

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 902 : Les procédures concurrentielles : Dissertation

Linda ARCELIN

Table des matières



En savoir plus : Correction

Les actions privées sont encouragées par le droit européen dans la mesure où elles peuvent se parer d'un fort effet dissuasif au regard du montant des dommages et intérêts alloués aux victimes. La directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, s'inscrit dans ce dessein. Elle a été transposée dans l'ordre interne par l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles (art. [L. 481-1 et s.](#) du Code de commerce), accompagnés d'une circulaire publiée le 23 mars 2017. Ces actions peuvent cependant venir contrarier l'efficacité des procédures alternatives (I) et réciproquement être entravées par celles-ci (II). Voici quelques éléments de réflexions.

I. L'affectation de l'efficacité des procédures négociées par les actions privées

Cette affectation se révèle dans toutes les procédures alternatives, mais a surtout été pointée du doigt au regard de la clémence.

En effet, l'immunité obtenue par l'entreprise ne la met pas à l'abri d'une action en responsabilité civile délictuelle engagée par les victimes du cartel. La Communication de 2006 est d'ailleurs claire sur ce point : « *le fait qu'une entreprise bénéficie d'une immunité d'amende ou d'une réduction de son montant ne la protège pas des conséquences en droit civil de sa participation à une infraction à l'article 81* ». Le même principe est affirmé en droit français, le Communiqué de procédure de 2009 disposant en son point 47 que « *l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE* ». Par conséquent, avant de dénoncer une entente, et par conséquent de la rendre publique aux yeux des victimes, les participants devront prendre en compte le coût éventuel des actions civiles en indemnisation. Elles devront procéder à une sorte de bilan coût / avantage de leur délation. Les autres procédures suscitent les mêmes réflexions.

Les risques sont particulièrement avérés dans le cadre d'une action de groupe puisque selon l'article [L. 423-17](#) du Code de la consommation, les manquements du professionnel – autrement dit sa faute – sont établis de manière irréfragable par la décision de l'Autorité constatant ces manquements. Deux bémols doivent être apportés toutefois. Tout d'abord, les engagements volontaires présentent moins de risques dans la mesure où il n'y a pas de qualification juridique des faits sur laquelle pourrait s'appuyer la victime. Ensuite, le régime de l'article [L. 423-17](#) n'est pas applicable en dehors de l'action de groupe si bien que la victime devra prouver la faute de l'entreprise ou des entreprises contrevenantes. Cela ne sera pas chose aisée car les preuves seront difficiles à obtenir, encore plus face lorsqu'a eu lieu une procédure négociée.

II. L'entrave aux actions privées par les procédures négociées

L'action en responsabilité civile intentée par la victime d'une pratique anticoncurrentielle repose sur la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. La décision définitive de l'autorité laisse présumer la faute (art. [L. 481-2](#) du code de commerce). Quelle que soit l'action, la démonstration du préjudice doit toujours être rapportée. La victime devrait donc pouvoir accéder à certains documents, comme le prévoit le système américain de la *discovery*.

La Cour de justice a laissé le soin à chaque Etat membre « *sur la base de leur droit national de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès – à l'ensemble des documents – doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union* » (CJUE, 14 juin 2011, aff. [C-360/09](#), Pfeiderer). Néanmoins, dans une volonté d'harmonisation, l'Union européenne a énoncé des principes relatifs à la production des preuves dans sa directive n° 2014/104/UE. Ainsi est-il affirmé que « *les États membres*

veillent à ce que, dans les procédures relatives aux actions en dommages et intérêts intentées dans l'Union à la requête d'un demandeur qui a présenté une justification motivée contenant des données factuelles et des preuves raisonnablement disponibles suffisantes pour étayer la plausibilité de sa demande de dommages et intérêts, les juridictions nationales soient en mesure d'enjoindre au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession, sous réserve des conditions énoncées au présent chapitre. Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales puissent, à la demande du défendeur, enjoindre au demandeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes » (art. 5-1).

La Cour de cassation est venue apporter une première réponse dans son arrêt Semavem du 19 janvier 2010. Elle énonce à cette fin deux principes. Tout d'abord, les pièces couvertes par le secret de l'instruction de l'ADLC (art. L. 463-5) ne sont exploitables dans le cadre d'une procédure judiciaire que si elles sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la partie qui les produit. Ensuite, c'est à la partie qui produit les pièces couvertes par le secret de l'instruction devant l'ADLC d'apporter la preuve de la nécessité de leur divulgation pour l'exercice de ses droits. La position est assez restrictive dans la mesure où, si on lit bien l'arrêt, seul le défendeur pourrait produire les éléments de l'instruction. Le Tribunal de commerce de Paris a cependant étendu cette jurisprudence au demandeur. Dans un jugement du 24 août 2011, il a enjoint à l'ADLC de communiquer au juge certains documents – dans leur version non confidentielle – réunis ou constitués à l'occasion d'une procédure d'engagements (ADLC, déc. n° [10-D-20](#)). On perçoit ici toute l'utilité pour le demandeur de se voir communiquer les pièces dans la mesure où la procédure d'engagement ne conduit pas l'Autorité à qualifier les faits reprochés et qu'il lui reviendra alors de prouver la faute du défendeur. Le Président de l'ADLC invoqua toutefois un empêchement légitime à la communication de pièces et demanda au tribunal de rétracter sa décision conformément à l'article [141](#) CPC. Le tribunal de commerce de Paris rejeta la demande de rétractation dans un jugement du 16 mars 2012 : « *Attendu que si l'article L. 463-6 du code de commerce interdit la divulgation de pièces dont MLDC n'a eu connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité, les principes découlant tant de la jurisprudence communautaire que de l'arrêt Semavem précité autorisent MLDC, demandeur à la présente instance, à les produire dans la mesure où cette divulgation est nécessaire à l'exercice de ses droits* ». Partant, le Tribunal consacre explicitement la possibilité pour le demandeur et plus seulement le défendeur, de produire des pièces issues du dossier de l'instruction.

Dès lors, la divulgation de pièces soumises au secret de l'instruction n'est pas incriminée si celle-ci est nécessaire à l'exercice, par une des parties à l'instance, de ses droits (CA Paris, 24 sept. 2014, SA Eco-Emballages : Contrats, conc., consom. 2014, comm. n° 280, obs. G. Decocq).

Une nuance doit toutefois être apportée. Les éléments contenus dans le dossier de clémence échappent à la possible transmission (V. A. Krenzer, Articulation avec une transaction ou une demande de non-contestation des griefs : Concurrences 3/2012, p. 264). La Cour de justice a jugé dans son arrêt Donau Chemie AG qu'une disposition nationale interdisant l'accès au dossier des tiers victimes de pratiques anticoncurrentielles, sans opérer de distinction entre l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction et l'accès aux documents du dossier de l'autorité de concurrence constitué en l'absence de procédure de clémence était non conforme au droit européen (6 juin 2013, aff. [C-536/11](#), Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG). Ce souci de préserver l'attractivité de la clémence avait déjà été transcrit dans le code de commerce à l'article [L. 463-2](#) alinéa 2, par la loi Lurel du 20 novembre 2012 : « *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* ». Il se trouve aujourd'hui consacré et même étendu aux propositions de transaction par la directive du 26 novembre 2014 : « *Les États membres veillent à ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions nationales ne puissent à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de produire les preuves relevant des catégories suivantes :*

- a) les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ;*
- b) et les propositions de transaction » (art. 6-6).*

Le même principe est détaillé à l'article [L. 483-5](#) du Code de commerce.