

Transposition de la Directive Dommages en droit français

[Click here for the English version](#)

L'ordonnance du 10 mars 2017 introduit de nouvelles dispositions dans le code de commerce qui visent à faciliter le recours indemnitaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Points essentiels:

- La directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 (la « Directive Dommages ») a été transposée en droit français par une ordonnance (« l'Ordonnance ») et son décret d'application (le « Décret ») en date du 10 mars 2017. Une circulaire de présentation de l'Ordonnance et du Décret en date du 23 mars 2017 a également été publiée le 31 mars 2017.
- La transposition de la Directive Dommages a apporté des modifications au droit antérieurement en vigueur qui bénéficient largement à la victime d'une pratique anticoncurrentielle.
- Elle a aussi été l'occasion de clarifier et de rationaliser le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ou *private enforcement*, sans toutefois apporter de réponse à certaines interrogations persistantes, laissant ainsi le soin aux juridictions compétentes de trancher.

Champ d'application de l'ordonnance de transposition¹

Pour rappel, le *private enforcement* comprend les actions *follow-on* (suite à une décision d'une autorité de concurrence) comme les actions autonomes, qui tendent à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et à obtenir réparation du préjudice subi de ce fait.

Champ d'application matériel de l'ordonnance

Allant plus loin que ce qui était prévu dans la Directive Dommages, les dispositions issues de la transposition s'appliquent aux actions engagées par les victimes d'entente ou d'abus de position dominante, même lorsque ces pratiques n'affectent pas le commerce entre Etats membres² et s'étendent aux infractions d'abus de dépendance économique³, relatives aux accords sur les droits exclusifs d'importation en Outre-mer⁴, ou aux accords et pratiques dans le domaine du transport⁵ et aux pratiques de prix abusivement bas⁶.

Champ d'application temporel de l'ordonnance

Conformément aux principes généraux relatifs à l'application de la loi dans le temps, les nouvelles dispositions s'appliqueront aux faits générateurs de responsabilité intervenant après la date d'entrée en vigueur de l'Ordonnance, soit le 11 mars 2017⁷.

Par exception, les règles procédurales sur la communication et la production de pièces sont applicables aux instances introduites devant les juridictions compétentes à compter du 26 décembre 2014, date limite fixée par la Directive Dommages à son article 22.

Un aménagement du droit commun de la responsabilité civile afin de favoriser le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles

Détermination de la personne responsable

Le droit européen de la concurrence a créé un concept qui permet de se détacher de la notion de personne légale pour s'attarder sur la notion d'entreprise ou d'organisme, telle que définie par la pratique décisionnelle et la jurisprudence constantes, c'est-à-dire toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.

Le nouvel article L. 481-1 du code de commerce dispose que pourront être condamnées au paiement de dommages et intérêts les personnes physiques et morales qui constituent l'entreprise ou l'organisme auteur de la pratique anticoncurrentielle.

En pratique, les conséquences sont importantes – en particulier dans le cadre d'actions *follow-on* – pour les sociétés mères qui se sont vu condamner pour des pratiques anticoncurrentielles commises par leurs filiales et pourront avoir à payer des dommages et intérêts conséquents alors même qu'elles n'ont pas participé personnellement à l'infraction. Ce risque est d'autant plus prégnant que les juridictions de l'Union européenne ont instauré une présomption de responsabilité des mères détenant l'intégralité ou la quasi-intégralité du capital de leurs filles.

Présomption irréfragable de faute pour les actions *follow-on*

S'agissant des actions *follow-on*, le nouvel article L. 481-2 du code de commerce introduit en droit français une présomption irréfragable de faute (pratique anticoncurrentielle) « *dès lors que son existence et son imputation [...] ont été constatées par une décision [de l'Autorité de la concurrence] qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat* », c'est-à-dire ne peut plus faire l'objet d'un appel, le recours en cassation étant considéré comme une voie de recours extraordinaire⁸. Cette présomption porte sur le dispositif tel qu'il a été pris à la lumière de la motivation détaillée dans la décision⁹.

Les décisions constatant un manquement – en ce compris les décisions de transaction devant l'Autorité de la concurrence (« l'Autorité ») et les décisions d'injonction – donneront application à cette présomption. Les décisions qui soulèveront des préoccupations de concurrence, comme celles prises dans le cadre de la procédure d'urgence (mesures conservatoires) et d'engagements, pourront servir de commencement de preuve pour la définition de marché ou l'établissement d'une position dominante, entre autres.

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles pourront faire usage de cette présomption dans un contentieux à l'encontre de demandeurs de clémence ou des entreprises parties à une transaction devant l'Autorité dès le rendu de la décision par l'Autorité, laquelle est alors définitive s'agissant du constat de la pratique anticoncurrentielle commise. A l'avenir, il appartiendra donc aux entreprises poursuivies et à

leurs conseils de faire la balance entre l'intérêt d'une transaction devant l'Autorité et le risque financier qui découlerait d'un contentieux indemnitaire rapidement mis en œuvre, au terme d'une analyse fine des conséquences économiques de la pratique anticoncurrentielle en cause.

Introduction de présomptions pour faciliter l'indemnisation

L'Ordonnance consacre une série de présomptions destinées à favoriser l'indemnisation de la victime d'une pratique anticoncurrentielle.

En premier lieu, l'article L. 481-7 dispose qu'« *il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice* ». Ainsi, à l'inverse du droit commun de la responsabilité civile, il appartiendra aux auteurs d'entente d'apporter la preuve de l'absence de préjudice pour le ou les demandeurs. Il est à noter que la solution proposée par le projet initial d'ordonnance d'étendre cette présomption à toute pratique anticoncurrentielle a finalement été écartée.

En outre, l'Ordonnance a inséré dans le code de commerce trois articles relatifs à la présomption de répercussion du surcoût¹⁰ :

- L'acheteur direct ou indirect est présumé n'avoir pas répercuté sur ses contractants le surcoût subi du fait de la pratique anticoncurrentielle. En cela, l'Ordonnance renverse la jurisprudence antérieurement établie.
- L'acheteur direct ou indirect qui prétend avoir subi un surcoût ou sa répercussion en raison d'une pratique anticoncurrentielle doit en rapporter la preuve. L'acheteur indirect bénéficie néanmoins d'une présomption réfragable de répercussion si (i) la commission d'une pratique anticoncurrentielle est reconnue, (ii) la pratique a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur et (iii) l'acheteur indirect a acheté des biens ou utilisé des services concernés directement ou indirectement par la pratique.
- Ces présomptions sont transposables aux « *fournisseurs directs ou indirects de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle qui invoquent un préjudice résultant d'une baisse du prix des biens ou services concernés par cette pratique* ».

Clarification du préjudice indemnisable

Les nouveaux articles insérés dans le code de commerce, s'ils ne modifient pas le droit existant, permettent de clarifier le type de préjudice indemnisable en matière de contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, le nouvel article L. 481-3 établit une liste non exhaustive des différents préjudices, dont la perte subie (le surcoût ou la minoration du prix) et le gain manqué, mais également la perte de chance et le préjudice moral.

De plus, le nouvel article L. 481-8 codifie utilement le principe déjà en vigueur selon lequel les dommages et intérêts alloués sont évalués au jour du jugement, permettant ainsi de prendre en compte les effets de l'écoulement du temps sur la victime. La question des intérêts, « *composante essentielle de l'indemnisation* »¹¹, n'est pas expressément tranchée par les nouveaux textes. Si le paiement de ces intérêts ne fait pas débat en droit français¹², son point de départ a fait l'objet en matière de *private enforcement* d'une jurisprudence jusqu'alors inconsistante. Il conviendra donc d'être attentif aux futures positions prises par les juridictions à cet égard.

Enfin, s'agissant de l'évaluation des préjudices, l'article R. 481-1 du code de commerce autorise le juge à solliciter l'assistance de l'Autorité, cette dernière bénéficiant d'un délai de 2 mois pour se prononcer, sans être toutefois tenue de répondre.

Consécration de la solidarité entre les auteurs de la pratique anticoncurrentielle

Selon les termes du nouvel article L. 481-9 du code de commerce, lorsque plusieurs entreprises ou organismes « *ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle [...] [ils] sont solidairement tenu[s] de réparer le préjudice en résultant* ».

En pratique, concernant la question de la contribution à la dette, le code de commerce précise que les coauteurs « *contribuent entre [eux] à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage* », sans donner toutefois de précision sur cette nouvelle notion de « *rôle causal dans la réalisation du dommage* ». La Directive Dommages pourrait à cet égard servir de guide, puisqu'elle mentionne à son considérant 37 « *des critères pertinents tels que le chiffre d'affaires, la part de marché ou le rôle joué dans l'entente* ».

Il est en outre à noter que l'Ordonnance, conformément à la Directive Dommages, instaure deux aménagements à cette solidarité :

- Les articles L. 481-11 et L. 481-12 du code de commerce assurent une protection du bénéficiaire d'une immunité totale de sanction pécuniaire au titre de la clémence, lequel n'est tenu de réparer que le préjudice subi par ses contractants directs ou indirects. Les autres victimes pourront seulement demander réparation au bénéficiaire de clémence si les autres codébiteurs solidaires n'ont pas été en mesure de les indemniser.
- L'article L. 481-10 du code de commerce écarte la règle de la solidarité à l'égard des PME pour les victimes autres que ses contractants directs ou indirects, sous certaines conditions (part de marché inférieure à 5% et risque pour la viabilité de l'entreprise), étant précisé que la PME ne devra pas avoir été l'instigatrice de la pratique ne pas avoir contraint d'autres personnes à y participer ni avoir commis une pratique anticoncurrentielle constatée par une décision d'une autorité de concurrence ou d'une juridiction de recours pour bénéficier de cette dérogation.

Extension du délai de prescription

La durée de la prescription antérieurement en vigueur n'a pas été modifiée et reste de 5 ans.

Néanmoins, selon le nouvel article L. 482-1 du code de commerce, le délai de prescription ne commence à courir que lorsque la pratique a cessé et que le demandeur a « *connu ou aurait dû connaître* » (i) la pratique et le fait qu'elle soit anticoncurrentielle, (ii) le fait que la pratique lui cause un dommage et (iii) l'identité de l'un au moins des auteurs de la pratique. L'ultime alinéa de cet article précise que, pour les victimes d'un bénéficiaire de clémence de premier rang, le délai ne commence à courir que lorsqu'elles ont été en mesure d'agir à l'encontre des autres auteurs de la pratique.

Enfin, par souci de cohérence avec le régime en place pour l'action de groupe, l'Ordonnance apporte les modifications nécessaires à l'article L. 462-7 du code de commerce qui dispose dorénavant que la prescription de l'action civile est interrompue par « *tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles* » des autorités nationales de concurrence, dont l'Autorité et la Commission européenne.

L'accès aux éléments de preuve facilité

Principe général

Le nouvel article L. 483-1 du code de commerce rappelle de manière générale que la communication et la production de pièces sont régies par les dispositions applicables du code de procédure civile¹³.

La première différence majeure avec le droit antérieur réside dans la possibilité de demander l'accès à des catégories de pièces. Il était précédemment exigé que les pièces demandées soient déterminées ou au moins susceptibles d'être déterminées avec précision afin d'éviter la « pêche à l'information » par la divulgation d'un trop large nombre d'informations diverses.

Un garde-fou a cependant été instauré par le nouvel article R. 483-1 qui dispose que « *la catégorie de pièces [...] est identifiée, de manière aussi précise et étroite que possible, par référence à des caractéristiques communes et pertinentes de ses éléments constitutifs tels que la nature, l'objet, le moment de l'établissement ou le contenu des documents* ». Une certaine marge de manœuvre est ainsi laissée aux juridictions pour apprécier l'étendue d'une catégorie et juger de la proportionnalité d'une demande, créant ainsi peut-être une sorte de *discovery* à la française.

Régime spécial pour les pièces issues du dossier d'une autorité de concurrence

Le nouvel article L. 483-4 du code de commerce précise tout d'abord que la demande d'injonction faite à l'Autorité, au ministre de l'économie, à la Commission ou aux autres autorités nationales a un caractère subsidiaire et ne peut se faire pour une pièce « *lorsque l'une des parties ou un tiers est raisonnablement en mesure de fournir cette pièce* », le caractère raisonnable ou non étant laissé à l'appréciation des juridictions saisies.

En outre différentes catégories de documents font l'objet de restrictions¹⁴ :

- **Liste grise : interdiction limitée de communication** – Cette liste inclut les pièces qui ne peuvent être communiquées « *tant que la procédure concernée n'est pas close* », interdiction qui n'est néanmoins pas applicable à « *une pièce qui existe indépendamment de la procédure engagée devant une autorité de concurrence, qu'elle figure ou non dans le dossier de ladite autorité* »¹⁵. Ces pièces sont les éléments préparés, créés ou établis par les parties ou l'autorité en question lors de l'enquête ou de l'instruction, ainsi que les exposés écrits ou la transcription de déclarations orales des demandes de transaction lorsque l'auteur s'est retiré de cette procédure.
- **Liste noire : interdiction absolue de communication** – Conformément à l'article 6-6 de la Directive Dommages, l'Ordonnance introduit dans le code de commerce une interdiction totale pour le juge d'enjoindre la communication ou la production de l' « *exposé écrit ou la transcription de déclarations orales* » des demandeurs de clémence et des entreprises parties à une procédure de transaction devant l'Autorité, le ministre de l'économie, la Commission européenne ou les autres autorités de concurrence nationales¹⁶. Le texte étend la protection « *aux passages d'une pièce établie à l'occasion d'une enquête ou d'une instruction devant une autorité de concurrence et qui comporteraient une transcription ou citation littérale de [ces] exposés* ». La transposition modifie ainsi, pour le seul contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles¹⁷, le droit antérieur qui protégeait les « *pièces élaborées ou recueillies* » à l'occasion de la demande de clémence, ce qui incluait les éléments spécialement rédigés pour compléter le dossier de demande de clémence mais également l'ensemble des documents fournis tels que des emails, des mémos, des notes internes, etc..

On notera que, hors contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, l'interdiction faite aux entreprises parties à une procédure devant l'Autorité, sous peine de sanctions pénales, de divulguer les pièces obtenues au cours de cette procédure est maintenue¹⁸.

Sanctions

Pour garantir l'efficacité de ces nouvelles dispositions, le Décret prévoit le prononcé d'une amende civile pour les différents manquements relatifs à l'accès aux preuves « *d'un montant maximum de 10 000 €, sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient réclamés* » ainsi que la faculté offerte au juge de « *tirer toute conséquence de fait ou de droit au préjudice de la partie ayant été à l'origine de l'un quelconque des [manquements]* »¹⁹.

Le recours au règlement consensuel du contentieux encouragé

La transposition consacre et valorise le recours à la transaction pour indemniser les victimes, et ce, par le biais de plusieurs dispositions nouvelles. Ce recours à un mode plus discret de résolution d'un contentieux est particulièrement intéressant en matière de concurrence car il permet une publicité limitée, voire inexistante, pour les entreprises concernées. A cet égard, les autres pays européens, et notamment la Grande-Bretagne ou les Pays-Bas, ont largement favorisé les accords consensuels entre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles et leurs victimes.

Tout d'abord, le nouvel article L. 481-13 du code de commerce aménage la règle de la solidarité des coauteurs en faveur de l'auteur qui aurait transigé avec une victime. Dès lors, la victime ne peut demander aux coauteurs non parties au protocole transactionnel les préjudices imputables au coauteur ayant transigé. Les autres coauteurs ne pourront en aucun cas réclamer une participation à l'entreprise partie au protocole transactionnel. La victime quant à elle peut à nouveau se retourner vers le coauteur partie au protocole transactionnel si les autres coauteurs n'ont pas été en mesure de l'indemniser du préjudice qui leur est imputable (un tel recours pouvant néanmoins être écarté dans le protocole transactionnel²⁰).

Finalement, l'article L. 464-2 I alinéa 3 du code de commerce ouvre à l'Autorité la possibilité de réduire la sanction pécuniaire prononcée dans le cadre du *public enforcement* pour tenir compte d'une transaction d'indemnisation conclue entre l'auteur des pratiques et sa ou ses victime(s).

Consécration de la protection au titre du secret des affaires

Les nouveaux articles L. 483-2 et L. 483-3 du code de commerce posent plusieurs principes généraux relatifs à la confidentialité des pièces échangées et à la protection au titre du secret des affaires : (i) le juge peut décider de la non-publicité des débats, (ii) il peut limiter la production des pièces, et (iii) toute personne ayant accès à une pièce contenant du secret des affaires est tenue par une obligation de confidentialité.

De même, le Décret introduit, par les nouveaux articles R. 483-2 à 483-10 du code de commerce, une procédure de demande de protection au titre du secret des affaires assez proche de celle qui a cours devant l'Autorité. Ainsi la partie ou le tiers qui sollicite la protection d'une pièce doit fournir au juge « *une version non-confidentielle de la pièce ainsi que les motifs qui [...] confèrent [à chaque information ou document] le caractère d'un secret des affaires* »²¹. Le juge décide des modalités de communication de la pièce, selon qu'il estime qu'elle relève en tout ou partie du secret des affaires, n'en relève pas ou en relève, mais est nécessaire à la résolution du litige.

Un système de recours suspensif devant le premier président de la Cour d'appel est prévu uniquement contre les ordonnances qui enjoignent la communication de pièces, faisant ainsi écho à la nouvelle procédure de recours contre les décisions du rapporteur général de l'Autorité relatives au secret des affaires, créée par la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle²². Ce recours est exercé dans un délai de 10 jours à compter de la notification de l'ordonnance, le premier président disposant d'un délai d'un mois pour statuer.

Conclusion

Si les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent se réjouir de cette transposition de la Directive Dommages en droit français qui facilite grandement leurs actions en dommages et intérêts, les entreprises devront quant à elles examiner attentivement les dispositions nouvellement introduites pour mesurer l'étendue des sanctions économiques encourues en cas de violation du droit de la concurrence tant du point de vue du *public enforcement* que du *private enforcement*. Le nouveau régime de *private enforcement* devrait permettre de renforcer l'attractivité de la France en matière de contentieux des pratiques anticoncurrentielles – l'avenir indiquera si cet objectif pourrait être atteint.

If you have questions about this *Client Alert*, please contact one of the authors listed below or the Latham lawyer with whom you normally consult:

[Hugues Vallette Viallard](#)

hugues.valletteviallard@lw.com

+33.1.40.62.23.27

Paris

[Oriane Faure](#)

oriane.faure@lw.com

+33.1.40.62.29.49

Paris

[Adrienne Salaün](#)

adrienne.salaun@lw.com

+33.1.40.62.21.47

Paris

You Might Also Be Interested In

[French Competition Authority Determines That Certain Information Exchanges Are Acceptable](#)

[First-ever French Fine for Integrating Before Merger Clearance](#)

[General Court Annuls Fine in Envelope Cartel Settlement](#)

Client Alert is published by Latham & Watkins as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the lawyer with whom you

normally consult. The invitation to contact is not a solicitation for legal work under the laws of any jurisdiction in which Latham lawyers are not authorized to practice. A complete list of Latham's *Client Alerts* can be found at www.lw.com. If you wish to update your contact details or customize the information you receive from Latham & Watkins, visit <http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html> to subscribe to the firm's global client mailings program.

-
- 1 Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et son décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017.
 - 2 Articles 101 et 102 du TFUE et articles L. 420-1 et L. 420-2 alinéa 1 du code de commerce.
 - 3 Article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce.
 - 4 Article L. 420-2-1 du code de commerce.
 - 5 Article L. 420-2-2 du code de commerce.
 - 6 Article L. 420-5 du code de commerce.
 - 7 Article 12 I alinéa 1 de l'Ordonnance.
 - 8 Article 527 du code de procédure civile.
 - 9 Les mêmes décisions rendues par une autorité de concurrence ou une juridiction de recours d'un autre Etat membre ne bénéficient pas de cette présomption mais constituent un commencement de preuve de la pratique.
 - 10 Article L. 481-4 à L. 481-6 du code de commerce.
 - 11 Considérant 12 de la Directive Dommages.
 - 12 « *En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.* », article 1231-7 du code civil.
 - 13 Voir notamment les articles 11, 132 à 142 et 145 du code de procédure civile.
 - 14 Articles L. 483-5 à L. 483-11 et R. 483-11 à R. 483-13.
 - 15 Article L. 483-9 du code de commerce.
 - 16 Article L. 483-5 du code de commerce.
 - 17 Article L. 462-3 alinéa 2 du code de commerce.
 - 18 Articles L. 463-6 et L. 483-10 du code de commerce.
 - 19 Article R. 483-14 du code de commerce.
 - 20 Article L. 481-13 alinéa 2 du code de commerce.
 - 21 Article R. 483-2 du code de commerce.
 - 22 Article 96 de la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016.