile en matière concurrentielle c'est dans la ligne de l'arrêt Courage pour s'interroger sur la fonction dissuasive qu'elle peut représenter
 - et dans cette perspective, l'absence ou l'inexistence de précédents est un élément de fait déterminant pour toute analyse rationnelle
- De fait, permettez-moi cette pirouette, nous n'avons pas d'ailleurs beaucoup d'autre choix que de répondre positivement à la préoccupation de Monsieur Frédéric Jenny car si nous répondions par la négative, notre présence à cette conférence n'aurait aucune justification ...,
 - n'ayant aucun titre particulier autre que celui de simples conseils externes d'entreprises pour évoquer cette problématique complexe aux cotés de tant de personnalités du droit et du monde judiciaire bien plus qualifiées et savantes,
 - sans même évoquer la simple présence de Madame Nelly Kroes,

Introduction

- Nous sommes en effet ici, Frédérique Dupuis -Toubol et moi-même pour tenter de donner la vision de l'avocat praticien « de base » :
 - qui court du Conseil de la Concurrence à la juridiction commerciale pour tenter d'obtenir l'indemnisation de ses clients et parfois, y résister
 - qui se heurte souvent au désintérêt du Conseil lorsque l'on évoque devant le Conseil, des questions « d'Argent » lequel considère que ce n'est pas dans sa mission ;
 - qui s'épuise parfois à vaincre le scepticisme du Juge Commercial
 - pour qui un contrat reste un contrat qui doit être respecté fut-il abusif,
 - exige beaucoup pour être convaincu de la faute de l'entreprise ultra dominante qui n'a pas voulu vous donner accès à son bien essentiel, parce que finalement quand même il lui appartient bien Maître, ...n'est-ce pas ?
- Et pour finalement entendre trop souvent la phrase consacrée selon laquelle « *le tribunal dispose des éléments suffisants pour fixer le montant du préjudice à une somme « X »* laquelle réduit à néant des mois d'efforts pour construire un dossier de préjudice solide, argumenté et réfutable.

Introduction

- Certes, ne le cachons pas, nous sommes plus souvent du côté des entreprises victimes de pratiques d'exclusion , et moins souvent du côté de celles en position dominante
 - et, notre sensibilité est peut-être quelque peu déformée par les combats pour la libéralisation des industries de réseaux auxquels nous participons aux côtés de certains de nos clients
- Il nous faut ainsi vous avertir que les propositions que nous allons développer devant vous sont très ancrées dans l'expérience de problématiques liées aux pratiques d'exclusion et moins dans celles des ententes
- Nous essayerons cependant en l'honneur de cette assemblée, de nous tenter de nous départir de nos positions partisans pour
 - vous soumettre quelques propositions d'analyse induites de notre expérience mais qui, bien sûr, sont présentées pour susciter le débat ;
 - Sans nous placer en tant que conseil en dehors de celui-ci, puisque comme vous le verrez, notre réflexion commence par le rôle que les transactions jouent en cette matière, ici et maintenant, aspect sur lequel nous avons une certaine influence et donc responsabilité

Introduction

- Ne faisons cependant pas davantage languir Monsieur Frédéric Jenny, s'il me permet ainsi de le mettre en scène : oui, nous pouvons en attester, au moins sur la base de notre expérience
 - l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles dans ce pays existe, nous l'avons rencontrée ;
 - Les sommes dont il est question sont de plus en plus importantes et donc la question de leur fonction dissuasive peut se poser:
 - il n'existe ainsi plus de pudeur du montant,
 - les entreprises n'hésitent pas à afficher des demandes qu'ils établissent
 - en utilisant les mêmes modes de calcul que ceux qu'elles appliquent dans leur calcul d'investissement, et elles sont prêtes à mander des experts pour aider à cette quantification
- Il existe d'ailleurs sur la place de Paris un bon réseau de cabinets de consultants, de comptables et d'experts sectoriels, certes pas tous toujours référencés comme experts agréés, mais qui sont aptes à faire un bon travail
 - c'est à dire monter un dossier de réclamation cohérent, consistant et fondé sur des méthodologies qui intègrent une évaluation de la sensibilité des hypothèses aux données fournies, donc rationnellement recevable

Introduction

- Nous constatons d'ailleurs chez nos clients une attente réelle sur le sujet de l'indemnisation des préjudices : ils entendent voir l'handicap concurrentiel qu'on leur a infligé intégralement réparé dans les termes mêmes dans lesquels en tant que dirigeant ils seront jugés, c'est à dire de perte de valeur pour l'actionnaire et donc de perte de valeur de l'entreprise
 - en prenant en compte le temps du procès et le temps perdu dans leur course à la performance,
 - même si cela signifie qu'un jour ils pourraient être amenés à supporter également des montants importants si ils commettaient également des vilénies équivalentes.
- Existe-t-il d'ailleurs, de la part des entreprises, une crainte d'une inflation « à l'américaine » des montants d'indemnisation, comme nous 'entendons parfois dire ?
- Cette crainte existe peut-être vrai lorsque l'on évoque la possibilité de class-action au bénéfice des consommateurs -
 - et le propos est d'ailleurs assez choquant pour un Avocat, le consommateur en tant que la partie faible a droit a indemnisation même si cela conduit un jour à ce que les entreprises y consacrent des sommes considérables et que certains de nos confrères se mettent à chasser les ambulances, ce qui n'est certes pas très chic...
 - Cela me semble inexact lorsqu'il s'agit de conflits entre entreprises, qu'il s'agisse de conflits d'actionnaires ou de conflits concurrentiels

Introduction

- Il me semble au contraire que l'indemnisation provisionnelle obtenue dans l'affaire LVMH c./ Morgan Stanley, les impressionnent favorablement sur le fait que la juridiction consulaire parisienne sait aussi envisager des indemnisations substantielles et accorder d'entrée une provision significative
- Et symétriquement, comme l'évoquera peut-être mon Confrère Robert St Esteben, lorsque l'on est du côté de l'entreprise poursuivie, elles m'apparaissent souvent plus soucieuses, à juste titre, de voir complètement respecter leurs droits de la défense afin de pouvoir contester utilement l'inexistence de la faute concurrentielle.
- S'agissant des juristes des grandes entreprises confrontées au droit de la concurrence, il est clair qu'au delà des amendes qui sont devenues plus importantes
 - mais sans atteindre non plus des montants extraordinaires,
 - la faiblesse éventuelle des indemnisations comme le fort aléa affectant leur survenance peuvent compliquer leur tâche pour aider au respect du droit du concurrence.

Introduction

- Pour en venir plus directement à la question stricte de l'action civile en matière indemnisation des pratiques anti—concurrentielles, notre expérience nous conduit à vous soumettre, pour en débattre, deux propositions fondamentales qui se complètent l'une l'autre
 - la première est que l'indemnisation des pratiques anti-concurrentielles en France se déroule davantage dans les salles de réunion de nos cabinets d'Avocats respectifs que devant les tribunaux de commerce dans le cadre d'une action civile, ce que j'appellerais « *la transaction avant première audience et après assignation* »
 - La seconde est que le faible nombre de décisions de justice ajoutée à l'opacité des transactions explique cette faveur à la résolution extrajudiciaire
- La conjonction de ces deux facteurs entretient ainsi une boucle de rétroaction qui limite la fonction dissuasive de la réparation civile au point que l'indemnisation des pratiques anti-concurrentielles
 - ne joue, à notre sens, **aucun rôle dissuasif significatif** en matière de pratiques anti-concurrentielles
 - et lorsqu'elle intervient sous forme de transaction pose un problème d'égalité des entreprises dans la concurrence **en raison de son caractère opaque**

Introduction / sommaire

- Ainsi, il me semble que le **premier noeud de la problématique** qui nous différencie des États-unis est le rôle que jouent actuellement les transactions dans le système.
 - notre proposition, à débattre bien sûr, est que leur importance résulte de la complexité inhérente de notre système bicéphale voire tricéphale, Conseil, Commission et juridictions judiciaires tant au stade de l’instruction que de la sanction
- Le **second noeud de la problématique** tient à l’insuffisante adaptation de la juridiction consulaire au contexte que je viens d’évoquer, même si elle nous semble engagée, au moins à Paris, alors même les pouvoirs que lui donne le NCPC lui permette
 - de pouvoir parvenir à une évaluation raisonnable mais réaliste des conditions financières de restauration de la pleine capacité concurrentielles des victimes à la date de la décision d’indemnisation
 - sans qu’en aucune manière cela ne suppose une modification de notre droit processuel par une introduction de techniques comme le « discovery »
- Je m’attacherais pour ma part à traiter du premier élément de problématique et Frédérique Dupuis – Toubol du second

1. Transaction et Dissuasion

- Certes aux États Unis aussi l'indemnisation des pratiques anti-concurrentielles,
 - dans près de trois quart cas
 - se conclue par des transactions mais
- Je comprend cependant que celles-ci se fondent sur une jurisprudence antérieure abondante qui rend relativement transparente les indemnisations possibles et par la suite une divulgation plus large de transactions nourrit une base de référence
- A l'inverse, le fait qu'en France, l'indemnisation des pratiques anti-concurrentielles se déroule quasi-exclusivement « en chambre »,
 - dénote chez les victimes une confiance très relative dans la possibilité d'obtenir une réparation intégrale de leur préjudice devant la juridiction commerciale ;
 - montre que les parties préfèrent abandonner une partie de leur créance de dommages-intérêts parfois avant même tout procès plutôt que de courir le risque d'un procès parce qu'ils considèrent celui-ci comme trop aléatoire.
- Pourquoi cependant n'arrivons nous pas souvent à convaincre nos clients d'aller même seulement jusqu'à la première instance ?

1. Transaction et Dissuasion

- Cela tient à l'importance quasi-exclusive du facteur temps en droit de la concurrence
- Permettez-moi de prendre un exemple tiré du secteur des télécommunications, l'AR²CEP y retient un taux de rendement du capital investi par les nouveaux entrants de l'ordre de 17 %
 - cela signifie qu'une valeur de 100 obtenue aujourd'hui par transaction se compare
 - avec une valeur de 60 dans trois ans
 - et une valeur de 20 dans dix ans,
 - Affectez ce montant du coefficient d'incertitude constaté aux États-unis qui est de 2/3 d'échec (lequel comprend l'appréciation de la faute) et voyez le montant qui reste, environ un dixième de la somme
- Dans de telles conditions difficiles, la faiblesse du nombre de précédents s'impose à nous et favorise la transaction

1. Transaction et Dissuasion

- Certes me direz-vous, mais avec tant d'incertitudes, pourquoi l'adversaire transige-t-il ?
 - Si l'on se place de l'autre côté, il me semble que la crainte du **risque systémique** que représenterait une condamnation en droit de la concurrence qui par hypothèse est reproductible par tous les acteurs du marché pèse fortement dans la décision
 - C'est pour cela d'ailleurs que les class-actions représentent une question intéressante : elles peuvent réaliser ce risque systémique en diminuant les coûts d'organisation de la coalition judiciaire et de son maintien
- En d'autres termes, de quelque manière que l'on se place, on s'aperçoit que la fonction dissuasive de l'action civile est totalement dépendante de deux facteurs extrêmement liés, le temps de la procédure et l'espace de la confrontation, le risque pour l'auteur de la pratique d'être confrontée à des contentieux répétitifs sur le même sujet
- L'absence de visibilité sur la manière dont ses facteurs peuvent jouer est une incitation forte à « la transaction au lendemain de l'assignation » laquelle nécessairement par son opacité et sa déconnexion avec la valeur réelle du préjudice va diminuer la fonction dissuasive de l'action civile.

1. Transaction et Dissuasion

- A l'inverse, si l'on se penche sur les grandes affaires d'indemnisation aux États Unis, ce phénomène joue différemment
- J'ai pour les besoins de cette conférence essayé de rassembler sur le transparent qui est actuellement projeté les informations disponibles sur internet sur certaines des transactions auxquelles MICROSOFT est parvenu de 2003 à 2005 avec des entreprises qui la poursuivaient pour l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles. Le montant global s'établit à environ : **4,3 milliard de dollars**
 - soit environ 3,5 milliard d'euros ou encore,
 - pour ceux qui comme moi, en sont restés au franc français, environ 23 milliards de francs de dommages-intérêts
- Si on rapproche ce montant de celui de la condamnation prononcée par la Commission soit 497 millions d'euros, ce sondage imparfait montre que MICROSOFT a au moins versé près de 7 fois le montant de l'amende à laquelle la Commission l'a condamné.

1. Transaction et Dissuasion

- On constate ainsi que la décision de l'autorité de concurrence devient alors le catalyseur du règlement de contentieux permettant une sorte de purge des dossiers allant au delà même du domaine du champ de la décision
 - Ce qui me semble même d'un point de vue économique extrêmement favorable à la réduction des dépenses inutiles que toute « guerre légale » occasionne à ceux qui s'y adonne
- Mais cela n'est possible que dans la mesure où il existe un corpus minimal de décisions d'indemnisation qui conduise l'auteur de la pratique à craindre, le résultat des actions civiles
 - non au pire, comme actuellement, un « jeu à somme nulle », où il perdra ses gains, situation dont il me semble que l'on est même loin en cas de condamnation en Europe
 - mais comme une décision « business » aberrante pour le dirigeant qui la prend dont il devra rendre justice à son actionnaire un jour, si la réalisation du risque systémique impose à l'entreprise de verser des sommes considérables

1. Transaction et Dissuasion

- Aboutir à ce résultat suppose de s'intéresser aux facteurs spécifiques qui ralentissent et rendent trop aléatoire l'action civile en matière d'indemnisation des pratiques anti-concurrentielles.
- Nous en voyons principalement deux :
 - L'absence de coordination dans le temps et dans l'espace des actions devant le Conseil de la Concurrence et devant le Tribunal de Commerce qui fait craindre à ce que leur durée cumulée ne reste pas dans un horizon de temps acceptable
 - L'aléa sur le montant de la réparation qui peut être obtenue en relation ou non avec la sanction prononcée par le Conseil
- Ce sont les deux autres points que je me propose d'examiner.

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Il se trouve qu'en France, mais cela est vrai d'une large partie de l'Europe Continentale, nous disposons désormais d'autorités nationales de concurrence qui
 - en quelques années ont su développer une pratique du droit de la concurrence
 - qui ne semble pas de nature à pouvoir être reproduites par aucune juridiction
 - et dont le grand mérite est de ne pas de ne pas considérer que la régulation de l'économie de marché doit être laissée aux mains et à l'entière initiative des opérateurs privés mais entre rester entre celles de l'Etat
- C'est un fait, à mon sens positif mais bien évidemment, il complique quelque peu l'action civile en matière d'indemnisation des pratiques anti-concurrentielles car la victime doit faire un choix *ab initio* entre
 - porter directement son affaire devant le Conseil puis devant la juridiction commerciale
 - ou à l'inverse plaider directement et exclusivement devant la juridiction commerciale.

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- D'un point de vue pragmatique, le choix est vite fait
 - Les caractéristiques de la juridiction commerciale et notamment la tradition des juges consulaires, leur attachement de principe au respect de la force obligatoire du contrat, au droit de la propriété
 - alors que ceux-ci sont en droit de la concurrence le moyen ou la traduction d'une pratique anti-concurrentielle
 - Rendent illusoire de porter devant la juridiction commerciale d'autres contentieux
 - que des cas dans lesquels le Conseil ou la Commission ont défini avec grande précision tous les éléments de la faute,
 - C'est à dire les caractéristiques du marché dans et l'existence d'un pouvoir de marché
 - Le standard de preuve et le test d'application des pratiques considérées
 - Ce qui laisse en théorie, s'agissant de la faute concurrentielle, au Tribunal de Commerce pour l'indemnisation proprement dite

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Je me suis ainsi personnellement essayé à porter une affaire d'effet de ciseau devant la juridiction commerciale et le résultat obtenu me conforte définitivement de ne pas le refaire avant plusieurs années
- Au point, que s'agissant de pratiques d'élévation artificielle des coûts des concurrents pour lesquelles l'obtention d'une indemnisation rapide était recherchée ,
 - Nous ne les avons porté devant la juridiction commerciale qu'en nous interdisant de les qualifier comme telles et en renonçant à les faire juger au regard de l'article 420-2
 - Mais en les présentant selon les conditions classiques de la concurrence déloyale
- Quant à évoquer des cas de cartels ou d'entente, la quasi-sacralisation du secret des affaires comme une sorte de principe général du droit me rend extrêmement dubitatif
- Enfin, l'hypothèse que des mécanismes de consultation puisse pallier ces difficultés me semble en outre très largement un leurre
 - tant elles risquent d'aboutir à un allongement du temps du procès et à un éclatement du droit de la concurrence, sans compter les multiples questions de procédure que cela pose
 - le risque me semble en outre important de transformer ces conditions les autorités nationales de concurrence en sous-traitant des juridictions civiles et donc de détourner les ressources rares du Conseil de la Concurrence pour analyser à moitié des dossiers quand tant d'autres demanderaient plusieurs rapporteurs au lieu d'un seul à tiers temps

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- La conclusion à laquelle on parvient est double
 - La première est qu'il faudrait que des mécanismes permettent que seules les affaires pour lesquelles le standard de preuve a déjà été défini puissent être portées devant la juridiction commerciale,
 - ce qui supposerait que se mette en place entre la juridictions commerciales et le Conseil de la Concurrence une relation continue de travail
 - qui permette, en étant informés des nouvelles assignations, à la seconde d'ouvrir ex-officio un cas portée de manière inopportune devant le juridiction commerciale,
 - réciproquement au Conseil de renvoyer les parties qui ne cherchent qu'une indemnisation pour des pratiques sans intérêt public à se pourvoir devant la juridiction commerciale
- Ce point est pour un avocat fondamental dès lors qu'il permet d'éviter le « jeu de yoyo » judiciaire en cours de procédure
 - Il conduit certains adversaires à prétendre que si vous n'avez pas saisi le Conseil,
 - c'est que votre cas n'existe pas et à l'inverse
 - d'éviter que par le biais de l'action civile d'aucun essaye de miner la jurisprudence du conseil comme j'ai pu le voir

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Je vous ai représenté sur le transparent qui s'affiche actuellement la nature des liens qui sont formellement organisés entre les trois acteurs du droit de la concurrence
- De toute évidence lorsque l'on examine ce graphique, on ne peut que constater que le lien Juridiction Judiciaire / Autorité Nationale est le plus maigre
- il faudrait qu'il soit renforcé à l'occasion de la mise en place des chambres spécialisées prévues par la NRE
- Cela doit pouvoir s'effectuer à droit constant, je ne vois pas ce qui s'oppose par exemple que les assignations en matière d'article 81 ou 82 ne puissent pas être spontanément transmises au Conseil
- Réciproquement, la suggestion aux parties que leur affaire n'a pas d'intérêt concurrentiel suffisant, tout en se réservant pour le conseil la possibilité d'intervenir pourrait convaincre les saisissants de ne pas occuper des ressources et symétriquement éviter des décisions hétérodoxes de la juridiction commerciale

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Ma seconde remarque est que dès lors que l'intervention du Conseil est requise pour une bonne administration de la justice et/ou le respect de l'unité du droit de la concurrence ou plus fondamentalement encore l'intérêt public
 - La fonction dissuasive de l'action civile risque d'être profondément atteinte par le temps que va nécessiter la nécessaire succession des procédures
 - Si l'on doit attendre la fin ultime de tous les recours possibles en droit de la concurrence pour débiter l'action en indemnisation,
 - autant dire que non seulement cette action va perdre toute potentialité dissuasive
- Il ainsi est impératif que l'action civile puisse débiter dès la première décision de l'autorité de concurrence constatant une violation du droit de la concurrence
- Sur la base de notre expérience, j'ai reproduit sur le transparent l'impact d'un enchaînement des procédures et vous pouvez constater que si les actions sont séquentielles, l'horizon de temps pour l'indemnisation est de l'ordre de dix ans, ce qui signifie que l'action civile a perdu toute fonction dissuasive

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Cela a deux conséquences me semble-t-il, la première c'est qu'aucun sursis à statuer de l'action civile ne doit pouvoir être obtenu dès lors qu'une décision de concurrence exécutoire a été rendue même en première instance
 - Par hypothèse la décision qui est exécutoire sans possibilité de suspension doit permettre l'engagement de l'action ;
 - Elle devrait même pouvoir permettre l'obtention d'une provision qui couvre les frais déjà engagés par le saisissant au Conseil, sachant qu'actuellement le coût d'une vraie procédure, en l'absence d'article 700, exclue les petites et moyennes entreprises du contentieux de la concurrence et les précipite parfois à bricoler des assignations devant le Tribunal de Commerce car le coût d'une action y est moins élevé
- Cette absence de possibilité de suspension du cours de l'action civile en raison d'éventuels recours qui concernent la décision de l'autorité, devrait durer tant que le risque que l'épuisement des voies de recours sur l'action civile intervienne avant celle sur l'action en concurrence, une hypothèse largement improbable, ne puisse se matérialiser

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- De cette manière, il n'existe aucune risque même théorique de contrariété de décisions et on limiterait les risques de l'engagement de recours aux seuls fins de retarder le cours de l'action civile.
- La seconde remarque est, me semble-t-il, que dès lors que le contentieux devant le Conseil va rester un préalable nécessaire l'attitude du Conseil par rapport aux entreprises qui le saisissent doit évoluer
- Je ne crois pas qu'il puisse ainsi se désintéresser aussi complètement du sort des parties qui l'on saisit
 - N'oublions quand même que ces parties ont participé à la procédure, qu'elles ont un pris un risque en dénonçant particulièrement fort en droit français du fait de l'absence d'anonymat des saisissants

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Je crois qu'il est erroné de dire que l'indemnisation des parties ne participe pas de sa mission et il faudra bien, nécessairement que les autorités de concurrence en viennent à s'interroger sur les conditions dans lesquelles les politiques d'engagement peuvent réserver effectivement le droit à indemnisation des victimes
- En tout état de cause, en matière de pratiques d'éviction, si l'autorité ne s'intéresse pas aux conditions dans lequel l'éviction va être réparée, cela signifie qu'en quelque sorte elle se désintéresse à la remise en état du marché laquelle ne peut résulter du paiement d'une amende et du seul abattement des barrières à l'entrée : les entreprises évincées ou d'autres ne reviendront pas nécessairement spontanément.
- Bien évidemment pour autant,
 - ni le conseil,
 - ni la commission n'ont à définir le niveau précis de l'indemnisation,
- en revanche, elles m'apparaissent les mieux placées pour préciser les éléments centraux du modèle « but for » qu'elles considèreraient pertinent pour reconstituer le marché tel qu'il aurait pu exister en l'absence d'infraction à la date de sa décision et aider ainsi apprécier la juridiction à apprécier la perte de capacité concurrentielle différentielle des entreprises concernées
- Cela me semble faire partie de l'appréciation de l'effet des pratiques sur les acteurs.

2. L'interaction entre la procédure au Conseil et celle devant le Tribunal de Commerce

- Cela est d'autant plus nécessaire que cela permettrait de supprimer une ambiguïté que je vois se développer à l'occasion de certains contentieux de la concurrence sur la question de la détermination de la sanction
 - celle qui consiste à vouloir faire de la sanction une sorte de réparation de l'atteinte à l'économie, approche erronée sur laquelle je voudrais terminer mon intervention
- Actuellement dans les décisions du Conseil, il me semble que l'essentiel des évaluations quantitatives de l'effet des pratiques se trouve bien souvent dans la partie consacrée à la sanction du fait de l'exigence de l'article 464-2 du Code de Commerce de motiver la sanction par rapport notamment à l'importance de l'atteinte à l'économie.
- Il est évident que la fonction dissuasive du droit de la concurrence peut sortir renforcée de l'imposition de montants de dommages-intérêts importants, pourtant je crains qu'il s'agisse d'une erreur que de vouloir de ce fait établir un lien entre la réparation du dommage concurrentiel subi par les acteurs et la sanction.

3. Réparation-sanction ou réparation indépendante ?

- La confusion entre réparation et sanction ne me semble pas juridiquement souhaitable et sans doute contre-productif pour l'efficacité de l'action civile
 - Pas souhaitable, voire acceptable car lorsque l'action civile se substitue à l'action publique, le juge ne saurait prendre en compte l'absence de sanction administrative car une action au conseil est possible, dans la limite du délai de prescription, et le juge ne connaît pas le nombre de procédures simultanées possibles contre l'auteur d'une pratique
 - Très contre-productif dans le cas où une sanction administrative aura été prononcée car l'effacement de la frontière entre les deux notions peut conduire le juge à se dire

« on me demande en fait de sanctionner, il faut donc que je le prenne en compte dans le montant de la réparation que j'accorde, pour éviter de violer la règle non bis in idem »

2. Sanction : réparation ou exemplarité ?

- Maintenir étanche ces deux notions me semble ainsi une condition primordiale d'une efficacité de l'action civile :
 - et c'est pour cela, à titre personnel, que je crois que toute discussion sur l'introduction des dommages punitifs dans la mesure où justement cette notion réintroduit de la confusion entre sanction et réparation
- Il me semble que l'efficacité du droit de la concurrence dans le contexte que l'on a décrit suppose au contraire de bien distinguer entre
 - Une amende fixée, selon la « théorie de la criminalité », pour dissuader de l'envie de recommencer
 - calculée comme proportionnelle au profit illicite divisé par la probabilité d'occurrence du risque ce qui donne évidemment un multiple du gain illicite puisque toute probabilité s'exprime comme un chiffre inférieur à 1.
 - corrigée par la situation de l'entreprise plaignante, sa conscience de l'infraction, le caractère excusable ou non d'une éventuelle négligence etc...
 - augmentée de la gravité et de l'intention
 - Dans cette perspective, je ne partage pas l'approche de ceux qui considèrent que la sanction pécuniaire devrait se régler sur les dommages subis par la collectivité, spécialement par les consommateurs, sous déduction du préjudice subi individuellement par tel ou tel opérateur
 - Une telle approche conduit à garantir au contrevenant que ces actions anti-concurrentielles sont au pire en cas de découverte, au pire un « jeu à somme nulle »

2. Sanction : réparation ou exemplarité ?

- A mon sens, cette approche procède d'une erreur symétrique à celle de ceux qui sont en faveur de « dommages punitifs », une nouvelle confusion entre la peine et la sanction mais dans le sens inverse.
 - Or cette confusion ne se provient pas de l'article 464-2 du Code de Commerce puisqu'il ne dit pas que la sanction doit être proportionnée « au dommage à l'économie » comme on l'entend parfois dire mais « proportionnés » à l'importance du dommage, ce qui exprime seulement un élément de personnalisation de la peine
- A coté de l'amende, la réparation de la capacité concurrentielle différentielle l'entreprise victime laquelle peut extrêmement être variable entre deux pôles et calculée de manière indépendante, ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut exister des corrélations entre le niveau élevé de l'amende et le niveau élevé des dommages
 - Si l'on roule à 200 km en ville à l'heure de la sortie des écoles et que l'on fauche des enfants : l'amende sera évidemment extrêmement élevés et les dommages bien davantage encore
 - Il en va de même en concurrence.
- A l'inverse, il n'est pas certain que les restrictions verticales même graves comme une pratique de prix imposée génèrent automatiquement des dommages importants pour les consommateurs, ni même tous les cartels
- Mais j'empiète là sur l'intervention de Frédérique Dupuis Toubol car nous entrons là dans la question du rôle et des moyens du juge commercial en matière notamment de calcul de l'indemnisation