



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust
Alliance

La Lettre du Cabinet

Octobre 2011

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Trophée d'argent 2011 – Droit de la distribution

FLASH CONCURRENCE N° 16

Le Tribunal de commerce de Paris enjoint l'Autorité de la concurrence de lui communiquer les pièces d'une procédure ayant conduit à une décision d'engagements

par Nathalia Kouchnir-Cargill et Elodie Camous

Par jugement du 24 août 2011, la quinzième chambre du Tribunal de commerce de Paris a enjoint l'Autorité de la concurrence, dans le cadre d'une action en réparation d'un dommage concurrentiel, de lui communiquer les pièces d'une procédure ayant conduit à une décision d'engagements.

* * *

Aux termes de l'article 138 du code de procédure civile, une partie à une instance peut demander au juge saisi d'ordonner la production de toute pièce détenue par un tiers¹. Ainsi, une juridiction judiciaire dispose du droit d'ordonner à tout tiers à la procédure la production d'une pièce dont une partie à l'instance souhaiterait faire état.

C'est en application de ce texte que le Tribunal de commerce de Paris, saisi d'une action en réparation d'un dommage concurrentiel, a enjoint l'Autorité de la concurrence, par jugement avant dire droit du 24 août 2011, de lui communiquer certaines pièces

¹ Art.138 CPC : « Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

d'une procédure ayant donné lieu à une décision d'engagements.

En l'espèce, la société *Ma liste de courses* avait saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés HighCo Data et Sogec Marketing dans le secteur des coupons de réduction électroniques. Les sociétés défenderesses avaient alors proposé des engagements à l'Autorité de la concurrence, acceptés par cette dernière et rendus obligatoires par décision du 25 juin 2010². Par cette décision, l'Autorité de la concurrence a donc mis fin à la procédure sans qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'ait été constatée, n'ayant mis en évidence, conformément aux règles de la procédure d'engagements, que des « *préoccupations de concurrence* ». N'ayant fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux, la décision est en outre définitive.

La société *Ma liste de course* a par la suite assigné les sociétés des groupes HighCo et Sogec en réparation des dommages qu'elle considère avoir subi du fait desdites pratiques qu'elle allègue anticoncurrentielles. Le Tribunal de commerce de Paris sera

² Décision n°10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction.

en conséquence tenu, dans son jugement au fond, de statuer sur le caractère anticoncurrentiel ou non des pratiques des sociétés HighCo Data et Sogec Marketing, pour déterminer l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil.

C'est en vue de la qualification desdites pratiques que la société *Ma liste de courses* a invoqué l'application de l'article 138 du code de procédure civile, afin d'obtenir la communication au Tribunal de commerce des pièces du dossier, réunies ou constituées par l'Autorité de concurrence à l'occasion de la procédure clôturée par la décision d'engagements du 15 juin 2010, et dont elle a eu connaissance en tant que partie à la procédure devant l'Autorité.

Pour faire droit à la demande de la société demanderesse, le Tribunal de commerce de Paris a rejeté l'ensemble des moyens soulevés par les sociétés défenderesses, et a relevé notamment :

- en premier lieu, que l'existence d'une décision d'engagements ne devait pas « avoir pour effet de priver le demandeur de toute possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre d'un contentieux en indemnisation » ;
- en deuxième lieu, que la divulgation d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence était justifiée « dès lors que celle-ci [la divulgation] est nécessaire à l'exercice des droits de la partie en cause » ;
- en troisième lieu, que si aux termes de l'article 6 de la loi n°78-753 du 17 juin 1978, modifié par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011³, les pièces détenues ou élaborées par l'Autorité de la concurrence ne sont pas des documents administratifs communicables, ces dispositions n'étaient pas applicables au juge et ne pouvaient « faire échec au pouvoir que tient le juge des dispositions de l'article 138 du code de procédure civile ».

En conséquence, le Tribunal a fait droit à la demande de la société *Ma liste de courses* et a enjoint l'Autorité de la concurrence de lui communiquer les documents - dans leurs versions non confidentielles - réunis ou constitués à l'occasion de la procédure

³ Cet article dispose : « I. Ne sont pas communicables : 1° [...] les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, [...] »

qui s'est achevée par l'acceptation d'engagements le 15 juin 2010.

Ce qu'il convient de retenir de ce jugement :

- Le Tribunal rappelle que les décisions d'engagements ne confèrent pas une totale immunité aux entreprises

Le Tribunal de commerce de Paris rappelle clairement que l'acceptation d'engagements par l'Autorité de la concurrence pour mettre fin à une procédure répond à des questions de concurrence, mais qu'elle n'empêche pas par ailleurs l'indemnisation du préjudice concurrentiel allégué par les concurrents. L'existence d'une décision d'engagement ne doit pas « avoir pour effet de priver le demandeur de toute possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre d'un contentieux en indemnisation ».

A l'inverse, une décision d'engagements peut inciter les entreprises victimes des pratiques ayant fait l'objet d'une procédure devant l'Autorité à agir en réparation, soit parce qu'elles ne sont pas satisfaites de la teneur des engagements acceptés, soit parce qu'elles considèrent que les pratiques sont restées impunies.

- Le recours à l'article 138 du code de procédure civile protège le demandeur du risque de violation du secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence et facilite les actions privées en réparation

Le Tribunal de Commerce de Paris a précisé que la partie demanderesse d'une action en réparation « ne peut verser à l'appui de ses demandes [...] que les seules pièces qu'elle a elle-même fournies à l'Autorité ».

Or, la société *Ma liste de courses*, plaignante et, par conséquent, partie à la procédure devant l'Autorité de la concurrence, avait eu connaissance de nombreuses pièces à la suite des communications ou consultations auxquelles il avait été procédé au cours de la procédure. Cependant, la communication au juge judiciaire des pièces produites au cours de la procédure d'engagements risquait d'être sanctionnée pour violation du secret de l'instruction, en application de l'article L.463-6 du code de commerce⁴.

⁴ Cet article dispose : « Est punie des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir con-

La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur cette question dans un arrêt du 19 janvier 2010⁵. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi affirmé que les pièces couvertes par le secret de l'instruction devant l'Autorité 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. En outre, c'est à la partie qui produit les pièces couvertes par le secret de l'instruction devant l'Autorité d'apporter la preuve de la nécessité de leur divulgation pour l'exercice de ses droits.

Or, la portée de cet arrêt étant discutée par la doctrine, la société *Ma liste de courses* a préféré demander au Tribunal de commerce de Paris d'ordonner la production desdites pièces, en application de l'article 138 du code de procédure civile plutôt que de se reposer sur cette jurisprudence récente et somme toute assez restrictive.

En faisant droit à la demande de la société demanderesse, le Tribunal de commerce de Paris lui permet de produire dans le cadre d'une procédure en réparation un nombre de pièces significatif qu'elle seule n'aurait pu réunir, mais que l'Autorité a, grâce aux moyens d'instruction dont elle dispose, pu rassembler.

Par ce jugement, le Tribunal protège la demanderesse à l'action du risque de violation du secret de l'instruction et semble, par conséquent, faciliter les actions privées en réparation d'un dommage concurrentiel.

- L'existence d'une pratique anticoncurrentielle reste à établir

Si l'action en réparation d'un dommage concurrentiel semble facilitée par ce jugement, il convient de rappeler que, dans le cadre d'une décision d'engagements, aucune pratique anticoncurrentielle n'a été constatée.

Dès lors, si l'accès aux pièces de la procédure est de nature à faciliter l'analyse, il appartient toujours à la société demanderesse de démontrer le caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en œuvre.

Il existe cependant un risque manifeste : le juge, saisi d'une action en réparation suite à une décision

naissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé».

⁵ Cass. Com., 19 janvier 2010, n°08-19761.

d'engagements, pourrait se contenter de déduire de l'existence de ces engagements un aveu de culpabilité de la part des entreprises mises en cause et reconnaître, sans véritable analyse, le caractère anticoncurrentiel – et par conséquent la faute – des pratiques mises en œuvre.

Cependant, l'Autorité de la concurrence précise dans son communiqué de procédure que dans le cadre d'une décision d'engagements, il n'y a pas de qualification des pratiques en cause et qu'une telle décision diffère « *d'une décision de condamnation qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant* »⁶.

Il faut donc espérer que le juge judiciaire, qui n'est pas lié par les décisions de l'Autorité, s'attache à rechercher, sans trop de précipitation, les éléments lui permettant de qualifier le caractère anticoncurrentiel ou non des pratiques.



Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- **A la négociation commerciale 2012 et aux évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;**
- **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « *NIP* », etc. ;
- **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

⁶ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, points 5 et 44.

- **Au contrôle des concentrations :**
 - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
 - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;**
- **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;
- **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;**
- **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / Les offres de couverture / les offres dites**

« cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;

- **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;**
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**
- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.**
- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site www.mgavocat**