

## 6 – DROIT DE LA CONCURRENCE – Anne-Sophie Choné-Grimaldi

1. En droit de la concurrence, l'année 2014 constitue une année de transition. Transition, tout d'abord, pour le contentieux des actions civiles en réparation. En raison de l'influence conjuguée de la législation européenne et française ainsi que de la jurisprudence, celles-ci sont indéniablement appelées à voir le nombre augmenter. Transition, ensuite, pour le droit des pratiques anticoncurrentielles. La notion d' « objet anticoncurrentiel » qui se situe au centre de l'opération de caractérisation des pratiques anticoncurrentielles a en effet donné lieu à d'intéressants arrêts, porteurs de conséquences dans cette branche du droit de la concurrence. Transition, enfin, en droit des concentrations, branche dans laquelle d'importantes réformes sont en discussion.

### I) Les actions civiles en réparation

2. Incontestablement, l'année 2014 est celle des actions civiles (*private enforcement*). Depuis de nombreuses années, les spécialistes européens du droit de la concurrence dénoncent le trop faible nombre d'actions civiles intentées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. La comparaison avec le modèle américain n'est pas étrangère à cette critique : on sait qu'outre-atlantique, 90% des actions intentées en matière de pratique anticoncurrentielle sont des actions civiles et non des actions publiques. Dans l'Union européenne à l'inverse, les actions civiles en réparation occupent, dans le champ du contentieux relatif au droit de la concurrence, une place marginale. Les victimes de pratique anticoncurrentielle n'agissent pas ou trop peu. Laisser autant de préjudices sans réparation est injuste. Par ailleurs, il est dommage de se priver d'une arme qui pourrait être mise au service de la politique de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles.

3. Cette frilosité des victimes à l'égard des actions civiles (*private enforcement*) s'explique de deux manières. Elle s'explique, premièrement, par le montant trop faible du préjudice subi individuellement par chaque victime et, deuxièmement, par la présence d'obstacles procéduraux trop nombreux qui entravent l'effectivité de leur droit d'agir. Pour répondre à ces deux séries d'objections, des mesures ont été adoptées.

D'une part, la loi Hamon du 17 mars 2014, complétée par le décret du 24 septembre 2014, a introduit, dans le Code de la consommation, une nouvelle voie procédurale à destination des consommateurs, victimes de pratique anticoncurrentielle : l'action de groupe [1]. Alors même que les institutions européennes discutent actuellement de l'opportunité qu'il y aurait à imposer aux Etats membres l'introduction de cette forme procédurale, le législateur français a pris les devants, au moins pour les actions dites consécutives (c'est-à-dire les actions civiles intentées à la suite d'une décision de sanction adoptée par une autorité de concurrence – *follow on actions*) intentées par les consommateurs. C'est une action de groupe « à la française » que le législateur a créée. Elle se décompose en plusieurs phases. Saisi par une association de consommateurs, le juge commencera par statuer sur la responsabilité du professionnel. Etant tenu par la décision adoptée par l'autorité de concurrence saisie de l'action publique (*public enforcement*), il devra considérer la pratique anticoncurrentielle comme établie. Ensuite, conformément au système de l'opt-in qui a été retenu, les consommateurs-victimes seront appelés à rejoindre la procédure avant d'être indemnisés par le professionnel. Enfin, la phase d'indemnisation, prévue par principe comme étant amiable, pourra donner lieu à une nouvelle intervention du juge en cas de désaccord sur le montant de la réparation entre une ou plusieurs victimes et le professionnel responsable.

4. D'autre part, le 26 novembre 2014, a enfin été publiée, après plus de dix ans de réflexion au niveau européen, la directive *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.* Jusqu'alors, les actions civiles (*private enforcement*) relevaient des règles nationales de la responsabilité civile, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité. La directive bouscule cette autonomie des droits nationaux, une partie importante des règles applicables à la matière étant appelée à être harmonisée. La directive du 26 novembre 2014 devra être transposée dans les différents droits nationaux avant le 27 décembre 2016.

Au-delà de l'objectif affiché de faciliter les actions civiles en réparation, la directive vise à garantir une certaine équivalence entre les niveaux de protection offerte par les différents Etats membres à leurs victimes, le but étant de limiter, autant que faire se peut, le risque de forum shopping.

La mise en conformité des règles de droit français aux exigences de la directive ne devrait pas être trop problématique. Par exemple, écartant le système anglo-saxon de dommages punitifs, un temps invoqué, le législateur européen a retenu un principe de réparation intégrale du dommage, conforme à la tradition du droit français. De ce principe en découle l'admission obligatoire de la théorie dite du *passing on*, théorie permettant à une entreprise, partie à une entente sur les prix et défendeur à l'action civile, d'invoquer l'existence d'une répercussion des surcoûts opérée par la victime, demandeur à l'action civile. Ainsi, si le distributeur, qui a subi une hausse des prix consécutive à l'entente conclue entre ses fournisseurs, a répercuté cette hausse sur les consommateurs, il ne peut pas obtenir d'indemnisation, faute de réel préjudice subi. En revanche, les consommateurs, appelés par la directive « acheteurs indirects », qui sont les véritables victimes de l'entente, pourront obtenir une réparation.

De même, les règles visant à faciliter l'accès aux preuves détenues par le défendeur, les tiers ou par l'autorité de concurrence qui a traité du dossier au titre de l'action publique (*public enforcement*), sont très proches de celles qui existent déjà dans la procédure civile française. Par exemple, l'impossibilité, pour le juge judiciaire, d'enjoindre la production de documents obtenus grâce au programme de clémence, qui répond à l'objectif de maintien de l'attractivité du programme de clémence, est la solution retenue en France depuis la loi du 20 novembre 2012 [2] .

Quant à la responsabilité solidaire des différentes entreprises, auteurs de l'agissement anticoncurrentiel, il s'agit d'une règle classique du droit français de la responsabilité civile.

En revanche, sont nouvelles et devront être transposées en droit français les dispositions dotant les décisions adoptées par les autorités de concurrence d'un effet liant à l'égard du juge judiciaire. Selon la directive, la pratique anticoncurrentielle sanctionnée par l'autorité nationale devra être tenue pour établie par la juridiction nationale du pays dont elle relève. Quant à la décision adoptée par une autre autorité nationale que celle du pays dont la juridiction relève, la directive impose de lui attribuer valeur de preuve *prima facie*.

De même, est nouvelle la disposition instaurant une présomption de dommage en présence d'une entente. Cette nouveauté nous semble regrettable, tant il a déjà été montré, dans d'autres domaines que la concurrence, qu'elle s'acclimait mal avec le système français de responsabilité civile. Comment, notamment, évaluer les dommages et intérêts, si l'existence du dommage n'est pas établie ?

5. La directive relative aux actions privées n'épuise bien entendu pas toutes les questions que va générer l'émergence – attendue et souhaitée – du contentieux indemnitaire. L'essentiel des difficultés pourrait se concentrer autour de la question de l'évaluation des dommages et intérêts. A ce titre, il n'est pas certain que les deux documents de *soft law* publiés par la Commission européenne en 2013 (Communication relative à la quantification du préjudice [3] et guide pratique portant sur le même thème [4] ) répondent à toutes les questions. En témoigne l'arrêt *Kone* par lequel la Cour de justice de l'Union

européenne était confrontée à la question de prise en compte de ce que les économistes appellent les « effets d'ombrelle » [5] . Il s'agissait de savoir s'il est possible d'imputer aux membres d'un cartel la hausse des prix pratiqués par un tiers à l'entente, hausse qui n'aurait pas été pratiquée en l'absence d'entente. La question porte sur les exigences en matière de lien de causalité. Il y a « effet d'ombrelle » quand il est démontré que c'est la pratique de cartel qui a provoqué la hausse de prix pratiqué par le tiers, alors qu'il est censé agir de manière autonome. Si le lien de causalité entre le cartel et la hausse des prix est caractérisé, la Cour de justice accepte de prendre en compte les effets d'ombrelle et impose aux parties à l'entente de réparer intégralement le dommage, en ce compris les conséquences des hausses de prix pratiquées par des tiers concurrents. Une condition supplémentaire est tout de même exigée : le juge doit s'assurer que, pour les parties à l'entente, le dommage considéré était une conséquence objectivement prévisible de leur faute.

## II) Les pratiques anticoncurrentielles

6. L'année 2014 a mis la notion d' « objet anticoncurrentiel » en ébullition. Les arrêts les plus marquants dessinent une double tendance. Premièrement, il semblerait que le raisonnement mené en droit des ententes où l'on estime que la restriction de concurrence peut prendre deux formes alternatives – objet anticoncurrentiel ou effets anticoncurrentiels – soit progressivement étendu aux abus de position dominante. Deuxièmement, il semblerait que cette alternative, initialement d'ordre substantiel, devienne de plus en plus d'ordre probatoire. Revenons sur ces deux tendances.

7. La première tendance – recours à la notion d'objet anticoncurrentiel en matière d'abus – est illustrée par l'affaire *Intel*, laquelle mérite d'être mentionnée à plusieurs titres [6] : tout d'abord car il s'agit de l'affaire qui a donné au Tribunal de l'UE l'occasion de prononcer la plus lourde amende jamais infligée (plus d'un milliard d'euros) et, ensuite, parce qu'il s'agit d'un arrêt de principe en matière de pratiques d'exclusivité. Le Tribunal distingue désormais trois catégories de rabais.

Le rabais est qualifié de « quantitatif » lorsqu'il est exclusivement lié au volume d'achat effectué auprès de l'entreprise dominante et qu'il ne porte que sur la quantité qui excède le seuil de déclenchement du rabais. Selon le Tribunal, en principe, ce type de rabais n'est pas abusif. En revanche, le rabais dit « d'exclusivité », en ce qu'il est consenti par l'entreprise dominante en échange d'un engagement d'exclusivité pris par son contractant, constitue, selon le Tribunal, un abus « par nature » donc, sans qu'il n'y ait à s'intéresser à ses effets. Concernant les rabais dit de « troisième catégorie », qui visent tous les rabais ne rentrant ni dans la première, ni dans la deuxième catégorie, le Tribunal décide qu'ils ne peuvent être qualifiés d'abus qu'au terme d'un examen circonstancié de leur véritable effet fidélisant.

L'arrêt étonne pour plusieurs raisons. Premièrement, il semble passer outre les orientations du 24 février 2009 publiées par la Commission [7] , dans laquelle celle-ci optait très clairement en faveur de l'approche dite « par les effets », écartant l'approche dite « par la forme ». A suivre ce document de *soft law*, pour qualifier une pratique unilatérale d'abus de position dominante, il fallait nécessairement caractériser ses effets anticoncurrentiels sur le marché. Selon l'arrêt *Intel*, certaines pratiques apparaissent, par nature, suffisamment graves pour qu'elles soient qualifiées d'abus, sans que l'on ait à s'intéresser à leurs effets. La position de la Cour de justice est attendue : il faudra arbitrer le conflit qui se dessine entre la Commission et le Tribunal. Deuxièmement, l'arrêt apparaît remarquable en ce qu'il fait référence, en matière d'abus, à l'alternative existant entre l'objet et les effets anticoncurrentiels, alternative qui est traditionnellement cantonnée au domaine des ententes. Si cette jurisprudence devait se confirmer, à l'avenir, le raisonnement pourrait être mené de manière similaire pour l'application des articles 101 ou 102 TFUE : ce n'est qu'à défaut d'objet anticoncurrentiel de la pratique qu'il conviendrait

de s'intéresser à ses effets.

8. La deuxième tendance – passage du substantiel vers le probatoire, s'agissant de l'alternative entre objet et effets anticoncurrentiels – est illustrée par l'affaire du groupement des cartes bancaires [8] .

Dans l'affaire du groupement des cartes bancaires, étaient en cause de nouvelles pratiques tarifaires mises en place par le Groupement des cartes bancaires. Entre autres, ces pratiques alourdissaient les redevances dues par les banques ayant une activité d'émission supérieure à leur activité d'acquisition. En général, les nouveaux entrants sur le marché de la banque sont précisément dans cette situation.

La Cour commence par rappeler qu' « *il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence «par objet» au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère* ». Ensuite, elle insiste sur le fait qu'un accord n'est doté d'un objet anticoncurrentiel que lorsqu'il présente, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence. Grâce à ce rappel, elle indique qu'il faut retenir de la notion, une conception restrictive. C'est ainsi qu'un lien est établi entre l'objet et les effets anticoncurrentiels. La pratique anticoncurrentielle « par l'objet », c'est celle dont il est tellement évident qu'elle va déployer des effets anticoncurrentiels que ceux-ci peuvent être présumés. Par exemple, on sait d'expérience qu'un accord sur les prix a pour effet de maintenir artificiellement et durablement les prix à un niveau élevé et de réduire substantiellement les incitations à l'innovation et à l'amélioration de la qualité du produit ou du service. Nul besoin d'en rechercher les effets concrets. L'alternative entre objet et effets anticoncurrentiels devient d'ordre probatoire.

9. On sait depuis l'arrêt *Société technique minière* que la caractérisation de l'objet anticoncurrentiel ne se fait pas de manière totalement abstraite, dégagé de toute considération propre au marché concerné [9] . Au contraire, la jurisprudence recommande de tenir compte du contexte économique et juridique dans lequel l'accord s'inscrit. L'année 2014 a donné à la Cour d'appel de Paris l'occasion de retoquer très sévèrement deux décisions de sanction prononcées par l'Autorité de la concurrence française, lui reprochant de ne pas avoir assez pris en considération le contexte économique dans lequel s'inscrivaient les accords sanctionnés. Ceux-ci concernaient le secteur de la fabrication de farine [10] et celui de la production d'endives [11] .

### III) Le contrôle des concentrations

10. En droit des concentrations, deux chantiers sont en cours : celui de la pluri- notification et celui de la contrôlabilité des participations minoritaires. La réflexion est engagée. Des textes sont à attendre sur ces deux questions.

11. Le problème de la pluri- notification est depuis longtemps dénoncé par les praticiens du contrôle des concentrations. Ceux-ci se plaignent du gaspillage de temps et d'énergie suscité par l'obligation de notifier, dans tous les pays dont les marchés sont concernés, les concentrations dont la taille n'atteint pas le seuil exigé pour déclencher la compétence de la Commission européenne. L'affaire Eurotunnel qui a créé une divergence de solutions entre l'autorité française et l'autorité britannique a alourdi le poids de la critique [12] . La solution *a minima* consisterait à ouvrir, plus largement qu'auparavant, les possibilités de renvoi à la Commission européenne des opérations qui affectent le territoire d'au moins deux Etats membres [13] . La solution *a maxima* serait d'étendre la compétence du Réseau européen de la concurrence (actuellement réservée au droit des pratiques anticoncurrentielles) au champ du contrôle des concentrations.

12. La question de la contrôlabilité des participations minoritaires est posée par la Commission qui, dans un livre blanc publié le 9 juillet 2014 [14] et proposé à la consultation, a imaginé de soumettre certaines opérations « non contrôlantes » au contrôle des autorités de concurrence. Ce contrôle ne serait pas étendu à toutes les prises de participation (car l'encombrement des autorités de concurrence serait alors total) mais limité à celles créant des « liens significatifs du point de vue de la concurrence ». Toute la difficulté est bien sûr de déterminer quelles sont les opérations qui créent des liens significatifs du point de vue de la concurrence. Il est prévu de ne pas soumettre ces opérations à la procédure classique de notification préalable. La Commission propose de retenir un système de « transparence ciblée ». Il s'agirait de mettre à la charge des entreprises une simple obligation d'information à la Commission, laquelle disposerait ensuite d'un délai pour intervenir en demandant à la partie ayant réalisé l'opération de la lui notifier.

[1] *CHONE-GRIMALDI A.-S, RASCHEL L.*, « *L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre !* », *Resp. civ. et ass.* avril 2014, étude 4 ; mêmes auteurs « *Le décret relatif à l'action de groupe : entre espoir et inquiétudes* », *Resp. civ. et ass.*, novembre 2014, étude 9.

[2] *Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, codifiée à l'article L. 462-3, al. 2 du Code de commerce.*

[3] *Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 TFUE, JOUE n° C 167, 13 juin 2013.*

[4] *Guide pratique concernant le quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 TFUE.*

[5] *CJUE, 5 juin 2014, Kone, C-557/12.*

[6] *Tr. UE, 12 juin 2014, aff. T-286/09, Intel Corp.*

[7] *Communication portant Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE 24 février 2009.*

[8] *CJUE, 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires, aff. C-67/13.*

[9] *CJCE, 30 juin 1966, Société technique Minière, aff. 56/65, Rec. p. 337.*

[10] *CA Paris, Pôle 5 - chambre 5-7, 20 novembre 2014, n° 2012/06826.*

[11] *CA Paris, Pôle 5 - chambre 5-7, 15 mai 2014, n° 2012/06498.*

[12] *UK Competition Commission, 6 juin 2013, Eurotunnel c/ Seafrance ; Aut conc., n° 12-DCC-154, 7 novembre 2012, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Seafrance par la société Groupe Eurotunnel.*

[13] *Rapport Zivi « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », 14 mars 2014.*

[14] Commission européenne, Livre blanc, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », COM (2014) 449 final.