Il y a des différences non justifiées de traitement des affaires par l'Autorité de la concurrence

Entretien avec
ANTOINE LABAEYE
associé,
FRÉGET-GLASER & ASSOCIÉS

et
ELSA THAUVIN
counsel,
FRÉGET-GLASER & ASSOCIÉS

Spécialistes du droit économique, Elsa Thauvin et Antoine Labaeye reviennent sur les tendances de la matière. Entre politisation de l'Autorité de la concurrence, développement des pratiques restrictives de concurrence comme alternative au droit de la concurrence et recours massif à la procédure de secret des affaires, le droit de la concurrence fait face à de nouveaux enjeux.

DÉCIDEURS. **En 2021, la directive ECN+ qui accorde à l'Autorité de la concurrence « l'opportunité des poursuites » est transposée en droit français. Comment cela se traduit-il en pratique ? Quels changements avez-vous observés ?**

Antoine Labaeye. Pour l'Autorité de la concurrence, avoir « l'opportunité des poursuites » signifie qu'elle peut décider d'instruire ou non une affaire en fonction des priorités qu'elle définit. Or, il nous est très difficile d'identifier ces priorités et la façon dont elles sont établies. Reposent-elles sur une véritable analyse économique du marché ou davantage sur des considérations politiques ?

Les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence semblent retenir la seconde option et ne privilégier que les dossiers qui les intéressent sans considération de l'impact réel sur le marché et sans que l'on ne puisse déterminer quel est l'intérêt réel servi par l'usage de cette opportunité. Cela introduit une inégalité de traitement entre les différents saisissants selon qu'il soit « intéressant » pour les services d'instruction d'ouvrir une enquêter dans leur secteur ou contre les entreprises visées.

Cet usage parfaitement discrétionnaire du « droit d'opportunité des poursuites » pose un autre problème : l'impossibilité de contestation de son utilisation devant la cour d'appel, ce qui était auparavant possible lorsqu'une saisine était rejetée.

En outre, dans les affaires traitées par l'Autorité, nous constatons un biais défavorable à l'égard des multinationales américaines du numérique et de l'industrie pharmaceutique et qu'elle a tendance à protéger davantage les entreprises publiques françaises. Par exemple, en 2022, l'Autorité a condamné EDF à 300 millions d'euros pour avoir abusé de sa position d'acteur historique de l'électricité et pour avoir de ce fait disposé pendant près de dix-sept ans de 60 % des parts d'un marché qui pèse plusieurs dizaines de milliards d'euros. Le calcul coût-avantage est rapide : le montant de l'amende incite presque EDF à poursuivre l'infraction tant il est peu élevé par rapport à ce que l'abus de sa position dominante lui a permis d'obtenir. Par comparaison, Google a été sanctionné à hauteur de 250 millions d'euros pour avoir méconnu une injonction, par ailleurs inédite, de mener des négociations de bonne foi. Il y a une forte disproportion dans le traitement des affaires jusque-là inédite.

Ces modifications de comportement nous conduisent à modifier la façon dont on appréhende les dossiers dans des secteurs économiques clés pour lesquels l'Autorité de la concurrence n'assure bien souvent et malheureusement plus son rôle de « gendarme du marché ». On se tourne vers les tribunaux de commerce, mais, bien que les juges y soient très compétents, ils manquent de moyens et les voies juridiques d'obtention des preuves sont plus limitées.

Quelle place occupent les pratiques restrictives de concurrence aujourd'hui dans votre pratique ?

Elsa Thauvin. Les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence (notamment pratiques commerciales trompeuses et déséquilibre significatif) peuvent parfois viser à appréhender les mêmes comportements et les raisonnements juridiques et économiques sous-jacents sont semblables.

Les conditions juridiques à remplir pour mobiliser les pratiques restrictives de concurrence sont toutefois plus souples que celles à rapporter en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, la démonstration d'une position dominante, préalable indispensable à une action pour abus de position dominante, peut être difficile à rapporter. En revanche, des comportements abusifs, par exemple l'imposition de conditions déséquilibrées, peuvent être sanctionnés même en l'absence de position dominante sous l'angle du déséquilibre significatif.

Si l'Autorité rend une décision de rejet (et, dans une moindre mesure, si elle renonce à poursuivre en opportunité des poursuites), il est très difficile par la suite de saisir le tribunal de commerce des mêmes pratiques en invoquant une violation des règles de concurrence. Les pratiques restrictives de concurrence s'avèrent alors être un outil très intéressant à notre disposition même si en termes d'image les entreprises peuvent redouter davantage une décision de l'Autorité.

Vous travaillez sur l'affaire des titres-restaurants. Quel est l'intérêt des fonds de financement de litiges dans le cadre des actions de *follow-on* ?

A. L. Les fonds de financement de litiges ont un intérêt majeur : ils permettent à des victimes de taille modeste d'agir, ce qu'elles n'auraient pas pu faire raisonnablement dans le cadre d'une action d'indemnisation. Ce mécanisme permet également de mutualiser les coûts tout en limitant les risques pour les victimes, qui, en cas de succès de l'action, obtiennent réparation. Cela s'illustre dans le dossier des titres-restaurant : parmi les 5 000 victimes que compte notre action pour l'instant, on recense des entreprises qui, pour la plupart, n'auraient pas agi face à des multinationales. C'est pour cela qu'il faut favoriser leurs actions. Aujourd'hui, le regroupement des victimes grâce au fonds de financement de litiges est la seule solution permettant de faire agir les victimes dans une même action – et donc de lutter contre l'encombrement de la justice –, d'avoir un tiers qui a un intérêt parfaitement aligné avec les victimes, le tout parfaitement coordonné. C'est indispensable pour le respect des droits fondamentaux des victimes qui comprend la réparation du préjudice subi. Les contentieux se rationalisent, évitant une multiplication des instances devant les tribunaux dont les décisions peuvent se contredire. Le service que rend ce mécanisme à la justice est très important. Ces pratiques commencent à se développer en France, bien qu'elle soit un peu en retard par rapport aux autres pays européens. Les fonds de financement de litiges ont du mal à convaincre les victimes d'aller agir à leurs côtés, ce n'est pas encore ancré dans notre culture. Nous avons espoir que cette première action dans l'affaire des titres-restaurants, massive et très largement médiatisée, accélère le développement de ces actions.

La protection du secret des affaires mise en place par le Code de commerce constitue-t-elle une aubaine ou un obstacle pour les entreprises ?

E. T. La procédure de protection des secrets d'affaires constitue une véritable opportunité pour les entreprises en matière d'évaluation de préjudice, notamment dans les contentieux économiques.

Elle permet que les évaluations reposent sur des données probantes – évitant ainsi les reconstitutions, beaucoup plus fragiles et contestables – et que les sous-jacents des analyses puissent être débattus contradictoirement de manière approfondie.

Cette procédure est même essentielle face aux difficultés probatoires que peuvent rencontrer les victimes lorsque certains éléments nécessaires à la détermination du préjudice sont détenus uniquement par l'entreprise à laquelle la faute est reprochée, sans que l'article 146 du Code de procédure civile puisse être invoqué pour s'opposer à la demande de communications de pièces.

On déplore toutefois une pratique qui commence à se répandre depuis quelque temps consistant pour les juges à restreindre le cercle de confidentialité aux seuls avocats et économistes des parties, à l'exclusion donc de représentants des entreprises concernées.

Non seulement cela contrevient aux dispositions du Code de commerce, mais cela pose une question d'ordre déontologique dès lors que l'avocat n'est pas le mandataire de son client et qu'une évaluation de préjudice est toujours coconstruite entre le client et ses conseils. Si la crainte des tribunaux tient à ce que les données communiquées soient utilisées à mauvais escient par les autres parties, elle n'est pas fondée : les membres du cercle sont tenus à des obligations de confidentialité qui les exposent à des sanctions en cas de violation et il est possible de nommer dans le cercle des représentants de l'entreprise n'occupant pas de fonction opérationnelle. ◆

« Les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence peuvent parfois viser à appréhender les mêmes comportements et les raisonnements juridiques et économiques sous-jacents sont semblables »

« Le service que rendent les fonds de financement de litiges à la justice est très important »

Propos recueillis par Ilona Petit