

## Il faut aider nos tribunaux à être compétitifs, car les enjeux des dossiers indemnitaires sont colossaux



Entretien avec  
**THIBAUT REYMOND**  
avocat associé,  
**DETHOMAS PELTIER JUVIGNY  
& ASSOCIÉS**



et **NING-LY SENG**  
avocat,  
**DETHOMAS PELTIER JUVIGNY  
& ASSOCIÉS**

Thibault Reymond et Ning-Ly Seng, avocats du cabinet Dethomas Peltier Juvigny & Associés, reviennent sur les dernières évolutions du droit de la concurrence français et européen. Et notamment sur l'impact de la récente transposition en droit français de la directive communautaire relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

**DÉCIDEURS.** Quel est l'impact de la transposition en droit français de la directive sur l'indemnisation des dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles sur votre pratique ? Quelles difficultés anticipez-vous sur le sujet à plus long terme ?  
**Thibault Reymond.** La transposition de la directive ouvre de nouveaux horizons pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Si les contentieux indemnitaires existent depuis longtemps – plusieurs affaires ont par exemple été portées devant les tribunaux dans les années 1990, notamment par la SNCF – nous constatons récemment une véritable explosion des actions initiées par les victimes. Elles n'hésitent plus à saisir les tribunaux, quitte à transiger ultérieurement avec les auteurs des pratiques illicites. D'ailleurs, l'assignation peut être un moyen de pression efficace pour la négociation d'une transaction...

**Ning-Ly Seng.** Ce type de contentieux s'est développé de manière très significative dans les pays voisins (au Royaume-Uni, en Espagne, en Italie ou en Allemagne par exemple), et au-delà bien évidemment (en particulier, les États-Unis). Pour en avoir discuté avec des confrères étrangers, ces derniers vont être très attentifs aux décisions qui seront rendues en la matière en France. En effet, l'autorité de la concurrence française est très active et beaucoup de dossiers ont des enjeux transfrontaliers. Les orientations que prendront les magistrats français pourraient influencer le choix de certains plaignants d'attirer leurs affaires en France ou dans d'autres juridictions plus clémentes et protectrices de leurs intérêts, afin de s'assurer la meilleure indemnisation possible.

**T. R.** Le nouveau cadre légal va permettre à nos tribunaux de mieux appréhender ces contentieux. C'est fondamental car comme le souligne Ning-Ly, il existe une concurrence entre les juridictions des États membres de l'Union pour trancher ce type de litige. On

voit naître un *forum shopping* en la matière. Il faut donc aider nos tribunaux à être compétitifs et à rendre des jugements clairs, cohérents et pédagogiques car les enjeux des dossiers indemnitaires sont colossaux. En effet, l'indemnisation d'un surcoût payé par la victime pendant de nombreuses années peut rapidement se chiffrer en millions d'euros.  
**N.-L. S.** La transposition de la Directive va permettre aux magistrats français de donner plein effet aux mécanismes de présomptions qu'elle prévoit.

Le débat judiciaire, pour nous les juristes, va de plus en plus se concentrer sur la preuve du lien de causalité et le montant du préjudice. Au vu des contentieux portés devant l'Autorité de la concurrence, le lien de causalité n'est pas toujours évident à établir. Dans certains secteurs, divers facteurs, étrangers à la/les pratique(s) reprochée(s), peuvent avoir participé au préjudice prétendument subi. Il s'agira donc d'en déterminer le niveau.

**T. R.** Il sera aussi intéressant de suivre comment les tribunaux vont ou non prendre en compte le rapport de force entre les parties et la santé financière des auteurs des pratiques illicites. Parfois, l'entente nouée ne vise qu'à résister à un rapport de force défavorable et n'empêche pas les auteurs des pratiques de perdre de l'argent. Dans un tel cas, le juge sera-t-il plus clément, comme peut l'être l'Autorité de la concurrence qui examine la capacité contributive des entreprises ?

« La transposition de la directive ouvre de nouveaux horizons pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles »

Thibault Reymond

C'est une question qui se pose notamment dans le secteur agricole.

**T. R.** Compte tenu des spécificités des produits agricoles et de la crise que connaît ce secteur, on aurait pu s'attendre à une certaine compréhension des autorités de concurrence face aux acteurs de ce secteur. La réalité est plus complexe comme le souligne l'avocat général Nils Wahl dans le dossier dit des *Endives*. En réponse aux questions de la Cour de cassation, il conclut que les pratiques en cause (fixation de prix minimum, concertation sur les prix et échanges d'informations stratégiques) ne peuvent pas d'emblée être soustraites à l'application des règles de concurrence.

**N.-L. S.** Avec le recul, on constate que la crise impactant le secteur agricole conduit les entreprises soit à se regrouper au sein d'organisations communes de marché, lesquelles peuvent soulever des questions de concurrence comme le rappelle Nils Wahl, soit – et c'est de plus en plus fréquent – à se consolider *via* des acquisitions ou la création d'entreprises communes. D'ailleurs, une telle option s'impose parfois d'elle-même pour la survie de l'entreprise.

**L'indemnisation des dommages concurrentiels prend une part particulière dans les procédures ?**

**N.-L. S.** Avec la transposition de la directive, le risque de contentieux indemnitaires est plus important. Ce risque doit donc être pris en considération dès l'élaboration de la stratégie devant les autorités de concurrence. Or, le niveau du risque indemnitaires varie selon qu'une partie est demandeur de clémence, décide de transiger avec une autorité ou conteste purement et simplement les griefs.  
**T. R.** Désormais, l'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de l'amende infligée à une entreprise si celle-ci a, en cours de procédure, versé à la victime une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil.

**Quelle place prend dans ce contexte la procédure de transaction adoptée en France en 2015 ?**

**T. R.** Elle comble une lacune de la précédente procédure de non-contestation des griefs en offrant aux entreprises une relative visibilité sur le montant de la sanction pécuniaire. Cette procédure rencontre un certain succès car depuis le début de l'année 2017, les trois décisions de condamnation sont des décisions de transaction.

**N.-L. S.** Il faut dire que c'est une procédure qui présente de nombreux avantages pour l'Autorité également : une économie de coûts

et de moyens dans le traitement des dossiers et une minimisation du risque de recours.

**La Commission s'est distinguée ces dernières semaines par ses veto sur des projets de concentration. Faut-il y voir un durcissement des critères d'autorisation ?**

**T. R.** Les veto de la Commission restent rares mais il est vrai que la Commission vient de s'opposer à deux rapprochements en moins d'une semaine (rapprochement des places boursières allemande et anglaise et rapprochement de cimentiers en Croatie). Parallèlement en France, plusieurs projets, concernant des secteurs très divers comme la grande distribution, le transport frigorifique, la régie publicitaire, ou encore la logistique, ont été abandonnés pour des raisons liées aux contraintes du droit des concentrations. Les autorités de concurrence veillent à ce qu'un nombre suffisant d'opérateurs crédibles restent sur le marché après l'opération envisagée. Au-delà des spécificités de chaque dossier, peut-être faut-il voir également dans ces échecs une trop grande importance donnée aux réponses des tiers, notamment des concurrents, lors des tests de marché. Les autorités de concurrence redoutent les recours des tiers contre leurs décisions d'autorisation, ce qui pourrait expliquer leur démarche...

**N.-L. S.** Je ne pense pas qu'il s'agisse d'un « durcissement ». En matière de concentration, il est très difficile de défaire une opération. Cela signifie qu'une opération autorisée, le cas échéant sous réserves d'engagements, doit reposer sur une décision solide car si cette décision devait être remise en cause – dans le cadre d'un recours contentieux ou pour non-respect des engagements par exemple – la situation sera très complexe et délicate pour les parties. Il est donc essentiel pour une autorité de motiver ses décisions d'autorisation ou d'interdiction. Dans tous les cas, c'est un investissement important pour les entreprises, ce qui implique d'avoir des échanges francs et de qualité avec les autorités dès la phase de prénotification.

**T. R.** Parallèlement à ces récents veto, il faut reconnaître aux autorités de concurrence une certaine ouverture et créativité dans les dossiers. L'exemple du rapprochement Fnac/Darty en est la preuve, l'Autorité de la concurrence a accepté de prendre en compte la pression concurrentielle exercée par le commerce en ligne. Les autorités de concurrence s'adaptent donc aux évolutions des habitudes des consommateurs mais restent très vigilantes au degré de concurrence existant sur les marchés. ♦

« Les orientations que prendront les magistrats français pourraient influencer le choix de certains plaignants d'attirer leurs affaires en France ou dans d'autres juridictions plus clémentes et protectrices de leurs intérêts, afin de s'assurer la meilleure indemnisation possible »

Ning-Ly Seng