

Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir

Paris, 13 mai 2014

Colloque | Concurrences N° 3-2014

www.concurrences.com

Frank GENTIN | *Président, Tribunal de commerce de Paris*

Assimakis KOMNINOS | *Avocat associé, White & Case LLP, Bruxelles*

Michele CARPAGNANO | *Professeur, Université de Trente | Codirecteur, Osservatorio Antitrust*

Agisilaos KARPETAS | *Doctorant, Institut européen, Université de Leyde*

Knut FOURNIER | *Chercheur associé, Université d'Oxford*

Laurence IDOT | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Présidente, AFEC | Membre, Collège de l'Autorité de la concurrence*

Claire FAVRE | *Vice-présidente, Autorité de la concurrence*

Irène LUC | *Conseillère, Cour d'appel de Paris*

Anne OUTIN-ADAM | *Directrice des politiques législatives et juridiques, Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Île-de-France*

Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*

Martine BEHAR-TOUCHAIS | *Professeur, École de droit de la Sorbonne | Codirectrice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut André Tunc) | Ancien membre, Collège du Conseil de la concurrence*

Muriel CHAGNY | *Professeur, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines | Directrice, Laboratoire DANTE et master Contrats Concurrence | Rapporteur général, Ligue internationale de droit de la concurrence*

Jean-Louis FOURGOUX | *Avocat à la cour, Cabinet Fourgoux et associés*

Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*

Béatrice CHARLIER-BONATTI | *Présidente de chambre, Tribunal de commerce de Paris*

Bruno DEFFAINS | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Directeur, Laboratoire d'économie du droit | Président, European Association of Law and Economics*

Jacques DERENNE | *Avocat associé, Barreaux de Bruxelles et Paris, Hogan Lovells International LLP*

Charles MÉTEAUT | *Avocat, Cabinet Redlink | Vice-président, AFEC jeunes*

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir

PROPOS INTRODUCTIFS

Frank GENTIN | *Président, Tribunal de commerce de Paris*

TABLE RONDE ANIMÉE PAR
Frédéric JENNY | *Professeur, ESSEC |
Président, Comité concurrence, OCDE*

Les réparations des dommages concurrentiels en concurrence

LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES : QUEL INTÉRÊT ? QUELLES POSSIBILITÉS ? LA RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES ÉTRANGERS

Avec la participation de

Assimakis KOMNINOS | *Avocat associé, White & Case LLP, Bruxelles*
Michele CARPAGNANO | *Professeur, Université de Trente | Codirecteur, Osservatorio Antitrust*
Agisilaos KARPETAS | *Doctorant, Institut européen, Université de Leyde*
Knut FOURNIER | *Chercheur associé, Université d'Oxford*

CHOISIR SA LOI ET SON JUGE : QUELLES POSSIBILITÉS ?

Laurence IDOT | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Présidente, AFEC |
Membre, Collège de l'Autorité de la concurrence*

TABLE RONDE ANIMÉE PAR
Emmanuelle CLAUDEL | *Professeur,
Université Paris Ouest Nanterre La Défense
(Paris 10) | Centre de droit civil des affaires et
du contentieux économique (CEDCACE)*

La concurrence des institutions et des actions : Quelle articulation optimale ?

Avec la participation de

Claire FAVRE | *Vice-présidente, Autorité de la concurrence*
Irène LUC | *Conseillère, Cour d'appel de Paris*
Anne OUTIN-ADAM | *Directrice des politiques législatives et juridiques, Chambre
de commerce et d'industrie de région Paris Île-de-France*

LA RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS EN PROGRÈS QUELLES PROPOSITIONS DE L'UNION EUROPÉENNE POUR UNE MEILLEURE RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS ? PRÉSENTATION DE LA DIRECTIVE

Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*

Avec le soutien financier de la Mission de
recherche Droit et Justice

L'ACTION DE GROUPE À LA FRANÇAISE, VOIE PROMETTEUSE OU (TROP) LIMITÉE ?

Martine BEHAR-TOUCHAIS | *Professeur, École de droit de la Sorbonne |
Codirectrice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut André Tunc) |
Ancien membre, Collège du Conseil de la concurrence*

QUELLE(S) RÉFORME(S) ET ADAPTATION(S) DU DROIT FRANÇAIS ? APPROCHE CRITIQUE ET PROSPECTIVE

Muriel CHAGNY | *Professeur, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines |
Directrice, Laboratoire DANTE et master Contrats Concurrence | Rapporteur général, Ligue
internationale de droit de la concurrence*
Jean-Louis FOURGOUX | *Avocat à la cour, Cabinet Fourgoux et associés*



TABLE RONDE ANIMÉE PAR
Suzanne CARVAL | *Professeur, Université
de Rouen | Responsable master 2 droit des
assurances | Codirectrice, Centre universitaire
rouennais d'études juridiques*

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

Avec la participation de

Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*
Béatrice CHARLIER-BONATTI | *Présidente de chambre, Tribunal de commerce de Paris*
Bruno DEFFAINS | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Directeur, Laboratoire
d'économie du droit | Président, European Association of Law and Economics*
Jacques DERENNE | *Avocat associé, Barreaux de Bruxelles et Paris, Hogan Lovells
International LLP*
Charles MÉTEAUT | *Avocat, Cabinet Redlink | Vice-président, AFEC jeunes*

Muriel CHAGNY

Directrice, master Contrats Concurrence et
laboratoire DANTE,
Université de Versailles-Saint-Quentin-
en-Yvelines,
Rapporteur général,
Ligue internationale de droit de la concurrence,
Lausanne

Annoncée depuis des années, à grands renforts de Livre vert, blanc et autre Guide pratique, la réforme du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles aura bien lieu, sous l'impulsion de la Commission européenne : la directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats-membres et de l'Union européenne, déjà votée par le Parlement européen, est en passe d'être adoptée par le Conseil.

Conduisant, de longue date, une réflexion sur les voies judiciaires de la régulation concurrentielle, associant universitaires, doctorants et praticiens, le pôle Contrats, concurrence et marchés du laboratoire DANTE se devait de célébrer cet événement. Le colloque organisé sur « la réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir », moins d'un mois après l'adoption du texte par le Parlement, a réuni à la Maison de l'Europe, praticiens de grande renommée et universitaires spécialistes du sujet, juristes et économistes, Français mais aussi venus de différents pays de l'Union européenne. Doctorants du laboratoire, mais aussi étudiants actuels ou anciens du master de droit des contrats et de la concurrence de l'Université de Versailles ont également pris une part active à cette manifestation*, dont la réalisation a été permise grâce au soutien financier de la mission de recherche Droit et Justice.

La réflexion a d'abord été conduite, lors de cette journée, à partir d'une approche doublement comparative. Face à des « réparations en concurrence », il s'agissait non seulement de tenir compte de la situation des systèmes juridiques étrangers, mais aussi de mettre en perspective les différentes voies s'offrant à ceux qui estiment avoir été lésés par des pratiques anticoncurrentielles. Elle visait ensuite à déterminer les orientations d'une « réparation en progrès », en prenant en compte, outre les contraintes et difficultés liées à la transposition à venir de la directive en droit français, la nécessité de disposer d'un droit et d'une pratique judiciaire attractive.

Toute personne intéressée à un titre ou un autre par les travaux menés, dans le cadre de cette recherche, dans une perspective transdisciplinaire et internationale, à destination des praticiens du droit et des entreprises, est invitée à envoyer un mail à mc@murielchagny.fr.

* L'organisation matérielle de cette journée a été assurée, pour une large part, par Vanessa Jimenez Serrano ainsi que Lénaïc Godard. Sans pouvoir citer toutes les personnes y ayant pris part, il convient d'indiquer que la publication des actes a été rendue possible avec l'aide de Guylène Ngafaounain, Victor Prevesianos, Elaine Pajeot, Jennifer Marchadier, Laura Boisier, Marie Dutel, Clément Rey, Pauline Besseau-Ayasse.

Frank GENTIN
gentin@tc-paris.org

Président, Tribunal de commerce de Paris, Paris

Abstract

Par cette allocution introductive, M. Frank Gentin, Président du Tribunal de commerce de Paris ouvre la conférence qui s'est déroulée le 13 mai 2014 à Paris sur le thème de la réparation des dommages concurrentiels en nous faisant partager la vision de sa juridiction sur le sujet.

By this introductory speech, M. Frank Gentin, President of the « Tribunal de Commerce » of Paris opens the conference that was held in Paris, the 13th May 2014 about the recovery of antitrust harm by exposing the point of view of his jurisdiction.

PROPOS INTRODUCTIFS*

1. Tous mes remerciements, chère Muriel Chagny, de m'offrir l'opportunité, en ouvrant ce colloque, de vous exposer brièvement la vision du tribunal de commerce de Paris sur le sujet qui nous réunit aujourd'hui.
2. Cette vision repose sur un constat : il est désormais acquis dans les esprits que la concurrence est un moteur essentiel, pas seulement dans l'intérêt du consommateur, mais également dans celui des entreprises en compétition ; c'est un stimulateur d'innovation dans l'intérêt général.
3. Dans notre pays, où les forces de tous bords se battent contre la concurrence (industriels, syndicats, ministres, etc.) et recherchent la protection des intérêts particuliers, l'Autorité de la concurrence, par ses sanctions notamment, a modifié le comportement des agents économiques et a fait évoluer leurs mentalités.
4. Cela ne suffit pas ! La réparation des dommages individuels est aussi importante que le respect des principes et... c'est la mission du juge économique.

I. Le juge du commerce, juge naturel de la concurrence

5. En effet, le tribunal de commerce a une compétence pour tous les litiges économiques entre les entreprises. En matière de concurrence, le juge économique est le juge chargé de statuer sur les préjudices individuels.
6. Au tribunal de commerce de Paris, nous pensons que l'action privée peut être au moins aussi efficace que l'action publique : d'abord parce que la jurisprudence crée plus de visibilité et de sécurité juridique que certaines procédures publiques ; ensuite parce que les condamnations – qui mènent à des réallocations financières entre les parties – sont parfois plus discriminantes que les amendes généralisées, au caractère de taxe, lesquelles, *in fine*, peuvent pénaliser plus les clients d'un cartel que les membres de ce cartel.
7. Mais la réparation du préjudice mène à la question de l'administration de la preuve.

II. La pratique du contradictoire dans la recherche de la preuve

8. Le tribunal de commerce n'a pas les pouvoirs d'investigation de l'Autorité de la concurrence. Parmi les différents moyens à la disposition du demandeur, le code de procédure civile offre cependant, avec l'article 145, un moyen contradictoire – je dis bien contradictoire – d'avancer sur le terrain de l'administration de la preuve.
9. Notre pratique est en effet la suivante : à la suite d'une requête fondée sur le 145, le juge délivre une ordonnance qui séquestre les pièces recherchées ; cette ordonnance est suivie inévitablement d'une demande de rétractation qui amène les parties devant le juge pour un débat contradictoire sur la mise à disposition des pièces susceptibles d'apporter ladite preuve recherchée.
10. Cette procédure nous paraît très efficace pour le demandeur en réparation d'un préjudice. Nous en faisons la promotion. Une fois prouvé, il reste cependant à mesurer le préjudice...

* Le style oral de cette communication prononcée en ouverture du colloque du 13 mai 2014 consacrée à la réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe a été conservé.

III. La quantification du préjudice

11. Le juge économique se considère comme soumis au principe d'effectivité ; il est donc tenu de trouver le moyen de quantifier le préjudice allégué. Cette "obligation de résultat" a une incidence sur son état d'esprit : il sait qu'il n'est pas plus fondé à "sous-condamner" qu'à "surcondamner".

12. Le juge ne peut cependant pas contraindre la partie concernée à lui fournir les moyens de prendre sa décision. Mais quand un expert a été nommé, il n'hésite pas à l'entendre en audience et à lui demander des précisions sur son rapport. Nous invitons les juges à généraliser cette façon de procéder quand cela est de nature à leur permettre de prendre une décision plus pertinente sur le plan quantitatif.

* * *

13. Conscience que l'action privée est essentielle à l'ordre public en matière de concurrence, pratique du contradictoire du juge des référés dans l'examen des pièces saisies à produire dans le cadre du 145, recherche d'une quantification effective du préjudice, voilà les trois repères qui guident les juges de la chambre de droit de la concurrence du tribunal de commerce de Paris. Ils effectuent leur mission avec le souci permanent de prendre des décisions dans des délais rapides, compatibles avec les contraintes de la vie des affaires. Ce sont des spécialistes expérimentés de la matière et nul doute – je vois certains d'entre eux, au premier rang desquels leur présidente, Béatrice Charlier-Bonatti – que ces juges naturels de la concurrence seront très attentifs aux propos des orateurs de cette journée. ■

Michele CARPAGNANO
michele.carpagnano@unitn.it

Professeur, Université de Trente
Codirecteur, Osservatorio Antitrust

Knut FOURNIER
knut.fournier@yahoo.fr

Chercheur associé, Université d'Oxford

Frédéric JENNY
jenny@essec.fr

Professeur, ESSEC, Paris
Président, Comité concurrence, OCDE

Agisilaos KARPETAS
a.karpetas@law.leidenuniv.nl

Doctorant, Institut européen,
Université de Leyde

Assimakis KOMNINOS
akomninos@whitecase.com

Avocat associé, White & Case LLP, Bruxelles
Visiting Research Fellow, UCL, London

Abstract

La première table-ronde de la conférence qui s'est tenue le 13 mai 2014 à Paris sur le thème de la réparation des dommages concurrentiels était dédiée aux dommages concurrentiels dans les systèmes juridiques étrangers.

The first roundtable of the conference held in Paris, the 13th May 2014 on the recovery of antitrust harm was dedicated to the antitrust harm in foreign legal systems.

Les réparations des dommages concurrentiels en concurrence

LA RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES ÉTRANGERS

14. Frédéric Jenny : Bonjour à tous. Merci à mme le Professeur Muriel Chagny pour son introduction et au président Gentin. Nous sommes ici pour parler de la réparation des dommages concurrentiels en concurrence, et je dois dire que votre présence, qui est assez fournie, témoigne certainement de l'actualité du sujet après le vote de la résolution du Parlement européen qui est intervenue le 17 avril et tous les efforts qui ont été déployés depuis un certain nombre d'années par la Commission européenne pour essayer de faciliter, de rénover, l'action civile dans le domaine de la concurrence. Je ne vais pas être long, je voulais juste dire que, pour moi, les événements et l'adoption d'une directive dans ce domaine sont une étape importante pour trois raisons.

15. La première, c'est évidemment – et cela a déjà été évoqué –, le renforcement du droit de la concurrence par l'action civile, ce qui est à la fois la démocratisation quelque part du droit de la concurrence, mais aussi la complémentarité bien connue entre l'action civile et l'action publique.

16. La seconde raison, qui me semble importante, c'est la tentative qui est faite par la Commission, je ne veux pas dire d'harmoniser les règles en matière d'action civile, mais en tout cas de pousser pour que des principes communs soient adoptés ; et d'ailleurs ça va être le sujet de cette première table ronde, qui va s'intéresser à la question de la diversité des systèmes qu'il y a dans les États européens – et d'ailleurs en dehors de l'Europe – diversité qui porte sur un très grand nombre de sujets. Ça commence par.

→ Qui peut prétendre à des dommages ? Comment sont traitées les victimes directes et les victimes indirectes ? Et, d'un pays à l'autre, entre l'Allemagne et le Portugal par exemple, il y a des différences très importantes.

→ Quel est le type de juridiction qui va traiter de ces affaires ou qui peut traiter de ces affaires ?

Vous savez qu'il y a eu une réforme récente au Royaume-Uni, dans laquelle les pouvoirs du Competition Appeal Tribunal dans ce domaine ont été développés, certaines juridictions spécialisées, d'autres des juges de droit commun.

→ Dans quelle mesure les décisions des autorités lorsqu'il s'agit de *follow-on* s'imposent aux juridictions civiles ? Là aussi, il y a des différences, par exemple si je compare la France à l'Espagne sur cette question, avec éventuellement des modifications qui seront introduites par la directive.

→ Quelles sont les procédures pour obtenir des informations permettant de traiter, y compris d'ailleurs des informations qui peuvent être détenues par l'Autorité de la concurrence et/ou des informations qui peuvent avoir été données dans le cadre d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence en matière de *leniency* ? Là encore, il

y a des différences importantes, certainement, par exemple, entre la France et le Royaume-Uni.

→ Les règles concernent la défense que l'on peut opposer : et là je pense en particulier à la défense qui consiste à dire que le préjudice a été transmis à l'aval à d'autres et donc ne peut pas donner lieu à une réparation. Dans quelle mesure est-ce que cette défense est acceptable ?

Il y a très peu d'exemples en Allemagne, et en général on considère en Allemagne que c'est une défense qui n'est pas très efficace ; au contraire ça semble être un principe qui va être adopté de façon assez générale et qui doit l'être en raison des règles du droit civil et du fait qu'il ne peut pas y avoir d'enrichissement sans cause.

17. Donc, sur toutes ces questions, le développement de l'action civile en matière de concurrence en Europe va conduire et conduit déjà depuis quelque temps à une discussion, à une tentative – si ce n'est d'harmonisation –, je dirais, d'une certaine convergence. Cette convergence, c'est le point essentiel : à mon avis, elle a des conséquences importantes parce que les règles de procédure dans le domaine sont généralement des règles qui sont héritées du droit civil, qui est différent d'un pays à l'autre, et on voit difficilement comment on peut harmoniser ou pousser vers une convergence de ces règles dans le simple domaine du droit de la concurrence. On peut peut-être commencer par celui-là, mais on peut s'interroger sur la question de savoir s'il n'y en aura pas d'autres.

18. Et puis troisième raison pour laquelle c'est important, c'est le droit et l'économie. Le juge civil qui depuis un certain nombre d'années pour des tas de raisons est de plus en plus amené à avoir des contentieux économiques va, dans ces cas-là, le président Gentin a fait allusion à l'évaluation des préjudices, du manque d'information qu'ont les juges et là il y a toute une question de dialogue entre le droit et l'économie avec les règles de procédure qui vont beaucoup peser sur la façon dont ce dialogue peut se nouer ; des questions aussi possiblement d'intelligence – prise dans un sens très large – de l'économie par le juge et de la façon dont la formation des juges ou la spécialisation des juges doit être envisagée. Et cette question est tout à fait nécessaire et importante parce que l'absence de réflexion dans ce domaine conduit à un phénomène qu'on connaît déjà : le *forum shopping* entre les différents pays européens. De ce point de vue-là, il faut bien dire qu'il y a quand même pour l'instant un avantage comparatif – si je peux utiliser des termes qui rappellent l'économie – des juridictions britanniques par rapport aux juridictions d'autres pays de l'Union européenne.

19. Donc c'est un sujet passionnant, mais qui va au-delà, si je peux dire, du simple sujet du droit de la concurrence et en tout cas qui est susceptible d'avoir des développements importants.

20. L'objet de la table ronde que nous avons est justement d'explorer un certain nombre de différences.

21. Nous avons comme intervenant à cette table, je vais me tourner vers la droite, Assimakis Komninos, qui est un ancien

membre d'ailleurs de l'Autorité de concurrence grecque et qui travaille chez White & Case ; Michele Carpagano, qui est à ma gauche, professeur à l'Université de Trento et codirecteur de l'Observatoire de l'antitrust ; M. Karpetas, qui est à ma droite, de l'Université de Leiden, et Knut Fournier, qui est de l'Université d'Oxford.

22. On ne peut pas tout envisager, particulièrement dans les contraintes de temps dans lesquelles Mme Chagny nous a enserrés, et donc en discutant entre nous, nous avons choisi cinq sujets. Quatre sujets qui sont typiquement européens pour expliquer les différences qu'il peut y avoir entre les systèmes et les problèmes qui se posent :

→ le sujet de savoir qui peut prétendre à la réparation de son préjudice ;

→ la question de savoir si la décision de l'autorité de concurrence s'impose au juge civil ;

→ le problème de l'accès aux documents et aux preuves dans ces procédures ;

→ le problème de la *passing-on défense* – de la capacité de se défendre en arguant que la victime passait à ses propres clients le préjudice provenant de la pratique anticoncurrentielle ;

→ le dernier point sera une comparaison avec un pays en dehors de l'Union européenne – on pensait qu'il fallait élargir un peu le débat – et un pays dans lequel – on n'en parle peut-être pas suffisamment en France – le droit de la concurrence se développe, en tout cas le droit des pratiques anticoncurrentielles qui se développe principalement par l'action civile, c'est-à-dire la Chine, dans laquelle il y a énormément de développements de jurisprudences très intéressantes, et dont Knut Fournier nous parlera.

23. Cette table ronde va se dérouler en anglais, c'est pour cela que j'ai choisi de faire une introduction en français. Je vais maintenant changer et passer à l'anglais, et... and I think that we should immediately start with the topics that we have, and the first topic is the standing victims in those procedures, so I'm going to turn to Michele to introduce the topic and then we will see if we have some reactions from the other panelists.

I. Standing

24. **Michele Carpagano:** Many thanks Mister President for your introduction. I also thank Professor Chagny for inviting me to share with you some first impressions on this very interesting and very new topic. I also apologise for speaking in English, but I'm not able at the moment to speak better in French, *excusez-moi* ! So, if everything goes well in the near future, we will have for the first time a codification on private antitrust rules in Europe. So, going straight to the point, my first impression is that on the legal standing the Directive does not add anything new on what has been already said by the Court of Justice in the very famous cases *Manfredi* and *Courage* in 2006 and 2001.

25. The novelty here is that for the first time, we will have a codification both at the EU level and the Member States on this important issue. This is interesting because the directive uses the same wording as the European Court of Justice. As you remember, in 2006 the Court of Justice said that “any individual can rely on the invalidity of an agreement or a practice prohibited under article 101 only when there is a causal link between the infringement and the damage.” So the keyword is “anyone”, and “anyone” is a word that we find several times in the text of the Directive:

→ In recital 3, for instance, “anyone can claim compensation before national courts for the harm caused to them by an infringement of competition law provisions.”

→ In recital 12, “anyone who has suffered harm caused by an infringement can claim compensation for the actual loss (...) for the *lucrum cessans*, plus interest.”

→ And even Article 1, when the scope of the Directive it is defined, literally says : “(...) anyone who has suffered harm caused by an infringement of competition law by an undertaking or by an association of undertakings, can effectively exercise the right to claim full compensation for that suffered harm.”

This is the starting point.

26. In Italy and Spain nowadays, it is not anymore questioned that anyone has standing to sue under competition rules. But it has not always been this way. The Italian Supreme Court only in 2005 recognised for the first time that any market player being a consumer or an enterprise is entitled to rely on antitrust law provisions. Before then—and it is a very long period because the competition law was enacted for the first time in 1990—consumers were being kept apart from the possibility to rely on competition rules. And this is because historically the Italian jurisprudence and Italian case-law always talked about competition law as a business problem. I mean, only issues related to business-to-business relationships were caught by competition law provisions. And consumers were set incredibly apart. So the situation changed in 2005 when the Supreme Court for the first time recognised a standing to any subject to the market. And so the word “any” is frequent in the jurisprudence of the Court of Justice, in the text of the Directive and finally in the Italian Supreme Court decisions.

27. I will be very brief to describe the Spanish situation. The Spanish situation is more or less the same. Only in November of the last year the Supreme Court clearly recognised that any market subject is entitled to rely on competition rules. This was done indirectly through the recognition of the tortious nature of competition law violations, which implies again that any market subject can rely on these rules. So, regarding the standing the situation is perfectly in line, both in Italy and Spain, with the European Court of Justice jurisprudence and the text of the new Directive.

28. **Assimakis Komninou:** Yes I agree with Michele that indeed the directive does not change the legal reality. The legal reality was changed in 2001 with the famous

Courage decision of the Court of Justice, which confirmed that any individual as a matter of primary EU law has the right to sue for damages.

29. How can we explain this rather general—and I would say in a way celebratory—declaration of the Court of Justice? We can explain it because indeed there was a problem in the Member States as to standing. There was a problem that was deeply rooted in the different legal traditions. You had countries and legal systems like Germany for example, which, when it comes to tort, has a rather sophisticated rule which is based on the protective scope of the rule. So we offer standing to the extent that the rules want to give standing to that person, or intend to protect a certain person. This theory had also influenced Italy; although we tend to see the Italian system as a Latin system, however with regard to torts, the Italian rules on tort—on standing in this particular case—were influenced by the German system. So that explains some of the Italian problems we had before.

30. This never arose in France because in France you have in the Civil Code a very general rule of liability in Article 1382 and therefore it has never been any issue in France or in some other countries.

31. The Court of Justice in 2001 had enough of those problems in the Member States and came to say “there is a general rule of EU primary law that any individual has the right to sue for damages.” Careful, we are only talking about the right as a matter of principle because, of course, there is causation which will restrict *de facto* but not *de jure*, not in advance, will restrict at the end of the day such rights. And currently there is a very interesting case pending before the Court of Justice, which is about the victims of umbrella pricing. Umbrella pricing is when you have a cartel which fixes a price at 100 and then you have other companies which are not part of the cartel—small companies usually—which price just below the cartel price (say, at 90). So what about the purchasers of products from these producers? Should they be protected and able to sue the cartel members? For me, that’s a question of causation and we will have to see what the Court of Justice says in this very interesting case.

32. **Agisilaos Karpetas:** Just a few remarks to add here regarding the issue of standing in the Netherlands, which is not my primary jurisdiction as I am from Greece originally, but I feel somehow “adopted” by the Dutch after three years there. As a general remark, the Netherlands is one of the jurisdictions that perhaps are most in line with the rules proposed by the Directive already. In many of the issues that have been contentious throughout the deliberations regarding the final text of the Directive, the Netherlands is more or less already where the Directive aims to set the bar for everyone. With regard to the issue of standing, the principal provision is Art. 3.303 of the Dutch Civil Code, according to which “A person has no right to action where he lacks sufficient interest.” Natural or legal persons can be parties to civil proceedings before Dutch courts. Problems seem mostly to arise with regard to indirect purchasers due to the causation requirements.

33. Frédéric Jenny : Merci beaucoup. Vous l'avez compris, on va vers une situation où tout le monde, toute victime où qu'elle soit – en tout cas, c'est l'une des conséquences de la décision d'un arrêt de la Cour de justice, adaptée par la directive, et ce que nos orateurs ont dit, plus ou moins rapidement, c'est que les adaptations se font plus ou moins vite dans les différents pays. M. Komninos nous a rappelé que, dans certains pays, les règles du droit civil conduisaient au fait qu'il y ait une interprétation qui restreigne en quelque sorte les bénéficiaires du droit à ce qui était prévu par les textes. Dans d'autres pays, il y a une plus grande ouverture, et on va vers un système vers lequel toute victime peut demander la réparation.

34. Let me turn to each of you with one question: I am the supplier of a cartel and I argue in court that because there was a cartel the cartel members didn't buy from me as much as they would have otherwise, and I am a victim of the cartel. Do you think that in your jurisdiction my standing as an indirect victim of the cartel would be easily recognised by the court?

35. Michele Carpagano: I agree with the perspective of M. Komninos I also believe that it is a *de facto* and not a *de jure* problem. So, in principle, it would be possible. But the big problem would be to show all this in court. And we will see later in the panel how difficult is for the parties to show that a cartel has produced an effect that has produced a concrete damage.

36. Assimakis Komninos: Yes, it's really a problem of proof and the problem of proof is becoming more difficult when it comes to non-overcharge related harm. This is non-overcharge related harm. When you have a cartel and you have an overcharge, it's at least conceptually straightforward that the overcharge would be considered harm—for the lawyers at least. For the economists it is considered, as I understand it, as a transfer of wealth. But that's another issue.

37. So for the lawyers this is harm and therefore it's straightforward. It may be difficult to quantify the harm but that's a different story.

38. When it comes to non-overcharge harm, like "I happened to buy less because of the cartel," or even "I bought a product which is not really the one I wanted but since the price was high I bought this other product which is less good than the product I would have bought," this is harm certainly, and in fact for the economist this is primarily the harm here but from a causation point of view it will be difficult for the court, conceptually at least, to arrive at a decision that this constitutes compensable harm. I mean it's really a question of causation and of attitude I think.

39. Agisilaos Karpetas: I only have few words to add. The gist of it has been covered by Michele and Assimakis.

40. In the Netherlands, there has been an interesting recent judgment in the *TenneT/ABB* case. What the first instance Dutch court did, is that it asked ABB (the defendant) to pay the full damage, ignoring the fact that TenneT had been a

direct purchaser that had benefited from passing-on part the overcharge to the indirect purchasers. In essence, the District Court favoured awarding full compensation to the direct purchaser in this particular case, hoping that such compensation will also benefit the indirect purchasers who will presumably have to pay less to TenneT. In most likelihood, under the situation at hand, the indirect purchasers would have had problems seeking compensation because of the rules regarding causation. The practical problem of indirect purchasers standing remains and we will have to see where this new reality leads national judges in that regard.

41. Frédéric Jenny: So the answer is that it's not a question of principle, it's more a question of proof, causation. It would probably be difficult for that reason to establish the damage.

II. Binding effect of the NCA decisions

42. Frédéric Jenny: Let's move to the status of the decisions of the national competition authorities, the extent to which they are binding on the courts when they deal with a civil claim.

43. Assimakis Komninos: This is a question which arose, I would say, in the early decade of 2000. Before, it was always clear that private enforcement—in other words the world of the judiciary—was independent of the administrative system, which was the world of the competition authorities. The two were independent.

44. They are still independent in that sense. So, how can a decision of a competition authority bind a national court, a civil court, which is adjudicating on a specific case?

45. And in fact if we go into the legal principles, we'll see that a decision of a competition authority does not create a *res judicata* effect because this is an administrative authority.

46. There is in fact a good distinction in France between *chose jugée* and *chose décidée*. So this is precisely the issue here. In some legal systems like in the German or the Greek legal system, we know that the competition authority's decision creates a presumption of legality, which means that you have to go to court if you want to rebut the principles. But otherwise you have to consider it as legal.

47. But it's not the same as *res judicata*. It's not really *res judicata*. And therefore the question is how can we be speaking about a binding effect of the national authorities over civil courts, over litigation essentially?

48. This a problem that for the first time arose in the EU in the sense that we had some cases where indeed the Commission and national courts clashed, in terms of the results. The famous *Masterfoods* case, the *Irish ice cream* case is one, earlier we had the *Magill* case, intellectual property rights and competition law.

For some reason, all these cases had to do with Ireland. The Irish are particularly sensitive in terms of independence, the principle of independence of their courts. And in fact

it was Ireland itself that was the biggest obstacle to the provision of the Directive proposal about the binding effect. So it all has a historical explanation.

So as a matter of EU law, there, for the first time, the Court of Justice explained that the Commission decisions should be considered essentially as binding. It doesn't use that term. It says that the national court should not go against Commission decisions, but in reality, more or less, one could even consider it as a binding effect, certainly at least with regard to the "dispositif." That's Article 16 of Regulation 1/2003. So, this is the first crack, let's say, in the system of independence as we knew it. Again, however, it's a different issue, because here I don't think that the Court of Justice speaks about a primacy or supremacy of the Commission *vis-à-vis* the national judges. In fact, the Court and the Commission have not spoken about a supremacy of the Commission but rather a supremacy of the Court of Justice *vis-à-vis* the national courts, because it should be the Court of Justice that will declare the legality or non-legality of Commission decisions and not national courts. So, in reality, the problem is one of a supranational nature there: it's really about the relationship between the Commission as a supranational organ and the national courts as national organs.

It's not really the supremacy of private enforcement *vis-à-vis* public enforcement. That is a different issue.

49. Then after the *Masterfoods* judgement we had the first provisions in the Member States. We had the UK provisions, and later the German provisions, which for the first time introduced a binding effect of national authorities' decisions over national court procedures. In the UK, it was less radical because it had to be a decision of the OFT and then it was applicable before the British courts. In Germany it was more radical; there we have a binding effect of all competition authorities' decisions in Europe for German courts.

50. In some other countries, this principle doesn't exist. In Italy for example—or Ireland—the principle of independence means that courts cannot be bound by competition authorities. Of course, in reality there is a certain *de facto* persuasiveness of the decisions of the authority. Even in Italy, for example, decisions of the authorities are what we call a "simple presumption" that a certain antitrust liability exists. There were also some countries like Greece where there was no *res judicata* effect of course of the decisions but there was a *res judicata* effect of the judgment of the judicial review court that was reviewing the decision of the authority. So we had a mixed—I would say—situation there.

51. What happened in the Directive? The Directive introduces a binding effect only "*à l'anglaise*," which means that it follows the UK system. There is a binding effect of the national authority for the national courts of that specific Member State. Not "*à l'allemande*," so the German solution is not followed but rather the compromise is that there will be a certain *prima facie* evidence—whatever that means—of the foreign decision for the litigation in that Member State. Probably it means that essentially it's a presumption, but the other parties are free to rebut the presumption by producing evidence, etc.

52. Michele Carpagnano: The rule M. Komninos was talking about, article 9 of the Directive, will have for sure a deep impact in the Italian legal system and also in Spain. This because it is true that we studied and applied for several years the principle of independence of the judiciary. I mean that civil judges are not bound by what has been decided in an administrative court. This in principle was not questioned at all in Italy at least until 2007. Then the Supreme Court had to decide what value to confer upon an administrative authority's decision that declared the existence of a cartel and also identified the amount of the illegal overcharge. The Supreme Court said: the civil and administrative proceedings are separated and there is the principle of independence but the competition authority has a specific competence on investigating antitrust violations and it used pervasive tools to investigate the case. Having this in mind, some kind of evidence value must be given to this decision in the civil proceedings. The Supreme Court thus invented what is called in Italian "*prova privilegiata*," a kind of super evidence which is not exactly a *prima facie* evidence but which means that what has been ascertained by the competition authority in the decision has a specific value in the civil proceedings and must not be ignored. The Supreme Court later better specified (in 2009) that value is limited to the existence of the facts and their legal qualification. The other party can rebut this super only means of proof and arguments that have not already been used before the competition authority or the judicial review process of the decision. What is important to underline is that despite the principle of independence, certain value of the administrative decision has been recognised in the civil proceedings. It went the same in Spain when in 2007 the Supreme Court decided similarly. Both Spanish and Italian solutions are innovative (and well grounded), but they are still far from the Directive provision on binding effect.

53. Agisilaos Karpetas: From my side, just to briefly add that, in the Netherlands, the recent amendment of the provision regarding binding effect insofar as this "*à l'anglaise*" approach, that Assimakis referred to, has been well received. There was quite some—valid from my point of view—concern around the idea that a national competition authority of another Member State would bind the national courts in another Member State. There is no provision on binding effect of the ACM decisions, but, in practice the courts would hardly ever deviate from the findings of a decision. In order to ease the burden of proof that typically rests with the claimant, it strongly advocated that ACM decisions should be binding on Dutch courts as evidence of a competition law infringement in civil proceedings. This approach seems to be in line with the Directive.

54. As a side note, the *Masterfoods* defence has not been very successful before Dutch courts. The Court of Appeal of Amsterdam in *Equilib/KLM* overruled the District Court of Amsterdam in that regard and held that suspending proceedings before the Dutch civil courts is only necessary in case there is reasonable doubt regarding the validity of the Commission's decision. The Court of The Hague in *CDC/Shell* also adopted a similar approach rejecting the defence

55. Frédéric Jenny : Merci bien. Vous l'avez compris, il y a quand même un débat. Certainement l'origine de ce débat est de savoir si les décisions des autorités de concurrence doivent simplement constituer une présomption du fait que les parties ont commis une violation ou si la décision doit s'imposer. Donc on a quand même entendu que la plupart des pays européens – on met l'Allemagne un peu de côté – étaient plutôt alignés sur l'idée d'une présomption pour protéger la séparation entre l'administratif et le judiciaire. On voit qu'il y a eu une évolution dans le sens qu'on a entendu des formules intermédiaires ; il y a "présomption", il y a eu "super présomption" ou "présomption renforcée", il y a eu *prima facie* et puis on a cette évolution vers le fait que les décisions nationales s'imposeront aux juridictions nationales.

56. Je crois qu'il faut qu'on passe au sujet d'après. Personnellement, j'ai une question. Il y a beaucoup d'autorités qui traitent de questions de concurrence. Il y a toutes les autorités sectorielles. Alors *quid* ? Est-ce que ça veut dire que les décisions de la Commission de l'électricité, de l'ARCEP, etc., doivent aussi s'imposer ? Est-ce que c'est la voie naturelle à partir du moment où on commence à reconnaître pour les autorités de concurrence le fait qu'elles s'imposent aux juridictions civiles ? Et est-ce qu'on peut s'arrêter en chemin ? Même dans le domaine de la concurrence, particulièrement par exemple dans un système comme en Angleterre où il y a le système de *concurrency* dans lequel les autorités sectorielles sont chargées d'appliquer le droit de la concurrence dans leur domaine. Donc là ce sont littéralement des autorités de concurrence appliquant le droit de la concurrence anglais ? C'est assez baroque que leurs décisions ne s'imposent pas aux juridictions civiles d'autant plus que le CMA, l'autorité anglaise, peut aussi se saisir de questions qui sont sectorielles. Donc je souligne simplement le fait qu'il y a là quand même une question pour le futur assez importante.

III. Access to evidence

57. Agisilaos Karpetas: Thank you very much Mr. Chairman. Access to evidence has been perhaps the part of the proposed set of rules within the Directive that has been debated the most. It has received a fair share of attention from all sides involved, with a heated discussion up until the very final trilogue meetings, and quite some substantive changes as a result after that. Why is this topic of importance? The starting point of course is the information asymmetry that we are faced with in cartel cases. The most difficult task for a claimant, usually, is to prove damage and the existence of a causal link. Thus, access to evidence that may very well be in the possession of the defendant, third parties or incorporated in the decision of the national competition authority or the Commission may be necessary in order to achieve that. This simplified scheme explains why access to evidence is important, but the question remains: Why it is so controversial? To answer that, it has to be kept in mind that there are two main conflicting interests that need to be balanced. On the one hand, we have this aim to facilitate private enforcement and the enjoyment of the right to compensation. That conflicts with the protection of business

secrets and confidential information while it also constitutes a risk (at least according to many voices raised during the deliberations on the relevant Directive provisions) for the effectiveness of the public enforcement system, particularly leniency and to a certain extent settlements. In essence, what is the main argument also from the Commission's side in this debate is that undertakings that willingly cooperate through applying for leniency should not be worse off just because they are less likely to appeal, to contest a decision after having cooperated with the competition authorities. In such situations, they would find themselves possibly more exposed and vulnerable to follow-on actions for damages.

58. A quick look into the "last-minute" changes in the relevant provisions of the Directive is worthwhile. The provisions relevant to disclosure of evidence are found in Article 5 to 8 of the Directive. Article 5 is the general provision setting up the framework. Just a few highlights of the most recent amendments: Article 5(3)b now expressly prohibits fishing expeditions, which had been one point of concern for competition authorities and industry representatives. An interesting added element can be found in Article 5(3)c referring to "confidential information." It is, in my view, rather questionable whether this notion of "confidentiality" is perceived similarly in all jurisdictions, in all different Member States. It remains a question whether the term will need further clarification somehow in the future. Moreover, there has been an addition regarding the protection of legal privilege (Article 5(6)), a further addition and clarification on the right to be heard in Article 5(7), whereas Article 5(8) allows room for wider disclosure rules in EU Member States. That may possibly leave the door open to forum shopping. No one is so naïve to expect that forum shopping would be completely eclipsed because of the adoption of the Directive. Nevertheless, this provision, at a first read, seems to allow some more space in that regard, particularly having in mind the disparity between Member States ranging from quite advanced frameworks to almost non-existent. I think the Netherlands and the UK have been the front-runners in becoming the *fora* for private actions for damages. We may see this race continue. Article 6 regarding evidence that is included in the competition authority file was probably the most heatedly discussed part of the Directive: the black list, the grey list, particularly in light of the ECJ rulings in *Pfleiderer* and *Donau Chemie*. To some extent, the Commission insistence on keeping up the black may seem a bit odd, particularly with *Donau Chemie* in mind. Some, perhaps a bit provocative, thoughts here to spark the discussion: Could it be because of a relative lack of trust in the ability of all judges throughout 28 Member States to perform the balancing exercise that *Pfleiderer* and *Donau Chemie* require? Or has the more recent *EnBW* judgment of the Court (even though it related to the Transparency Regulation [Regulation 1049/2001]) managed to bridge the gap between the approaches of the different institutions? In any case, the provision survived the trilogue negotiations. Last but not least, additional safeguards have been introduced. Among these, there is in Article 6(7) the right of the court to verify that the contents of blacklisted documents indeed qualify as blacklisted in accordance with the definitions provided in Article 4 of the Directive. If found differently, then the parts that do not qualify as a blacklisted should be in principle

available for disclosure. Then, Article 6(10) where a “pecking order” for requests is set forth: firstly, parties have to be addressed, then disclosure can be sought by third parties, and, only as a last resort, should evidence be sought from the competition authorities. The competition authorities are also allowed to state their views on the proportionality of an order sought by submitting observations on their own motion (Article 6(11)). There are also more safeguards in Articles 7 and 8, i.e. the limitations on the use of evidence and the penalties in cases of non-compliance with the rules on disclosure of evidence.

59. Michele Carpagnano: The issue of trust between the competition authority and the judge is very interesting. In Italy and in Spain there is also a very strong power given to the courts to order the competition authority to exhibit possibly the entire file of the administrative authority investigation. In order to keep a kind of trust, the competition authority usually gives the file, more precisely two versions of the file, the confidential one and the non-confidential one, accompanied by a brief note explaining the main reasons why in that specific case the confidentiality should be maintained. Then it is up to the judge, as the president of the *tribunal de commerce* has already said in the opening speech; the judge has a lot of experience in this field, he is a judge of businesses, he can understand what is the relevance of that document in that specific case, and he is empowered to decide case by case whether to disclose the document or not. He can even see it, but not show it to other parties, so he can adopt all measures necessary to keep the confidentiality where necessary.

60. Assimakis Komninos: On this question, we tend to forget the importance of Article 5, which is the more general provision. We always look at the issue of leniency, protecting leniency, etc. But let's leave that aside for a moment. We need to really understand the importance of Article 5. It is the general provision on access to evidence. For me, it is still a revolution in the sense that, first of all, it opens disclosure also with regard to categories of evidence, and this is something that we did not have before. For me, this represents a very important element going forward. Before, you had to specify each piece of evidence that you were seeking, but now you can go before the court and say “I would like to have access to a category, a group of evidence.” Here, the way we are going to interpret what a category of evidence means is quite open. Then, to make a comparative analysis here, there are in the world two systems of access to evidence. The first system is the fact-pleading system, which all European countries including the UK follow. Fact-pleading means that you have access to evidence when you go before the court and you plead certain facts. You need to show some evidence which you must have already that there is something wrong and then, on that point, you are allowed further access to evidence. Then you have the US system of notice-pleading, where you do not have to show much. You just give notice of your claim and then immediately you have access to evidence which is given by the law. This is a fundamentally different system. Here we have the first little cracks in the system, in terms of going a bit away from the fact-pleading system and towards the notice-pleading system. Of course, not in the radical way the US system has it. A final thought on the question of leniency, as to the question of why we do

not trust the judge. It is not a question of trust, I think, but rather of administrability of the system and of effectiveness of the leniency program, in the sense that you will not have companies coming forward with leniency applications if those companies knew that immediately their documents would be opened to the eyes of hundreds of different courts in Europe. This is the issue. In France you have specialisation of courts, so the number of courts would be limited. But in every other country, every justice of the peace in Italy for example, every first instance court in Greece, all kinds of different judges would essentially have the right to look at the leniency document and to take decisions. Obviously, the issue here is how can you ensure that the parties would have the incentive and the will to give away the “diamonds” if they know that these documents are liable to be seen and to be evaluated on an *ad hoc* basis by hundreds of courts all over Europe?

61. Frédéric Jenny : Vous l'avez compris, d'une part il s'agit d'une avancée qui nous rapproche un peu du droit anglais, dans le sens où le plaignant pourra demander à avoir accès à une catégorie de documents même s'il n'est pas capable d'identifier précisément chacun de ces documents, et, d'autre part, une restriction, une protection assez forte des décisions des autorités de concurrence et des programmes de clémence et documents qui ont pu être obtenus par ce biais. À titre de commentaire personnel, deux choses principales. L'un des orateurs a dit que, dans la notion de confidentialité, les raisons pour ces restrictions sont de protéger d'une part le secret des affaires et d'autre part la mise en œuvre de l'action publique en favorisant les demandes de clémence. Sur la confidentialité, cela fait vingt ans que je suis président du comité de l'OCDE et cela fait vingt ans que l'on essaie de trouver une définition de la confidentialité et du secret d'affaires et on n'est pas plus près d'y arriver qu'il y a vingt ans, avec toutes les autorités de l'OCDE ainsi que les représentants des entreprises par le biais du BIAC. Je suis extrêmement sceptique sur le fait que l'on puisse trouver une définition opérationnelle de la confidentialité qui puisse s'imposer. Sur la question de la protection des programmes de clémence qui restreint la possibilité quand on se trouve dans une affaire dans laquelle il y a eu précédemment une instruction par une autorité de concurrence, je suis un peu perplexe. Je comprends bien l'intérêt qu'il peut y avoir à défendre les programmes de clémence. Le problème est le suivant, du point de vue de la dissuasion qui justifie l'existence de programmes de clémence : il faut quand même se demander si l'action civile en elle-même a aussi un effet de dissuasion. Si l'action civile, indépendamment de la question de la compensation, a un effet dissuasif, alors il y a peut-être un arbitrage à faire entre la protection des programmes de clémence d'un côté et la facilitation de l'action civile. Cette question n'est que rarement abordée, à vrai dire je ne l'ai jamais vue véritablement abordée. Il n'y a pas d'étude pour l'instant, ni dans un sens ni dans l'autre, qui permette d'avoir les idées claires sur cet arbitrage possible.

IV. Passing-on defence

62. Michele Carpagnano: The passing-on is a common fact that very frequently occurs in the market. In itself, this fact is neutral. It is thanks to the passing-on that benefits that occur by the competitive process flow down to the consumers and on the other side that the harm or damage caused by illegal conduct flows down the value chain. We can see here three major problems: Who has the standing to claim damages in case of passing-on? Against whom? How to manage several actions brought in the different levels of the value chain? The directive tries to solve this problem in a very complex way but, in my view, this is the only way that is available in light of the case-law of *Courage* and *Manfredi* that we recalled in the beginning of the panel. Anyone has standing, so if anyone has standing, we have to try and find a way to recognise this standing even in passing-on cases. In Italy we do not have legislative provisions on passing-on. Legislative provisions are absent also in Spain. The problem is often solved on the basis of general principles. In Italy we have two very old cases decided around the year 2000 by the courts of appeal of Turin and Cagliari that say that, if the defendant can show that the plaintiff has not suffered any damage via passing-on, no compensation may be awarded. There, the passing-on was just an *obiter dictum* rather than the core of the case. In Spain, on the other hand, we have a very recent case decided in November 2013 when the Supreme Court for the time time recognised the admissibility of the passing-on defence. The Court identified two cumulative requisites that are necessary to admit such a defence. The burden of proof is carried by the defendant, and on the other hand the defendant needs to prove both that the claimant has passed the overcharge down the supply chain and that have not suffered a reduction in their volume of sales. This is a very high standard of proof, and in regard to the rules established in Articles 12 and 16 of the Directive, we must confess that for both Spain and Italy a step forward seems necessary in order to improve their position on passing-on, especially in favor of the purchaser. As we will see, Article 15 establishes *prima facie* evidence of transmission of the damage from the upstream market to the downstream market. So again the case-law in Spain and Italy has made a step forward towards the rules laid down in the Directive, but more is to be undertaken in order to ensure full coherence with the new codified EU legal system.

63. Agisilaos Karpetas: In the Netherlands, in principle, compensation should be only for damages actually incurred and the burden of proof lies with the defendant. Passed-on overcharges could be subtracted from the damages as collateral benefits where there is a sufficient causal link between the benefits and the tortious act. Moreover, it must be reasonable that such benefits are to be deducted from the damages. I cross-refer you to the judgment already mentioned earlier, in the *TenneT-ABB* case. The District Court rejected the existence of latter condition. The ruling of the first instance court seemed to be in line with the earlier version of the proposed rules on indirect purchasers and passing on in the Directive (Art. 12(2) of the Commission's proposal) which could have led to controversies taking into account the revised version of the said rule. On appeal, however, the second-instance Court backtracked and stated

that disallowing the passing-on was premature since the defendant had not been given the chance to counter-argue the economic report on which the District Court's reasoning was based.

64. Frédéric Jenny: Le fait que l'on ne puisse pas avoir de dommages punitifs est un élément important dans ce débat puisqu'aux États-Unis, on peut avoir des dommages-intérêts punitifs, peu importe qu'il y ait eu un *pass-on*, et à partir du moment où il y a un cartel, ses membres peuvent être l'objet d'une demande de dommages-intérêts. On a entendu qu'en Italie et en Espagne, les tribunaux avaient une certaine difficulté à accepter les preuves du *pass-on* et mettaient la barre très haute en matière de charge de la preuve pour celui qui doit invoquer cette défense. Je ne suis pas sûr d'ailleurs d'avoir compris totalement le cas espagnol dans lequel il faut d'une part montrer que celui qui cherche des dommages a transféré l'augmentation de prix qu'il a subie en raison du cartel, mais aussi montrer que les quantités qu'il a vendues n'ont pas pu être réduites. Pour un économiste, cela pose un problème puisqu'il est difficile d'envisager une augmentation du prix sans une diminution en tout cas de la quantité globale. Cela semble rendre la preuve du *passing-on* quasi-impossible. La directive tend à faire évoluer les juridictions dans le sens d'une acceptabilité plus grande de ce type de défense qui néanmoins posera des problèmes économiques considérables puisque la seule façon de montrer qu'il y a effectivement eu un transfert de l'augmentation de prix sur d'autres est de se livrer à des analyses économiques qui sont très compliquées. Le dialogue entre économistes et juristes va sur ce point-là nécessairement avancer.

V. Chinese competition law

65. Frédéric Jenny: For the last topic that we wanted to talk about, let's move away from Europe for once and let's go to China to see on any of those topics, or some other topic that you may have in mind, how you would compare the Chinese system with what we've been talking about.

66. Knut Fournier: Thank you very much. It's a pleasure to be here to talk about Chinese law, which is generally misunderstood, and I've always thought there was a lot of demand from practitioners or academics or enforcers in Europe to understand better Chinese law. I would like to thank you for this presentation and I would like to thank the organisers of this conference for making this space for a comparison with what is a fairly recent competition regime, which is the Chinese competition regime. It started about six years ago in the summer of 2008. In my sense, the civil action and, as a consequence, the reparation of damage in competition law in China is affected by mainly two elements: the fact that civil action is nearly an accident in China and wasn't expected to be what it is today six years ago. It just comes from two simple lines in the Chinese competition law, the Anti-monopoly law, which do not address the question of standing because of its wording. It's Article 50 and it says that any undertaking that has violated the Anti-monopoly law should bear civil liability. It does not address the question of the victim nor does it contain the word "victim," which in China is not found very often in the law. The second element

that affects civil action in China is that it's China, and there is a strong Chinese element in anything that happens in courts or with the regulators.

67. Going through some of the topics seen previously, we can try to understand how Chinese elements either impose themselves or follow in some cases international practice.

68. Standing: Who can go to court for competition damage? As I said, Article 50 provides absolutely no guidance and the courts have accepted, very liberally, that anybody could apply for redress in court, not only in a follow-on action for damages essentially to enforce a judgment from a competition authority and obtain restitution, but also in stand-alone actions by people who have been to courts to fight against monopolies, against state monopolies, against giant Internet companies or multinationals to obtain reparation. Here the main element is that one of the main engines for progress in terms of civil action is civil society; that element is missing in China. No consumer protection associations, nor groups of people who actually stand for other people, or umbrella organisations who have the right to represent other people, especially not the civil society. The way around that is the law firms. Some law firms took the role of, in their own name, attacking for instance Baidu, which is the Chinese equivalent for Google, and trying to obtain either reparation or some changes in contractual clauses or changes in business practices, and these law firms have acted as consumer protection associations. That is something that has been triggered by competition law, so here we see not just how the Chinese context affected things but essentially how competition law affected the Chinese context, which is an interesting reverse effect and also a surprise.

69. Do the decisions by Competition authorities bind the courts? Again the Chinese context and the things we've discussed previously show me that the European way of deciding whether the competition authority binds the courts is very much a compromise between the fact that there is some sort of *prima facie* evidence or a simple presumption or a super-presumption and the independence of the courts. Again, it's China. There is no independence of the courts. The Constitution is extremely clear about the separation of powers. The supreme organ of the State, the Standing Committee of the National People's Congress, is legislative and executive and judiciary. There is no separation of powers and there is no independence of the courts. Therefore, Competition authorities are essentially a branch of the executive and when they make a decision they bind the courts, and it's over. You don't have to discuss that. You can, but you just lost ten million dollars trying to counter evidence at the national competition authority. Do you want to lose again ten million dollars paying lawyers to contest this evidence in court? No. Save your time, focus your resources on what you can actually win.

70. Access to evidence, I don't even think I need to go there.

71. Leniency is an interesting topic. The Chinese vision of the prisoner's dilemma is that if it is extremely unclear to you what's going to happen to your evidence or to your company after you come up with evidence, you're more likely

to come forward with evidence. So essentially there is a call for leniency, there is a text for leniency, but there are no clear rules on how much you are going to save if you are the first one to come forward, or the second one, or the last one. In a recent case, the *Chinese milk powder* case—which was extremely particular in China because of a food scandal that happened a few years ago where, in a very sad turn of events, several infants were killed because of food safety issues, we see eight companies being accused of a cartel. Six of them came forward with evidence and they all got different results, and it is not necessarily the order in which they came with evidence that governed the sanction discounts.

72. The calculation of damages is a very interesting topic. We had a first case of cartel in court judged a few months ago in Beijing, where a seafood retailer attacked what is essentially the trade association for seafood, but it is actually a state organ. He attacked some contractual clauses, and some membership clauses about who can be a member and essentially how much seafood one can resale. The retailer asked for 100.000 euros in damages. He wins in court, the contractual clauses are voided and the court does not say anything about damages. This is typical of Chinese courts, which sometimes feel incompetent to do something, but they did not want to put on paper "I am incompetent to do that." They simply did not know the topic and this will be decided by an appellate court. It sort of follows the guidelines provided by the Chinese Supreme Court, another element that is found only in China that the organs who make the rules are also the organs who interpret the rules, unless this has been delegated to those who enforce the rules. Their interpretation is binding in their order. So the Chinese Supreme Court provided guidelines in 2012 on the civil actions in *AML* cases and these guidelines are essentially binding to the courts. They indicate that normally lower courts should not take anti-monopoly cases, competition cases, and should normally let higher courts deal with that.

73. This leads me to some sort of conclusion on competition law and I'm often asked "Why do you even bother to do Chinese law if there is no rule of law, no independence of justice? Why do you even call that the law?" Besides that China and changes in the Chinese legal system are fascinating, this is driven by necessity. Well when your clients want to file for mergers in China you have to go there, you have no choice. You are sitting around the table, you are discussing a merger, drafting a multijurisdictional memo and you realize that you have to file in China. Whether it is law or not, it is not your business and you are not going to tell your client "Oh I'm sorry, it's China, no, we don't want to do that." No, you actually have to go there and to do the best with what you have. The other response is that it is progressing, it is actually getting better, and civil action is the big surprise, the success story of competition law in China. We went from about two or three cases in the first year to about 50 or 60 cases last year of civil actions in courts. The calculation of damages is still very creative. It is quite unclear at the moment what should be included and should not be included in the damages, whether for instance what you paid as a fine in your administrative case should be deducted from the damages. In theory it should not, but actually you might argue that because you paid part of it to the regulator you do not have to repay

that in court. We have seen the lawyers, as I said, stepping forward and acting as consumer protection associations, which is extremely encouraging. We have the leadership of the Supreme Court that has decided to actually train judges in competition law, to try and use all this knowledge from intellectual property and trade and to build competition courts. Some of the most interesting cases come from Shenzhen, in Guangzhou, where all the Internet companies are. Some come from Beijing and Shanghai, where you have judges that are competent in competition law and why not in competition economics one day.

74. The last thing, and it is something quite unique in China, is the cooperation between competition authorities and the courts, not in the sense that you would expect a cooperation between them. We have seen a case where the competition authorities helped the court to implement a judgment. It is the *Fake Apple stores* case. Some Apple stores in China were completely fake. Absolutely everything in the store was made up and absolutely nothing came from Apple. This did not happen in Shanghai or Beijing, but in smaller cities with less access to consumer brands. These stores were nonetheless closed by the courts and the courts had no idea how to implement that, how to effectively go there and close the shop. Well, the competition authority did it, after the court judgment, and that is quite unique. That is also quite encouraging as to how China will develop a very Chinese way of implementing competition law but also a very efficient way.

VI. Conclusion

75. **Frédéric Jenny** : Merci beaucoup pour cette très intéressante présentation des développements en Chine. Sur la table ronde que nous venons d'avoir, je voudrais juste rappeler trois points.

→ D'abord, clairement, la démocratisation du droit par le fait que la directive facilitait, en application d'ailleurs de décisions de la Cour de justice, l'exercice de l'action civile par les victimes même indirectes, à condition bien sûr qu'elles puissent apporter la preuve de leur préjudice et de la violation.

→ Deuxièmement, clairement une évolution dans les règles de procédure notamment pour l'accès aux documents, aux preuves, la capacité de demander l'accès à des catégories de documents plutôt qu'à des documents spécifiques. Cela nous transporte au milieu de l'Atlantique, grosso modo. Nous ne sommes pas tout à fait encore aux États-Unis. Mais c'est quelque chose qui, d'une part, est tout à fait fondamental. D'autre part, personnellement je ne vois pas comment on peut faire ça pour le droit de la concurrence et pas pour le reste du droit, donc il me semble que cela appelle à d'autres évolutions, mais cela rapprochera clairement les citoyens du droit, donc je crois que l'article 5 dont parlait Assimakis tout à l'heure est tout à fait important.

→ Troisièmement, une modification assez brutale et qui laisse assez perplexe entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire : la question du statut des décisions de l'autorité de concurrence, de la protection des données des procédures en matière de concurrence, enfin tout le débat que l'on a eu.

→ Et puis quatrièmement, sujet qui est peut-être en dehors de cette journée, mais qui est le fait qu'un certain nombre des conséquences que l'on a vues, que ce soit en termes de défense de *pass-on* ou d'établissement de la causalité pour les demandeurs, suppose un degré de sophistication de l'analyse économique qui pourra se développer, mais auquel il faut faire face, c'est-à-dire qu'il faut se demander véritablement quels sont les moyens que l'on peut donner aux juridictions pour intégrer les éléments conceptuels dont elles ont besoin. ■

Laurence IDOT
laurence.idot@sfr.fr

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Membre, Collège de l'Autorité de la concurrence,
Paris

Les réparations des dommages concurrentiels en concurrence

CHOISIR SA LOI ET SON JUGE : QUELLES POSSIBILITÉS ?

Abstract

La pratique actuelle des juridictions montre que de nombreuses actions en réparation, en particulier celles consécutives à des décisions de la Commission, présentent une dimension internationale. Les questions préliminaires et fondamentales de la détermination du juge compétent et de la loi n'étant pas abordées dans la directive, qui n'a pas vocation à éliminer les conflits de lois et encore moins les conflits de juridictions, il faut se reporter aux instruments existants du droit international privé européen, principalement les règlements « Bruxelles I » et « Rome II ». En pratique, le choix du juge s'avère déterminant et le système actuel permet le *forum shopping*.

Most of present damages action following Commission's prohibition decisions of cartels have an international dimension. It raises the preliminary and essential issues of applicable law and choice of a national court. As these issues are not dealt with in the directive, it is necessary in order to solve the problems to refer to the existing European regulations in international private law, the so-called Brussels I and Rome II regulations. In practice, the choice of the court is essential and the present system allows *forum shopping*.

76. Dans ce colloque axé sur la directive, consacrer une présentation aux questions de droit international privé peut de prime abord surprendre. Le texte qui nous retient aujourd'hui n'aborde pas ces difficultés, lesquelles avaient été à peine esquissées dans les travaux antérieurs¹, et l'on peut espérer que l'adoption d'une directive de rapprochement des législations sera de nature à atténuer les risques de *forum shopping* et de *law shopping* antérieurement dénoncés². Atténuer est certainement le mot juste, car, comme chacun sait, l'adoption de telles directives n'élimine nullement les conflits de lois qui subsistent en toute hypothèse.

77. Le sujet s'impose d'autant plus que les situations internationales sont de plus en plus fréquentes. L'exemple le plus topique est celui des cartels internationaux régulièrement interdits par la Commission européenne. L'on se souvient de la vieille affaire des vitamines qui a donné lieu à l'affaire *Provimi* au Royaume-Uni³. Au cours des derniers mois, les juridictions de cet État ont été souvent sollicitées, qu'il s'agisse du *Competition Appeal Tribunal*, y compris pour des actions consécutives à des décisions de la Commission⁴, ou du juge de droit commun, la *High Court*⁵.

- 1 Sur les aspects de droit international privé dans le livre vert, v. not., les travaux du colloque du Mans, Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : Compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ? *Concurrences* n° 2-2007, spéc. les communications de A.-M. Luciani et de V. Le Meur-Baudry ; J. Basedow, Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law, in *Private enforcement of EC Competition Law*, Kluwer, 2007, p. 229. Sur ces aspects dans le livre blanc, les travaux du colloque de l'AFEC de juin 2008, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, *Concurrences* n° 3-2008, www.concurrences.com, spéc. la dernière table ronde, La dimension internationale des actions en réparation, avec les interventions de H. Gaudemet-Tallon, M.-L. Niboyet, M. Wilderspin et A. Nuys.
- 2 V., en dernier lieu, L. Idot, Private enforcement 2013 : entre actions de contournement et *forum shopping*, NFA, 2013, 3^e table ronde, *Concurrences* n° 2-2013.
- 3 *Provimi Ltd v. Roche* (2003) EWHC 961 (Comm.).
- 4 V. par ex., à la suite de la décision de la Commission dans l'affaire du graphite de carbone (Comm. eur., déc. 3 déc. 2003, aff. 38.359), l'affaire *Deutsche Bahn v. Morgan Crucible* (2007) CAT 16, et, sur appel, CA (civ. div.) 31 juill. 2012, [2012] EWCA Civ 1055 ; sur la compétence internationale du CAT, 15 août 2013 [2013] CAT 18 ; *Emerson Electric v. Morgan Crucible* (2007) CAT 28, (2008) CAT 8, (2011) CAT 4.
- 5 V. not. les actions à la suite de décisions de la Commission : l'affaire du caoutchouc butadiène (déc. 29 nov. 2006, aff. 38.638), *Cooper Tyre & Rubber company v. Shell Chemicals UK* (2009) EWHC 2609 ; *Cooper Tyre & Rubber company Europe v. Dow Deutschland* [2010] EWCA Civ 864 ; l'affaire des tubes industriels (déc. 16 déc. 2003, aff. 38.240), *Toshiba Carrier UK v. KME Yorkshire* (2011) EWHC 2665 (Ch), st sur appel, *KME Yorkshire v. Toshiba Carrier UK* [2012] EWCA Civ 1190 ; l'affaire des sacs industriels (déc. 30 nov. 2005, aff. 38.354), *Bord Na Mona horticulture v. British Polythene Industries* [2012] EWHC 3346 (Comm). Dans d'autres affaires en cours, comme celle des appareils à commutation d'isolation gazeuse (dite *AIG*, déc. 24 janv. 2007, aff. 38.899), plus connue au Royaume-Uni sous le nom d'affaire *National Grid*, les débats fort nombreux n'ont pas à ce jour porté sur la compétence internationale de la *High Court*, mais sur la question de l'accès au dossier de la Commission, ou encore sur l'application éventuelle de la loi de blocage française de 1968 (v., en dernier lieu, [2013] EWCA Civ 1234). On relèvera par ailleurs une action intentée par Nokia après envoi de la communication des griefs dans l'affaire qui a conduit à l'interdiction du cartel des LCD (déc. 8 déc. 2010, aff. 39.309) : *Nokia v. AU Optronics et al.*, [2012] EWHC 731 (Ch).

D'autres juridictions nationales ont également été saisies⁶ : italiennes⁷, allemandes⁸, néerlandaises⁹, finlandaises¹⁰, voire françaises¹¹.

78. Cela étant, sur le fond, le sujet n'est pas vraiment nouveau. Un groupe de recherche y a consacré un ouvrage¹², dont les conclusions, même si elles remontent à 2010, restent aujourd'hui pour l'essentiel valables. L'étude faite à la demande de la direction Justice de la Commission européenne, centrée naturellement sur le droit de l'Union, aborde également la question des rapports avec les pays tiers en prenant l'exemple des États-Unis¹³. Ce dernier est, en effet, assez représentatif des difficultés rencontrées au niveau global en raison à la fois de l'attractivité des juridictions et du droit *antitrust* américains¹⁴ et d'une approche très différente des problèmes de droit international privé. Compte tenu du temps imparti, le sujet sera toutefois traité dans le seul contexte des relations intra-européennes.

79. Sur ce point, la position de la Commission n'a pas varié depuis le livre vert. Indépendamment du fait qu'une directive n'est pas le cadre juridique approprié pour régler ce type de problèmes, la DG Concurrence a toujours soutenu que des textes supplémentaires n'étaient pas nécessaires du fait de l'arsenal juridique déjà existant en droit international privé. Si on laisse la question cruciale de l'accès aux preuves localisées dans un autre État membre pour lequel le règlement n° 1246/2001 n'apporte qu'une réponse très imparfaite¹⁵, d'autant que son utilisation est facultative¹⁶, le droit positif repose sur deux séries de règlements : ceux

relatifs à la loi applicable, soit les règlements n° 593/2008 du 17 juin 2008, dit "Rome I", sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁷, et n° 804/2007 du 11 juillet 2007, dit "Rome II", sur la loi applicable aux obligations non contractuelles¹⁸, et le règlement sur la compétence internationale, la reconnaissance et l'exécution des jugements, le règlement n° 44/2001, dit "Bruxelles I"¹⁹, qui sera remplacé à partir de janvier 2015 par le règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012²⁰.

Compte tenu de la chronologie des travaux, le droit antitrust a été brièvement et tardivement évoqué lors de la discussion sur le règlement "Rome II", ce qui a conduit à l'insertion au dernier moment d'un article 6, § 3, sur la loi applicable à l'action en réparation consécutive à des pratiques anticoncurrentielles²¹. En revanche, le droit de la concurrence semble avoir été oublié lors de la transformation de la convention de Rome en règlement en 2008, ce qui peut se comprendre, et, plus encore, lors de la révision du règlement "Bruxelles I" en 2012.

80. Compte tenu du temps imparti, une deuxième exclusion s'impose, même si elle est très importante sur le plan pratique : il s'agit de la qualification de l'action en réparation. La Commission semble considérer que toutes les actions en réparation sont nécessairement des actions délictuelles, mais certains dommages peuvent être consécutifs à des contrats intervenus entre la victime du dommage et un auteur de la pratique anticoncurrentielle. Cela est fréquent dans les relations verticales, comme l'illustre l'arrêt *Courage*²², mais n'est pas exclu pour les relations horizontales. Il suffit d'imaginer l'action intentée par l'acheteur direct à l'encontre du membre d'un cartel qui est à l'origine d'un surcoût du produit acheté. Dans certains systèmes juridiques, de telles actions sont de nature contractuelle.

Or, en droit international, la qualification de l'action est fondamentale²³. Le règlement qui permet de déterminer la loi applicable au fond n'est pas le même : il faut se référer soit au règlement "Rome I", soit au règlement "Rome II". De même, en matière de compétence internationale, certaines règles sont spécifiques à la matière contractuelle : l'on pense en particulier au régime des clauses attributives de juridiction²⁴

6 Seront seules mentionnées les affaires présentant des éléments d'extranéité, qui justifient que les questions de droit international soient abordées. Les derniers rapports de la Commission font référence à d'autres actions en réparation (not. également au Royaume-Uni, ou en Espagne), mais qui semblent se dérouler dans un contexte purement interne.

7 V. dans l'affaire du caoutchouc butadiène préc., les références faites par la *Court of Appeals* à la procédure italienne, (2010) EWCA Civ 864, spéc. n° 12 à 25.

8 Dans l'affaire dite "du ciment", l'intérêt à agir de la société CDC a finalement été nié par le *Bundesgerichtshof* (arrêt du 26 février 2013, KRBB, 20/12). V. le commentaire en français de F. Bien, *Concurrences* n° 4-2013, p. 181.

9 La société CDC a saisi des juridictions néerlandaises dans l'affaire du chlorate de sodium (Comm. eur., déc. 11 juin 2008, aff. 38.695) (v. cp de CDC, 10 juin 2011) et dans l'affaire de la cire de bougie (Comm. eur., déc. 1er déc. 2008) (v. cp de CDC, 10 oct. 2011). V. égal., les actions intentées par la société Claims Funding International (CFI) contre Air France-KLM et Martinair à la suite de la condamnation du cartel du fret aérien (déc. 9 nov. 2010, aff. 39.258) (*Competition Law Insight*, 8 mars 2011)

10 V. dans l'affaire du peroxyde d'hydrogène (Comm. eur., déc. 3 mai 2006, aff. 38.620), la saisine d'une juridiction finlandaise par la société CDC. Le tribunal de district d'Helsinki a rendu un premier jugement sur sa compétence et la recevabilité de l'action le 4 juillet 2013 (cp de CDC, 17 juill. 2013).

11 V. par ex., à la suite de l'affaire *JCB* (déc., 21 déc. 2000, aff. 31.518), CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 juin 2013, *JCB Sales Ltd et al., c/ SA Central Parts* (n° 12/04441) ; v. égal., à la suite du cartel de la lysine (déc., 7 juin 2000, aff. 36.545), CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, *SNC Doux aliments Bretagne et al. c/ Sié Ajinomoto Eurolysine* (no 10/18285). Les questions de droit international privé n'ont à aucun moment été soulevées...

12 *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, J. Basedow, S. Franck et L. Idot (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2012.

13 *Idem*, spéc. la partie I.4. Beyond the EU, H. Buxbaum et R. Michels, *Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law – A US Perspective*, chap. 10, pp. 225-244.

14 V. par ex. la saisine par des victimes du cartel du fret aérien d'un tribunal de New York pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de la violation de l'article 101 TFUE. *In re Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* (MDL, 1775, USDC, EDNY).

15 V. not. L. Idot, *Access to Evidences and Files of Competition Authorities, in International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc. chap. 12, pp. 259-288.

16 V. encore récemment, CJUE, 21 févr. 2013, *ProRail*, aff. C-332/11, *Europe*, 2012, comm. 195. Sur la discussion de cette jurisprudence dans des affaires soumises au juge anglais et notamment dans l'affaire *National Grid*, v. not., CA (Civil division), 22 oct. 2013 [2013] EWCA Civ 1234, préc.

17 *JOUE*, n° L 177, 4 juill. 2008. Le règlement est entré en vigueur le 17 décembre 2009.

18 *JOUE*, n° L 199, 31 juill. 2007. Le règlement est applicable aux faits survenus après le 11 janvier 2009 (art. 31 et 32) ; *adde*, CJUE, 17 nov. 2011, *Deo Antoine Homavoo*, aff. C-412/10, *Europe*, 2012, comm. 54.

19 Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE*, n° L 12, 16 janv. 2001

20 Règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *JOUE*, n° L 351, 20 déc. 2012.

21 Sur le contexte, v. not., M. Wilderspin, colloque sur le livre blanc, préc., note 1.

22 CJCE, 20 sept. 2001, *Courage v. Crehan*, aff. C-453/99, *Europe*, 2001, comm. 330, *JCP* éd. E, 2002, p. 1, note S. Ramet.

23 V. not., S. Poillot-Peruzzetto, D. Lawnica, *Relevance of the Distinction between Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and Applicable Law, in International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc., chap. 7, pp. 132-157.

24 Sur les questions relatives à l'absence de transmission d'une clause attributive de juridiction au tiers acquéreur, v. encore récemment, CJUE, 7 févr. 2013, *Refcomp*, aff. C-543/10, *Europe*, 2013, comm. 194.

évoqué dans l'affaire *Provim*²⁵ et plus récemment dans une affaire *Ryanair*²⁶, sans oublier l'hypothèse de l'arbitrage²⁷. De plus, dans le règlement "Bruxelles I", les options de compétence de l'article 5 sont différentes suivant que l'action est de nature contractuelle ou délictuelle : il faut se reporter soit à l'article 5.1°, soit à l'article 5.3°. Il est vrai que, confrontée très tôt à cette difficulté, la Cour de justice a imposé une définition autonome des matières délictuelle et contractuelle et qu'à la différence du droit français, elle a retenu une définition restrictive de la matière contractuelle²⁸, la notion de matière délictuelle ayant une vocation subsidiaire²⁹. Si la notion de matière contractuelle suppose un engagement librement assumé³⁰, ce qui paraît logique, l'article 5.1° ne peut jouer que dans les relations directes entre contractants. La Cour de justice a été amenée à le rappeler à deux reprises en 2013, dans des affaires³¹ dont les solutions sont transposables au droit de la concurrence.

Cette question de la qualification de l'action est parfois débattue devant les juridictions saisies d'actions en réparation consécutives à des cartels internationaux. L'on mentionnera le débat en 2013 devant une juridiction finlandaise à propos de l'action engagée par la société *Cartel Damages Claims* (ci-après "CDC") à l'encontre du groupe *Kemira*, condamné par la Commission dans l'affaire du peroxyde d'hydrogène. Bien que le préjudice ait découlé de l'achat des produits couverts par l'entente, les demandes n'ont pas été qualifiées de contractuelles, ce qui a permis d'écarter le jeu de la clause compromissoire insérée dans les contrats d'approvisionnement³².

81. Même en ne s'intéressant qu'aux actions de nature délictuelle, d'autres questions spécifiques ne peuvent davantage être couvertes. Il en est ainsi en particulier des difficultés soulevées dans les rapports internationaux par les actions collectives, sujet largement traité en droit international et pour lequel il n'existe pas d'élément récent nouveau³³, ou encore aux spécificités de certains droits,

comme la possibilité de demander des dommages et intérêts directement au *Competition Appeal Tribunal*³⁴.

82. Ainsi limité, le sujet imparti doit être également reformulé. De prime abord, le libellé qui figure sur le programme "Quelle loi, quel juge ?" interpelle l'internationaliste. La loi applicable dépend, en effet, du juge saisi. Avant de répondre à la question "quelle loi ?", il faut d'abord savoir devant quel juge l'on va porter son action et, pour opérer ce choix en connaissance de cause, le demandeur doit identifier au préalable les différents enjeux, tant pratiques que strictement juridiques, comme la loi applicable.

Le système mis en place dans l'Union européenne conduit à mettre au premier plan le choix du juge. Tel est ce que je voudrais démontrer en envisageant les enjeux du choix du juge (I.) avant de donner quelques éléments quant aux termes du choix (II.)

I. Les enjeux du choix du juge

83. Il n'est pas nécessaire d'insister sur les enjeux pratiques. Tout demandeur veut avoir facilement accès à un juge et obtenir un résultat satisfaisant, c'est à dire des dommages et intérêts significatifs dans des délais rapides et à un moindre coût. Une PME aura peut-être tendance à se tourner vers son juge national – l'on pense en France par exemple à l'affaire *Doux*³⁵ –, tandis que des entreprises internationales, voire des sociétés spécialisées dans le rachat des créances de réparation, n'hésiteront pas à mettre en concurrence les différentes juridictions³⁶.

Seuls les enjeux strictement juridiques retiendront notre attention. Dans quelle mesure, le choix du juge a-t-il une incidence sur la loi applicable aux actions en réparation du fait de pratiques anticoncurrentielles ? De prime abord, le choix devrait être indifférent puisque tous les juges des États membres sont tenus d'appliquer le règlement "Rome II" et, par voie de conséquence, la loi désignée conformément à l'article 6, § 3, de ce texte. Or, tel n'est pas le cas : le choix du juge s'avère déterminant en pratique. Cela résulte du fait que la *lex fori*, soit la loi du juge saisi, est applicable dans la majorité des situations (1.), même si la portée du choix est atténuée du fait de l'incidence du droit de l'Union (2.).

25 Préc. Sur cette question, v. M. Wilderspin, *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc., spéc. p. 53 et s.

26 Court of Appeals, 19 nov. 2013, *Ryanair v. Esso Italiana*, [2013] EWCA Civ 1450. En l'espèce, un cartel sur l'approvisionnement en kérosène avait été condamné en Italie par l'AGCM. Le contrat d'approvisionnement qui liait Ryanair à Esso contenait une clause attributive de juridiction.

27 Bien que l'arbitrage ne soit pas exclu en matière délictuelle, il est sur le plan pratique difficile de parvenir à un compromis une fois le litige né. Le recours à des modes alternatifs a sans doute plus de chance d'aboutir.

28 Sur les nombreux problèmes posés par la définition de la matière contractuelle et la jurisprudence abondante, v. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Paris, Lextenso, 4^e éd., LGDJ, 2010, spéc. n° 165 à 183.

29 *Idem*, n° 210 à 213.

30 CJUE, 14 mars 2013, *Ceska sporitelna*, aff. C-419/11, *Europe*, 2013, comm. 246.

31 V., à propos d'actions dirigées par des créanciers d'une société à l'encontre des dirigeants ou des actionnaires, CJUE, 18 juill. 2013, *OFAB*, aff. C-147/12, *Europe*, 2013, comm. 431 ; sur une action en remboursement d'un prêt engagée contre la société mère d'une filiale soumise à une procédure d'insolvabilité, CJUE, 17 oct. 2013, *OTP Bank*, aff. C-519/12, *Europe*, 2013, comm. 557.

32 V. *supra*, note 10.

33 V. not. D.-P. Tzakas, *International Litigation and Competition Law: the Case of Collective Redress*, in *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc., chap. 8, pp. 161-189 ; S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Bruylant, coll. Concurrences, 2012.

34 V. sur les spécificités, S. Farre Munoz, *Follow on actions. The lessons to be learnt from the Emerson Case*, *Competition Law Insight*, 23 sept. 2008. Pour une comparaison des avantages et des inconvénients de la saisine du CAT, N. Rigby, *The High Court has certain advantages over the Competition Appeal Tribunal as a forum*, *Competition Law Insight*, 1^{er} sept. 2011. Sur les questions spécifiques à la recevabilité des actions devant le Competition Appeals Tribunal au Royaume-Uni, v. par ex. les débats dans l'affaire *Emerson (Competition Law Insight, 23 sept. 2008)* qui se sont poursuivis... (2011) CAT 4.

35 CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, *SNC Doux aliments Bretagne et al. c/ Sté Ajinomoto Eurolysine*, préc.

36 Dans ce nouveau "marché du *private enforcement*", les juridictions britanniques semblent provisoirement dominer, mais pour certains, il serait beaucoup plus intéressant de saisir les juridictions néerlandaises, ce qu'a fait d'ailleurs à diverses reprises, la société CDC. V. l'intervention de J. Derenne ; dans le même sens, M. Slotboom, J. Polet, B. Haan, *A recent case will boost the Netherlands' jurisdictional importance*, *Competition Law Insight*, 8 mars 2011.

1. Détermination de la loi applicable et prééminence de la *lex fori*

84. En droit international privé, l'on distingue habituellement les questions de procédure et les questions de fond. Les premières sont soumises à la *lex fori*, soit la loi du juge saisi, tandis que les secondes sont régies par la loi désignée par la règle de conflit du juge saisi. Cette distinction joue également pour les actions en réparation consécutives à des pratiques anticoncurrentielles.

85. a) Comme en toute matière, la *lex fori* est applicable tout d'abord aux questions de procédure. Relèvent de la *lex fori* les questions d'intérêt et de qualité pour agir, soit tout ce qui concerne la recevabilité de l'action³⁷. Est également soumise à la *lex fori* le déroulement de la procédure, ce qui inclut l'administration de la preuve, ainsi que les pouvoirs du juge en ce domaine³⁸.

En droit de la concurrence, il n'est pas utile d'insister sur le caractère fondamental des questions de preuve, ni de mettre l'accent sur les divergences existantes entre les droits nationaux mises en lumière dans les travaux antérieurs à la directive. Le président Gentin le rappelait en introduction³⁹.

86. b) Mais au-delà des questions habituelles de procédure, la *lex fori* joue également un rôle déterminant sur les questions de fond. En effet, en présence d'une action de nature délictuelle, tout juge d'un État membre de l'Union est tenu de se référer aux dispositions du règlement "Rome II", du moins pour les faits postérieurs au 11 janvier 2009⁴⁰. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la disposition pertinente est constituée par l'article 6, § 3, du règlement, sachant que l'article 6, § 4, exclut en la matière le jeu possible du principe d'autonomie qui est par ailleurs l'une des grandes innovations du règlement pour les actions en réparation. Le texte comporte deux alinéas, une distinction étant introduite suivant que la pratique anticoncurrentielle affecte un ou plusieurs marchés⁴¹.

87. Dans le premier cas, l'article 6, § 3, sous a), affirme la compétence de la loi du pays dont le marché est affecté par la pratique anticoncurrentielle. Plus que les remarques habituelles faites sur les questions de délimitation du marché

et le lien de rattachement entre la pratique anticoncurrentielle et le marché affecté⁴², l'on se bornera à deux observations.

En pratique, si un seul marché est affecté, on sera le plus souvent dans une situation interne et il ne sera même pas nécessaire de faire appel au règlement "Rome II". En effet, même si l'entreprise à l'origine du comportement illicite est un groupe étranger, il est vraisemblable que le demandeur agira à l'encontre de la filiale nationale de ce dernier et les tribunaux saisis raisonneront comme si l'on était en présence d'une affaire interne⁴³. Le texte ne présente d'intérêt que si le défendeur a son siège en dehors de l'État du juge saisi.

Sur le plan théorique, la référence au marché affecté est conforme aux objectifs du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui a pour but la protection du marché et non la protection d'une entreprise individuelle⁴⁴. Cela étant, comme il y aura le plus souvent coïncidence entre la loi du marché affecté et la loi du dommage subi par l'entreprise, l'on devrait aboutir aux mêmes résultats que si l'on avait appliqué la loi du lieu du dommage, laquelle est consacrée en principe à l'article 4, § 1, du règlement. L'on peut se demander si un texte particulier était bien nécessaire⁴⁵.

88. La spécificité du droit de la concurrence intervient à un autre niveau. Dans la majorité des situations internationales, et en particulier pour les pratiques relevant des articles 101 et 102 TFUE, plusieurs territoires sont le plus souvent affectés, des marchés d'États membres, voire des marchés d'États tiers. Tel est le cas notamment dans les hypothèses de cartels internationaux ou d'abus de position dominante émanant de grands groupes. Il faut alors se reporter à l'article 6.3, sous b), lequel distingue à nouveau deux situations⁴⁶.

Première hypothèse, il y a un seul défendeur, ce qui peut être le cas dans des affaires d'abus de position dominante. Le texte permet au demandeur de se fonder sur la *lex fori*, pourvu qu'elle soit également celle d'un marché affecté de manière directe et substantielle, précise le texte. L'objectif est de limiter le *forum shopping*.

Deuxième hypothèse, le demandeur a attiré plusieurs défendeurs, situation qui correspond plutôt aux cartels internationaux. Le cas n'est pas d'école, puisque dans certaines affaires soumises aux juridictions anglaises, l'on a pu avoir jusqu'à une vingtaine de codéfendeurs⁴⁷. Il est alors encore possible d'avoir une seule loi applicable au fond, la *lex fori*, si le marché de la juridiction saisie est directement et

37 M.-L. Niboyet-Hoegy, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986.

38 V. not. E. Fongaro, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

39 V. intervention *supra*.

40 Cette date explique certainement qu'il n'y ait pas eu de débat jusqu'à présent sur l'interprétation de ce texte devant les juges nationaux. Compte tenu de la durée des procédures, les pratiques condamnées, qui ont donné lieu aux actions en réparation, sont toutes antérieures.

41 Pour un commentaire de ce texte, v. not., V. Pironon, L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement "Rome II" : bonne mauvaise idée ? *Europe*, 2008, étude 2, et, Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence, in *Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, S. Corneloup et N. Joubert (dir.), Paris, LexisNexis Litec, 2008, coll. CREDIMI, vol. 31 ; M. Behar-Touchais, Abus de puissance économique et droit international privé, *RIDE*, 2010.37 ; S. Francq, W. Wurmnest, International Antitrust Claims under the Rome II Regulation, in *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc., chap. 6, pp. 91-129.

42 Pour une étude plus détaillée, S. Francq, W. Wurmnest, préc., spéc. pp. 119-124. Les internationalistes surestiment beaucoup les problèmes de délimitation du marché. Les exigences ne sont pas les mêmes pour la question préalable de l'applicabilité de la règle, seule en cause, dans l'article 6.3, sous a), et la question de fond de l'appréciation de l'impact de la concurrence sur la concurrence. Cela est d'autant plus vrai qu'à ce niveau, l'on ne prend en compte que le marché géographique. De même, à ce stade de l'applicabilité de la règle, l'intensité du lien entre la pratique et le marché affecté ne se pose guère.

43 V. à nouveau l'affaire *Doux* préc.

44 V. égal. le considérant 21 du règlement. *Adde*, A.-M. Luciani, Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans la détermination de la loi applicable aux sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles ? in colloque du Mans, préc., note 1.

45 Le considérant 21 du règlement est très clair sur le fait que l'objectif de l'article 6 est de préciser la règle générale de l'article 4.

46 *Idem*, préc., pp. 124-128.

47 V. not., les affaires citées *supra*, note 5 : par ex., 25 codéfendeurs dans l'affaire *Nokia*, préc.

substantiellement affecté par l'acte en cause. L'objectif a été de parvenir à ce qui a été appelé une "règle de concentration" ("a concentration rule")⁴⁸.

89. En conclusion, la *lex fori* sera applicable dans la majorité des situations, soit indirectement parce qu'elle coïncidera avec la loi du marché affecté, soit plus directement parce qu'en présence de plusieurs marchés affectés, le demandeur choisira en pratique son juge et ensuite la *lex fori*... D'un point de vue théorique, c'est la négation même du droit international privé⁴⁹, mais il est vrai que d'un point de vue pratique, la solution n'est pas aberrante. Le problème est ailleurs. D'autres difficultés surgissent quant au domaine de la loi ainsi désignée.

2. Domaine de la loi applicable et limitation de la portée du droit national

90. Le domaine de la loi désignée par la règle de conflit, en pratique le plus souvent la *lex fori*, est plus limité qu'il n'y paraît de prime abord du fait de l'omniprésence du droit de l'Union : le droit national est soit écarté par le droit de l'Union (2.1.), soit encadré par lui (2.2.).

2.1. La mise à l'écart de la loi nationale au profit du droit de l'Union

91. Que la loi désignée par la règle de conflit de l'article 6, § 3, soit écartée par le droit de l'Union n'apparaît pas à la lecture du règlement, d'autant qu'il est précisé à l'article 3 que les règles de conflit qu'il édicte sont universelles. Cela signifie qu'elles ont vocation à s'appliquer dès que le juge d'un Etat membre est saisi, que la loi désignée soit la *lex fori*, la loi nationale d'un autre Etat membre⁵⁰, ou encore la loi d'un Etat tiers. Ce curieux résultat s'explique par deux raisons : l'une propre au droit de la concurrence, l'autre spécifique au droit de l'Union européenne.

92. La première donnée, propre au droit de la concurrence, a été oubliée par les rédacteurs du texte. L'article 6, § 3, du règlement "Rome II" édicte des règles de conflit bilatérales alors qu'un consensus existe sur le fait que, dans le domaine international, les droits de la concurrence, du moins le droit des pratiques anticoncurrentielles, relèvent de la catégorie des lois de police. Tel est le cas manifestement des articles 101 et 102 TFUE⁵¹. Cela signifie que l'applicabilité de ces règles échappe au mécanisme des règles de conflit bilatérales pour

relever d'une méthode unilatérale⁵². Ces dispositions sont applicables à toutes les situations relevant de leur champ d'application territorial. En d'autres termes, si un cartel remplit des conditions d'applicabilité de l'article 101, § 1, TFUE, soit la localisation des effets dans l'Union européenne et l'affectation du commerce entre États membres, le droit de l'Union a vocation à s'appliquer quelle que soit la loi désignée par ailleurs par la règle de conflit. L'article 6, § 3, du règlement "Rome II" n'a de sens que s'il est combiné avec l'article 16 du même règlement sur le respect des dispositions impératives⁵³. Cette lecture est la seule qui permette d'avoir une application cohérente avec celle du règlement "Rome I", dans lequel il n'y a pas de règle propre au droit de la concurrence, tout simplement parce qu'en tant que loi de police, le droit de la concurrence écarte la loi applicable au contrat⁵⁴.

La deuxième donnée, propre au droit de l'Union, est son incomplétude. Si les articles 101 et 102 TFUE permettent de prendre parti sur le caractère licite ou illicite d'un comportement, le recours à un droit national est ensuite indispensable pour préciser le régime applicable aux conséquences civiles de la violation des règles, qu'il s'agisse au demeurant de la nullité du contrat, ou du régime de l'action en réparation.

93. En droit international privé, il en résulte nécessairement un raisonnement en deux temps⁵⁵. Pour déterminer s'il y a violation du droit de la concurrence et donc une faute, il faut raisonner d'abord par rapport au droit de la concurrence qui revendique son application à la situation en cause, soit les articles 101 et/ou 102 TFUE, et/ou les règles nationales équivalentes. Le recours à la loi désignée en application de l'article 6, § 3, du règlement "Rome II" n'a d'intérêt que pour préciser dans un deuxième temps le régime juridique applicable à l'action en réparation qui relève du droit national. C'est la seule lecture cohérente du texte.

C'est, semble-t-il, cette solution que recherchait la DG Concurrence lorsqu'elle a demandé l'insertion d'un texte spécifique au droit *antitrust*. Il est vrai que le résultat n'est pas choquant aussi longtemps que l'on raisonne uniquement dans les relations intra-européennes. Mais les auteurs du texte ont oublié le caractère universel des règles de conflit bilatérales ainsi introduites affirmé à l'article 3. Il y a par conséquent une contradiction entre l'article 6, § 3, du règlement, qui n'a de sens que pour les relations à l'intérieur de l'Union européenne, et le caractère universel des règles de conflit contenues dans le règlement, qui peut théoriquement conduire à la désignation d'une loi d'un État extérieur à l'Union européenne⁵⁶.

48 S. Franq, W. Wurmnest, préc., p. 125.

49 On aboutit en réalité à une situation identique à celle qui prévaut devant les juridictions américaines. Dès lors qu'il s'estime régulièrement saisi, le juge américain ne s'intéressera qu'à l'applicabilité du Sherman Act.

50 Le considérant 22 du règlement fait référence "au droit de la concurrence, tant national que communautaire". S'ils ont clairement visé les droits nationaux des États membres, il n'est pas certain que les auteurs du règlement aient envisagé des droits de la concurrence de pays tiers.

51 Nous avons toujours soutenu cette thèse (v. not., Les conflits de lois en droit de la concurrence, *JDI*, 1995.321 ; Droit de la concurrence, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut (dir.), Dalloz, 2004, pp. 255-281) qui semble faire l'objet d'un consensus (v. égal. en ce sens, les références citées par S. Franq, W. Wurmnest, préc., note 106, p. 114).

52 V. égal. en ce sens, S. Franq, W. Wurmnest, préc., p. 109.

53 V. égal. en ce sens, S. Franq, W. Wurmnest, préc., pp. 114-117. En revanche, nous ne pouvons souscrire à l'idée que les règles de concurrence pourraient être des règles de sécurité et de comportement au sens de l'article 17 du règlement (*idem*, pp. 117-118).

54 V. sur la nécessité d'avoir une lecture cohérente des deux règlements, L. Idot, Le cas du droit de la concurrence, in *La matière civile et commerciale, socle d'un droit international privé européen*, Dalloz, série Thèmes et commentaires, 2009, pp. 171-188.

55 Nous soutenons ce mode de raisonnement depuis plus de trente ans... (*Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris 2, 1981 ; Les conflits de lois en droit de la concurrence, préc.). Certains auteurs semblent désormais s'y rallier (S. Franq, W. Wurmnest, préc., p. 111).

56 V. sur cette question, S. Franq, W. Wurmnest, préc., pp. 100-101, égal. M. Wilderspin, préc., note 1.

2.2 L'encadrement de la loi nationale par le droit de l'Union

94. Ainsi limité, le domaine de la loi nationale désignée en application de l'article 6, § 3, est ensuite fixé à l'article 15 du règlement. Sont notamment couvertes les conditions et l'étendue de la responsabilité, ainsi que l'existence, la nature et l'évaluation du dommage. Les solutions sont, de prime abord, habituelles. En droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit national est toutefois doublement encadré par le droit de l'Union.

95. Il est tout d'abord encadré bien sûr par la directive qui vient d'être adoptée⁵⁷. Sur les questions couvertes, l'on devrait, du fait de la directive, aboutir à des règles, sinon identiques, à tout le moins convergentes. En pratique, les difficultés devraient concerner moins les conditions de la réparation et son étendue, puisque les grands principes sont fixés par le nouveau texte⁵⁸, que les questions relatives au paiement, même si le texte comporte également des dispositions sur le principe de la responsabilité solidaire⁵⁹.

96. De plus, certaines questions, qui relèvent en principe du domaine de la loi applicable, soulèvent des difficultés spécifiques en droit de la concurrence qui ne sont pas du tout abordées par la directive. Un seul exemple permet de s'en convaincre. Parmi les questions couvertes par la loi nationale désignée par la règle de conflit, l'article 15, sous a), du règlement "Rome II" vise également la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables.

Ce texte a été conçu pour les hypothèses habituelles de responsabilité civile, mais, en droit de l'Union, les règles d'imputabilité des comportements, notamment au sein des groupes de sociétés, obéissent à une logique qui n'est pas du tout celle du droit civil⁶⁰. De plus, si, dans certains États membres, comme en France, l'on suit les solutions consacrées par la Cour de justice, tel n'est pas le cas dans d'autres États membres où les juridictions considèrent que cela relève du principe d'autonomie procédurale⁶¹. Peut-on laisser cette question cruciale aux droits nationaux ? La réponse négative semble s'imposer et il faudra bien que la Cour de justice tranche un jour cette question et précise dans quelle mesure le principe d'effectivité vient limiter les solutions adoptées en droit national.

57 Si la position du Parlement européen a été arrêtée le 17 avril 2014, à ce jour, le texte n'est pas encore publié au *Journal officiel*. V. P7_TCI-COD(2013)0185. Sur les conséquences en droit français, v. *infra*, la comm. de M. Chagny et de J.-L. Fourgoux.

58 V. not., l'article 2 sur le principe de la réparation intégrale, le chapitre 4 sur la répercussion du surcoût (art. 12 à 16), l'article 17 sur la quantification du préjudice.

59 Art. 11.

60 L. Idot, La responsabilité pénale des personnes morales. Les leçons du droit européen de la concurrence, *Concurrences* n° 1-2012, pp. 55-72, et version mise à jour au 20 déc. 2012, in *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), Sté Lég. Comp., collection UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, 2013, pp. 165-206.

61 Tel est le cas en particulier en Allemagne.

Quoi qu'il en soit, le problème se pose de la transposition de cette jurisprudence propre aux sanctions administratives au domaine de la responsabilité civile⁶². Il est regrettable que la directive n'ait pas abordé cette question alors que l'on disposait, au moins depuis 2003 et la fameuse affaire *Provimi*, d'une jurisprudence nationale qui illustre les problèmes soulevés par l'utilisation de la notion de groupe de sociétés en droit civil, y compris dans les aspects de droit international, comme en témoigne le contentieux récent sur l'interprétation du règlement n° 44/2001.

II. Les termes du choix du juge

97. Pour déterminer devant quel tribunal d'un État membre de l'Union l'action doit être introduite⁶³, il faut se reporter pour quelques semaines encore au règlement n° 44/2001, puis, à partir de janvier 2015, à son successeur, le règlement n° 1215/2012⁶⁴. Le nouveau règlement reprend l'essentiel des dispositions existantes, sous réserve d'un changement de numérotation. Après de multiples discussions, les règles relatives au domaine d'application territorial n'ont pas été modifiées⁶⁵. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la règle de principe s'applique : le règlement a vocation à s'appliquer dès que le défendeur a son domicile dans l'un des États membres de l'Union.

Le système mis en place peut apparaître complexe, mais il autorise surtout le *forum shopping*⁶⁶. En effet, un risque d'éclatement du contentieux existe du fait des options offertes au demandeur (1.). De plus, le phénomène est accentué par les limites des mécanismes de regroupement des actions, lesquels ne permettent pas de traiter de manière satisfaisante les situations plurales fréquentes en droit de la concurrence (2.).

62 V. en Finlande, où la Cour suprême a appliqué la jurisprudence européenne sur la succession économique à une action en responsabilité dans l'affaire du cartel de l'asphalte (*Competition Law Insight*, 18 févr. 2014).

63 Pour les États membres de l'AELE, la convention de Lugano, dont les dispositions sont pour l'essentiel identiques, peut également s'appliquer. Sur la convention de Lugano du 30 octobre 2007 qui a succédé à celle de 1988, v. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Paris, Lextenso, 4^e éd., LGDJ, 2010, spéc. n° 506 et s. ; sur l'invocation de ce texte dans une action en réparation pour violation de l'article 101 TFUE, v., dans l'affaire *Cooper Tyre*, l'invocation par la société Dow Europe, de l'article 21 de la convention de Lugano de 1987 sur la litispendance, [2010] EWCA Civ 864, spéc. n° 58 et s.

64 Préc. Pour un commentaire, v. not. J.-P. Béraudo, Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JDI* 2013. 741 ; F. Cadet, Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté, *JDI* 2013. 765 ; L. d'Avout, La refonte du règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012), *D.* 2013. 1014 ; H. Gaudemet-Tallon, C. Kessedjian, La refonte du règlement Bruxelles I, *RTD eur.* 2013. 435 ; C. Kessedjian, Le règlement "Bruxelles I" révisé : Much ado about... what ? *Europe*, mars 2013, étude ; A. Nuyts, *La refonte du règlement Bruxelles I*, *Rev. crit. DIP* 2013, 1.

65 V. not., outre les études citées ci-dessus, P. Deumier, M. Laazouzi, E. Treppo, Le règlement Bruxelles I bis et la géométrie dans l'espace, *RDC* 2013, 1037.

66 V. not., V. Le Meur-Baudry, Faut-il des règles spécifiques en matière de compétence juridictionnelle internationale ? Éloge de la simplicité, in colloque du Mans, préc., *Concurrences* n° 2-2007.

1. L'éclatement du contentieux du fait des options offertes au demandeur

98. De prime abord, la situation n'est pas originale. Comme pour toute action de nature délictuelle, le demandeur bénéficie d'une première option entre la saisine des tribunaux de l'État membre du défendeur, soit une compétence fondée sur l'article 2 du règlement n° 44/2001⁶⁷ (1.1.), ou la saisine du tribunal du lieu du fait dommageable, conformément à l'article 5.3⁶⁸ (1.2.). En droit des pratiques anticoncurrentielles, les difficultés sont accentuées du fait que chaque branche de l'alternative peut conduire à la saisine de plusieurs juridictions

1.1. La compétence fondée sur le domicile du défendeur

99. Habituellement, l'application de l'article 2, al. 1, du règlement n° 44/2001 ne pose pas de difficulté particulière, la seule interrogation pouvant porter sur l'identification du domicile du défendeur. La lacune qui existait pour les sociétés dans la convention de Bruxelles a été comblée. En application de l'article 60 du règlement n° 44/2001⁶⁹, le domicile est le siège statutaire, ou le lieu de l'administration centrale, ou le principal établissement. Même si l'usage de ce vocabulaire tiré du traité lui-même n'est pas très heureux, l'application de ce texte ne semble pas avoir donné lieu à du contentieux⁷⁰.

Quoi qu'il en soit, en droit de la concurrence, les problèmes sont d'une autre nature. Ils portent sur la définition même du défendeur et la question est de savoir si l'on peut raisonner sur le groupe de sociétés.

100. La difficulté est apparue dans les actions consécutives à des cartels internationaux.

Lorsque les juridictions d'un État membre sont saisies parce qu'un ou plusieurs défendeurs, désignés comme destinataires de la décision de l'autorité, sont domiciliés dans cet État membre, la solution s'impose. La compétence internationale des juridictions de cet État est établie sur la base de l'article 2, al. 1, du règlement. On peut citer comme exemple l'affaire du fret aérien portée devant les juridictions néerlandaises⁷¹.

Toutefois, au Royaume-Uni, des juridictions ont parfois été saisies sur le fondement de l'article 2, al. 1, du règlement alors que les seules sociétés présentes sur le territoire n'étaient que des filiales qui n'étaient pas identifiées comme membres du cartel, les décisions de la Commission n'étant adressées qu'aux sociétés mères établies dans un autre État membre. Le problème a été examiné pour la première fois dans l'affaire

67 Art. 4.1, règlement n° 1215/2012.

68 Art. 7.2, règlement n° 1215/2012.

69 Art. 63, règlement n° 1215/2012. Sur l'origine de ce texte, v. H. Gaudemet-Tallon, préc., spéc. n° 88.

70 On peut s'en étonner, compte tenu des controverses qui existent par ailleurs en droit international sur l'utilisation du siège social comme élément de rattachement.

71 V. supra, note 9.

*Provimi*⁷², à propos du cartel des vitamines et la controverse continue depuis. Le *Competition Appeal Tribunal* a adopté une position restrictive dans l'arrêt *Emerson V*⁷³ pour l'action en réparation consécutive à l'affaire du graphite de carbone. En revanche, dans l'affaire *Cooper Tire*⁷⁴, la *High Court* et la *Court of Appeals* ont adopté une solution extensive fondée sur la notion de groupe de sociétés⁷⁵. De même, dans l'affaire *Toshiba*⁷⁶, alors que les sociétés mères, visées dans la décision de la Commission, n'avaient pas leur siège au Royaume-Uni, mais seulement des filiales, la *High Court* s'est déclarée compétente et le débat s'est déplacé sur le terrain de savoir si la filiale avait, ou non, connaissance du comportement anticoncurrentiel. Il n'a pas été jugé nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. On peut le regretter, car il ne fait pas de doute qu'il lui appartient de trancher.

101. Pour mettre fin à ces développements jurisprudentiels peu cohérents, un auteur a suggéré une autre voie⁷⁷, qui consisterait à fonder la compétence sur l'article 5.5° du règlement⁷⁸, lequel ouvre une option de compétence en cas de contestation relative à l'exploitation d'une succursale, agence ou autre exploitation.

Il est vrai que la Cour de justice a donné une définition autonome de l'établissement secondaire, et qu'il existe une jurisprudence ancienne, l'arrêt *Schotte* de 1987⁷⁹, qui permet d'envisager l'application de l'article 5.5° dans les rapports entre société mère et filiale.

La première condition est ainsi remplie, mais encore faut-il que l'action en réparation du fait des pratiques anticoncurrentielles soit une contestation visée par l'article 5.5°. Une réponse affirmative peut être défendue. La notion de contestation relative à l'exploitation de l'agence, à laquelle il est fait référence, permet également de couvrir l'activité extérieure des établissements secondaires, y compris depuis l'arrêt *Somafer* de 1978⁸⁰, les litiges relatifs aux obligations non contractuelles. De plus, l'arrêt *Campenon Bernard* de 1995⁸¹ a levé une ambiguïté qui subsistait. Il n'est pas nécessaire que les engagements litigieux soient exécutés dans l'État membre de l'établissement secondaire.

72 Préc. Pour une analyse de cette affaire, v. not., M. Wilderspin, Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation. Articles 6 (1), 23, 27 et 28 in Antitrust Litigation, in *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, chap. 3, pp. 41-59, spéc. pp. 43-51.

73 P. Boylan, E. Cochrane, *Competition Law Insight*, 26 juill. 2011.

74 *Cooper Tyre & Rubber company v. Shell Chemicals UK* (2009) EWHC 2609 ; *Cooper Tyre & Rubber company Europe v. Dow Deutschland* (2010) EWCA 864.

75 V. not. O. Heinisch, E. Cochrane, The Toshiba Carrier case raises further complex issues post *Provimi* and *Cooper Tire* in antitrust damages action, *Competition Law Insight*, 15 nov. 2012.

76 *Toshiba Carrier UK v. KME Yorkshire* (2011) EWHC 2665 (Ch).

77 T. de la Mare, e-Competitions [N° 60083, www.concurrences.com, nov. 2012.

78 Art. 7.5, règlement n° 1215/2012. Sur ce texte, v. not., H. Gaudemet-Tallon, préc., spéc. n° 226-235.

79 CJCE, 9 déc. 1987, *SAR Schotte c/ Parfums Rothschild*, aff. 218/86, *Rec.*, p. 4905, *JDI*, 1988.544, note J.-M. Bischoff.

80 CJCE, 22 nov. 1978, *Somafer c/ SaarFergaz*, aff. 33/78, *Rec.*, p. 2183, *JDI*, 1979.672, note A. Huet.

81 CJCE, 6 avril 1995, *Lloyd's Register of Shipping c/ Soc. Campenon Bernard*, aff. C-439/93, *JDI*, 1996.564, obs. Bischoff, *Rev. crit. DIP.*, 1995.774, note G. Droz, *Europe*, 1995, no 240, obs. L. Idot.

102. À ce jour, l'article 5.5° n'a pas été utilisé en droit de la concurrence. Il est vrai qu'il fait souvent double emploi avec d'autres dispositions, en particulier avec l'article 5.3°, qui ouvre une option de compétence en matière délictuelle.

1.2. La compétence fondée sur le lieu du dommage

103. Pour les actions de nature délictuelle, d'où l'importance de la qualification préalable, il est possible de saisir une juridiction dans un État membre sur le fondement de l'article 5.3° du règlement⁸². Les premières difficultés, apparues quant à la mise en œuvre de l'option, ont été partiellement résolues par la Cour de justice. D'autres problèmes pourraient naître quant aux hypothèses dans lesquelles il est possible d'invoquer l'article 5.3°.

1.2.1. Mise en œuvre de l'option

104. Dès l'affaire des potasses d'Alsace en 1976⁸³, la Cour de justice a été confrontée à la question classique en droit international de la dissociation entre le lieu du fait générateur du dommage et le lieu du préjudice subi. La Cour a alors admis que l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit" visait à la fois le lieu de matérialisation du dommage et le lieu de l'événement causal qui en est à l'origine" et la solution a été constamment réaffirmée encore récemment⁸⁴.

105. Cela étant, une première série de difficultés apparaît quant à la localisation de l'élément choisi pour le jeu de l'option de compétence. La localisation du lieu du fait générateur étant pour le moins délicate en droit antitrust⁸⁵, la localisation du dommage devrait vraisemblablement être préférée par les demandeurs.

Quatre problèmes peuvent alors apparaître. Premièrement, la question se pose de savoir si, en droit de la concurrence, il faut prendre en considération le dommage causé au marché, ou le dommage causé à la victime⁸⁶. Indépendamment du fait que les deux coïncideront dans la grande majorité des cas, la seconde solution semble s'imposer. Deuxièmement, le lieu du dommage ne se confond pas nécessairement avec le domicile du demandeur. En matière financière, la Cour vient

de le rappeler dans un intéressant arrêt *Melzer* de 2013⁸⁷. Troisièmement, il se peut que le dommage se prolonge dans le temps. En matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁸⁸, la Cour insiste sur le fait qu'il faut s'en tenir au dommage initial pour éviter de transformer une option de compétence justifiée par le principe de proximité en *forum actoris*. Quatrièmement, ce point étant en pratique le plus important, le dommage peut être localisé en des lieux multiples, ce qui est la situation la plus fréquente en droit de la concurrence, hors les hypothèses d'actions consécutives à des abus de position dominante.

Il faut alors se reporter à la jurisprudence intervenue à propos des délits de presse, puis ultérieurement de délits commis *via* Internet. L'arrêt de principe demeure l'arrêt *Fiona Shevill* de 1995⁸⁹. À l'occasion d'une action consécutive à une diffamation par voie de presse, la Cour a admis que tous les lieux où les dommages étaient subis pouvaient servir de chef de compétence.

106. Une deuxième série de difficultés surgit alors quant à l'étendue de la compétence du tribunal saisi. C'est le deuxième apport de l'arrêt *Fiona Shevill*. En cas de pluralité de lieux de dommages, le tribunal du lieu du fait générateur a une compétence globale pour connaître de tous les préjudices, alors que le tribunal du lieu du préjudice n'est compétent que pour connaître du préjudice réalisé sur son territoire.

Cette jurisprudence a été confirmée en cas d'atteinte aux droits de la personnalité *via* Internet dans l'arrêt *eDate advertising* de 2011, rendu en grande chambre⁹⁰, et récemment appliquée en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse de droits de propriété industrielle et commerciale⁹¹, ou de droits d'auteur⁹².

107. Les conséquences de cette jurisprudence sont claires. La victime d'une pratique anticoncurrentielle pourra ainsi le plus souvent saisir le tribunal de son domicile, mais le juge ne pourra pas appréhender l'intégralité des dommages subis.

⁸² Art. 7.3°, règlement n° 1215/2012. Sur ce texte, v. not., H. Gaudemet-Tallon, préc., spéc. n° 209-222.

⁸³ CJCE, 30 nov. 1976, *Bier et Mines de Potasse d'Alsace*, aff. 211/76, *Rec.*, p. 1735, *JDI*, 1977.728, note A. Huet, *Rev. crit. Dip.*, 1977.568, note P. Bourel.

⁸⁴ La solution est constamment rappelée, v. encore CJUE, 25 oct. 2012, *Folien Fischer et Fofitec*, aff. C-133/11, *Europe*, 2012, comm. 519 ; CJUE, 18 juill. 2013, *Öföb*, aff. C-147/12, *Europe*, 2013, comm. 431 (en l'espèce, compétence fondée sur le lieu de l'événement causal, au siège de la société débitrice).

⁸⁵ V. sur ce point, L. Idot, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris 2, 1981, dont les conclusions demeurent valables. V. égal., J. Basedow, *International Cartels and the Place of Acting under Article 5 (3) of the Brussels I Regulation*, in *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc., chap. 3, pp. 31-39. Le problème peut se poser en d'autres domaines. En matière de responsabilité du fait des produits, la Cour a récemment indiqué que le lieu de l'événement causal était le lieu de fabrication du produit (CJUE, 16 janv. 2014, *Andreas Kainz*, aff. C-45/13, *Europe*, 2014, comm. 142).

⁸⁶ B. Vila Costa, *How to Apply Articles 5 (1) and 5 (3) Brussel I Regulation to Private Enforcement of Competition Law : A Coherent Approach*, in *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, préc., chap. 2, pp. 17-29, spéc. p. 27.

⁸⁷ CJUE, 16 mai 2013, *Melzer*, aff. C-228/11, *Europe*, 2013, comm. 329. Le demandeur, s'estimant mal conseillé par une société financière de Düsseldorf, qui lui avait fait ouvrir un compte pour des opérations de Bourse à terme auprès d'une société de courtage britannique, a cité la société britannique à comparaître devant le tribunal de Düsseldorf, alors que ses comptes se trouvaient dans une banque à Berlin. La Cour de justice a admis que la compétence internationale des juridictions allemandes était établie, mais en l'espèce, seul le tribunal de Berlin, en tant que lieu de réalisation du dommage, était compétent. La Cour a refusé d'élargir encore les options en matière délictuelle.

⁸⁸ CJCE, 16 juill. 2009, *Zuid Chemie*, aff. C-189/08, *Europe*, 2009, comm. 386.

⁸⁹ CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93, *Rec.*, p. 1-415, *JDI*, 1995.543, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP.*, 1996.487, note P. Lagarde, *Europe*, 1995, chron. L. Idot, n° 7. Égal. en ce sens, B. Vila Costa, préc., p. 28.

⁹⁰ CJUE (gde ch.), 25 oct. 2011, *eDate advertising*, aff. jtes C-509/09 et C-161/10, *Europe*, 2011, comm. 499, *JCP éd. G*, 2012, n° 1-2, p. 35, note S. Francq, D.2012.1279, note T. Azzi, D.2012.1285, note S. Bollée, *Rev. crit. DIP.*, 2012.389, note H. Muir-Watt. Dans le cas d'une atteinte par Internet, il est possible de saisir le tribunal du centre des intérêts de la victime.

⁹¹ CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger*, aff. C-523/10, *Europe*, 2012, comm. 263, D.2012.1926, note T. Azzi. En cas d'atteinte à une marque, *via* Internet, le demandeur peut saisir soit les juridictions de l'État membre dans lequel la marque est enregistrée, soit la juridiction de l'État membre du lieu d'établissement de l'annonceur.

⁹² CJUE, 3 oct. 2013, *Peter Pinkney*, aff. C-170/12, *Europe*, 2013, comm. 558. Un CD imprimé en Autriche et commercialisé par des sociétés britanniques *via* Internet était diffusé en France. La juridiction française saisie a été reconnue compétente, mais elle ne peut indemniser que le préjudice subi sur le territoire français.

Curieusement, en droit de la concurrence, les difficultés non encore tranchées se situent en amont et portent sur le domaine de l'option ainsi ouverte en matière délictuelle.

1.2.2. Domaine de l'option

108. Première difficulté, la question se pose de savoir si, au-delà des victimes directes, l'option en matière délictuelle peut être invoquée par une victime indirecte. L'enjeu en droit de la concurrence est d'importance. La jurisprudence de la Cour de justice est à ce jour limitée. On cite toujours le vieil arrêt *Dumez* de 1990 dans lequel des sociétés mères françaises ont agi contre des banques allemandes qui avaient causé un préjudice à leurs filiales allemandes⁹³. La Cour a admis que l'option jouait au profit d'une victime d'un préjudice par ricochet, mais elle a encadré strictement cette possibilité. La victime indirecte ne peut saisir que le lieu où le fait causal a produit directement ses effets à l'égard de la victime immédiate. L'objectif est d'éviter de consacrer de fait un *forum actoris*.

À ce jour, en droit de la concurrence, la question ne semble avoir été débattue que devant le *Competition Appeal Tribunal* dans l'affaire *Deutsche Bahn*⁹⁴. Dans une récente décision, le CAT a finalement écarté l'argumentation des défendeurs, les groupes étrangers condamnés dans l'affaire du carbone de graphite, pour admettre que sa compétence pouvait être fondée sur l'article 5.3°, tous les acheteurs directs et indirects ayant subi des pertes au Royaume-Uni⁹⁵.

109. La deuxième difficulté concerne le type d'actions couvert. Sur ce point, un arrêt de la Cour de justice de 2012 dans une affaire *Folien Fischer* mérite d'être signalé⁹⁶. La Cour a admis que l'on pouvait avoir recours à l'article 5.3° pour introduire une action en constatation négative.

L'on voit aussitôt les conséquences en droit de la concurrence, certaines entreprises pouvant être tentées d'introduire de telles actions, dites "torpedo". L'hypothèse n'est pas d'école. Cela s'est produit dans l'affaire *Cooper Tire*⁹⁷, où le juge italien a été saisi d'une action de cette nature introduite par des sociétés destinataires de la décision de la Commission, alors que l'action en réparation avait été portée par les victimes devant les juridictions britanniques⁹⁸.

⁹³ CJCE, 11 janv. 1990, *Dumez c/ Hessische Landesbank*, aff. C-220/88, *Rec.*, p. I-49, JDI, 1991.498, note A. Huet, *Rev. crit. DIP.*, 1990.568, note H. Gaudemet-Tallon. Sur les difficultés posées par cette exigence, v. M.-L. Niboyet, *préc.*, note 1.

⁹⁴ Dans cette affaire à rebondissement, la question n'a été abordée que tardivement, car à l'origine, la compétence du CAT était fondée sur l'application de l'article 2, al. 1, jumelé à l'article 6.1°, l'*anchor défendant* étant la société anglaise Morgan, l'une des sept destinataires de la décision de la Commission dans l'affaire du carbone de graphite. V. [2013] CAT 18.

⁹⁵ *Idem*, pts 27 à 45. On trouve également dans cet arrêt une intéressante discussion sur la comparaison volontaire en tant que fondement de la compétence en application de l'article 24 du règlement (pts 50 et s.).

⁹⁶ CJUE, 25 oct. 2012, *Folien Fischer*, aff. C-133/11, *Europe*, 2012, comm. 519. Une société suisse, face aux prétentions d'une société italienne, qui remettait en cause sa politique de distribution et d'octroi de licences de brevet, a préféré saisir à titre préventif une juridiction allemande.

⁹⁷ *Cooper Tyre & Rubber company v. Shell Chemicals UK* (2009) EWHC 2609 ; *Cooper Tyre & Rubber company Europe v. Dow Deutschland* (2010) EWCA 864.

⁹⁸ C. Hampton, *Jurisdiction over damage claims (Competition Law Insight, 27 juill. 2010)* qui fait référence au jugement du tribunal de Milan d'avril 2009.

En présence de telles procédures parallèles, la question se pose de savoir si l'on dispose de moyens de regrouper les actions.

2. Les limites des mécanismes de concentration des actions

110. La caractéristique des actions en réparation en droit de la concurrence tient à leur caractère plural. L'on est confronté à une pluralité tant de défendeurs potentiels que de demandeurs et, par voie de conséquence, à une pluralité d'actions. Les mécanismes de concentration des actions prévus par le règlement, tels qu'ils sont actuellement utilisés, ne permettent pas d'aboutir à des solutions pleinement satisfaisantes, que l'on raisonne sur l'hypothèse de la pluralité de défendeurs (2.1.) ou de la pluralité d'actions (2.2.).

2.1. L'hypothèse de la pluralité de défendeurs

111. Cette situation serait relativement simple à régler, si l'on en croit la jurisprudence récente. Une disposition négligée par la DG Concurrence s'avère la plus importante en pratique⁹⁹. Il est, en effet, possible au demandeur de concentrer ses actions en jumelant l'article 2, al. 1, du règlement avec l'article 6.1°, qui couvre l'hypothèse de la pluralité des défendeurs¹⁰⁰. En fonction du lieu où il veut agir, le demandeur choisit un défendeur principal, l'*anchor défendant*, et ensuite il attire devant la même juridiction les autres coauteurs de l'infraction. Trois séries de difficultés peuvent alors apparaître.

112. En premier lieu, l'utilisation, qui a été faite de cette disposition de l'autre côté de la Manche montre que le choix du point d'ancrage, l'*anchor défendant*, n'est pas toujours légitime¹⁰¹. Il a été suggéré par un auteur autorisé d'avoir une application raisonnée de ce texte, ce qui pourrait justifier que l'article 6.1° soit écarté lorsque l'action à l'égard du défendeur principal est manifestement inadmissible ou infondée, ou encore de laisser une certaine marge d'appréciation au juge¹⁰². Comme le texte n'a pas été modifié lors de la refonte du règlement, il faut attendre maintenant que la Cour de justice se prononce sur cette question.

113. En deuxième lieu, l'objectif de cette disposition étant d'éviter l'intervention de décisions inconciliables, l'application de cet article est subordonnée à l'existence d'un lien de connexité entre les demandes. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'arrêt *Roche Nederland* de 2006 a pu semer un certain trouble en exigeant que la solution s'inscrive

⁹⁹ V. égal. en ce sens, M. Wilderspin, *Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation. Articles 6 (1), 23, 27 et 28 in Antitrust Litigation*, in *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, *préc.*, p. 52.

¹⁰⁰ Art. 8.1, règlement n° 1215/2012. Sur ce texte, v. not. H. Gaudemet-Tallon, *préc.*, spéc. n° 246-248.

¹⁰¹ V. *supra* n° 5 la jurisprudence au Royaume-Uni. Pour une discussion récente intéressante sur l'article 6.1°, v. l'affaire *Bord Na Mona horticulture* *préc.*, [2012] EWHC 3346 (Comm), spéc. n° 75 et s.

¹⁰² M. Wilderspin, *préc.*, spéc. p. 53.

dans le cadre d'une même situation de fait et de droit¹⁰³. À ce jour, la jurisprudence de la Cour de justice, envisagée globalement, demeure ambiguë même après le récent arrêt *Painer* de 2011¹⁰⁴, et aucune précision n'a été apportée lors de la refonte du texte¹⁰⁵.

En droit de la concurrence, cette condition ne semble pas avoir posé de difficulté pratique aux juridictions nationales. Dans les affaires de cartels internationaux portées devant les juridictions britanniques ou néerlandaises, l'application de l'article 2, al. 1, jumelé avec l'article 6.1° du règlement a permis d'attirer un grand nombre de défendeurs devant la même juridiction. La solution ne va pourtant pas de soi. En effet, il est possible de s'interroger sur l'existence d'un risque de décisions inconciliables dès lors que toutes les juridictions des États membres appliquent les articles 101 et 102 TFUE et demain des droits nationaux, qui intégreront les solutions de la directive.

39. Un troisième problème est apparu. Si tous les défendeurs sont domiciliés dans l'un des États membres de l'Union européenne, voire de l'AELE¹⁰⁶, il n'y a pas de difficultés particulières. L'arrêt *Reisch Montag* de 2006 l'a admis dans des circonstances extérieures au droit de la concurrence et beaucoup plus litigieuses¹⁰⁷. Les interrogations surgissent dans le cas où le demandeur veut également attirer des auteurs d'infractions situés dans des États tiers. La Cour de justice a été confrontée à la difficulté dans une situation étrangère au droit de la concurrence. La réponse récemment donnée dans l'arrêt *Land Berlin cl Sapir*¹⁰⁸ a été très claire. L'article 6 ne permet d'attirer devant une juridiction d'un État membre de l'Union que des défendeurs domiciliés dans l'Union. La solution doit s'appliquer bien sûr au droit antitrust.

À l'époque où les juridictions britanniques et néerlandaises ont été saisies du problème, l'arrêt de la Cour de justice n'était pas encore intervenu. La *High Court* a en réalité anticipé en jugeant que l'article 6.1° du règlement n'était pas applicable, mais qu'il était possible d'attirer des codéfendeurs domiciliés dans des États tiers sur le fondement des règles nationales de compétence internationale. Tout dépend donc du point de savoir s'il existe dans le système juridique du juge national saisi de telles règles. En France, il ne faut pas oublier l'existence de l'article 14 du code civil, dont l'utilisation à l'égard de défendeurs domiciliés en-dehors de l'Union est permise en application de l'article 4, al. 1, du règlement¹⁰⁹.

103 CJCE, 13 juill. 2006, *Roche Nederland*, aff. C-593/03, *Europe*, 2006, comm. 299 ; v. égal. CJCE, 11 oct. 2007, *Freeport*, aff. C-98/06, *Europe*, 2007, comm. 364.

104 V. encore récemment, CJUE, 1^{er} déc. 2011, *Eva-Maria Painer*, aff. C-145/10, *Europe*, 2012, comm. 112. Il s'agissait d'une action en responsabilité intentée contre cinq maisons de presse, les unes établies en Autriche, les autres en Allemagne, du fait d'atteintes à des droits d'auteur ; v. égal., en matière de contrefaçon d'un brevet européen, CJUE, 12 juill. 2012, *Solvay*, aff. C-616/10, *Europe*, 2012, comm. 413.

105 M. Wilderspin avait suggéré que l'on aligne l'interprétation de l'article 6.1° sur celle de l'article 28 relatif à l'exception de connexité, préc., p. 53.

106 Il faut alors tenir compte de la convention de Lugano de 2007, préc.

107 CJCE, 13 juill. 2006, *Reisch Montage*, aff. C-103/05, *Europe*, 2006, comm. 345, *Rev. crit. DIP*, 2007, 181, note E. Pataut. V. en particulier le débat sur cette affaire dans l'arrêt *Bord Na Mona horticulture*, préc.

108 CJUE, 11 avril 2013, *Land Berlin cl Sapir*, aff. C-645/11, *Europe*, 2013, comm. 290.

109 Art. 6, al. 1, règlement n° 1215/2012.

De telles solutions contribuent à la multiplication de procédures parallèles.

2.2. L'hypothèse de la pluralité d'actions

40. En droit antitrust, du fait du grand nombre de victimes potentielles, l'hypothèse de procédures parallèles dans plusieurs États membres est finalement la plus vraisemblable. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si l'on peut regrouper les actions en faisant jouer les exceptions de litispendance ou de connexité, respectivement prévues par les articles 27 et 28 du règlement¹¹⁰.

41. Pour l'exception de litispendance organisée à l'article 27 du règlement, malgré l'interprétation extensive du texte donnée par la Cour de justice¹¹¹, il est possible d'en douter. Indépendamment du fait que les deux juridictions saisies doivent être toutes deux compétentes, le jeu de l'exception est subordonné à la règle de la triple identité : de parties, de cause et d'objet. Si la première condition ne devrait pas soulever trop de difficultés en raison de la multiplicité de chefs de compétence disponibles, il paraît difficile de remplir la condition de triple identité en droit de la concurrence.

Pourtant, des auteurs se sont interrogés sur le possible recours à ce texte, en évoquant le risque d'apparition d'actions dites "*torpedo*", pour bloquer les actions en réparation¹¹². La question s'est effectivement posée dans l'affaire *Cooper Tire*, du fait de l'action introduite en Italie. Le juge anglais a considéré à juste titre que la condition d'identité n'était pas remplie¹¹³ : les deux actions n'avaient pas le même objet.

42. En revanche, l'exception de connexité de l'article 28 a plus de chance de prospérer¹¹⁴. Sont connexes des demandes qui ont entre elles un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps pour éviter des solutions qui pourraient être inconciliables¹¹⁵.

Les conditions de cette exception sont classiques¹¹⁶. Les actions doivent être portées devant des juridictions d'États membres différents, qui sont toutes deux compétentes. Les actions doivent encore être pendantes et bien évidemment porter sur des demandes connexes. Sous cette réserve, le juge saisi en second peut alors surseoir à statuer. À certaines conditions, et notamment à la demande de l'une des parties, il peut également se dessaisir.

110 Art. 29 et 30, règlement n° 1215/2012.

111 V. not. H. Gaudemet-Tallon, préc., spéc. n° 324 à 339. Pour une illustration récente, à propos de la notion de "compétence établie" du premier tribunal saisi, CJUE, 27 févr. 2014, *Cartier parfums-lunettes*, aff. C-1/13, *Europe*, 2014, comm. 186.

112 V. not., J. Basedow, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, préc., p. 248 ; v. égal. M. Wilderspin, préc., pp. 57-58.

113 [2010] EWCA Civ 864 spéc. n° 58 et s. À vrai dire, le débat a porté sur l'exception de litispendance de l'article 21 de la convention de Lugano de 1987, qui a été rejetée.

114 La connexité n'est pas un critère positif d'attribution de compétence, mais une exception, H. Gaudemet-Tallon, n° 342. Pour une discussion sur l'application de ce texte en droit de la concurrence, v. M. Wilderspin, préc., p. 59.

115 V. not. H. Gaudemet-Tallon, préc., spéc. n° 341.

116 *Idem*, n° 343.

43. À notre connaissance, l'exception de connexité n'a été invoquée en droit de la concurrence que dans l'affaire *Cooper Tire*¹¹⁷. Elle a été refusée dans des conditions qui ne semblent pas choquantes en raison des circonstances particulières. Le juge italien a rejeté l'action négative¹¹⁸, la décision de la Commission s'imposant du fait de l'article 16.1 du règlement n° 1/2003, et il n'y a pas eu de conflit.

La situation la plus fréquente en notre matière n'est pas celle-là de l'action *torpedo*, laquelle est vouée à l'échec dans les contentieux *follow-on*. Dans les affaires de cartels internationaux, une victime peut saisir une juridiction sur la base de l'article 2, al. 1, à l'encontre d'un coauteur, alors qu'une autre victime peut attirer un autre coauteur devant la juridiction d'un autre État membre sur le fondement de l'article 5.3°. Le jeu éventuel de l'article 28 peut alors dépendre, en fonction des fondements de la compétence, de la juridiction saisie en premier, et il a été suggéré d'assouplir la règle de l'article 28 pour que ce ne soit pas nécessairement le tribunal saisi en second qui se dessaisisse¹¹⁹. Si l'on peut souscrire à cette suggestion, qui aurait demandé une réforme du texte, laquelle n'est pas intervenue, la principale difficulté semble plutôt tenir au fait que l'exception peut être amenée à jouer en présence d'une multitude d'actions parallèles et pas seulement de deux actions.

Quoi qu'il en soit, les procédures parallèles étant amenées à se multiplier en droit de la concurrence, il faut espérer que les juges n'hésiteront plus à faire jouer ce mécanisme peu utilisé jusqu'à présent¹²⁰, ce qui permettra, on peut l'espérer, de mieux identifier les problèmes.

44. En définitive, les seules modifications apportées par le règlement n° 1215/2012 qui pourraient avoir un impact en droit *antitrust*, en particulier dans les relations avec les États-Unis¹²¹, concernent précisément le jeu de ces exceptions. Mais le sujet de la détermination du juge compétent et de la loi applicable dans les relations avec les États tiers est un autre sujet en soi qu'il n'est pas possible d'aborder dans ce colloque. Commençons par régler les difficultés qui ne manqueront pas d'apparaître parallèlement au développement des actions en réparation, en espérant que les parties et les juges n'ignoreront pas, comme cela est le cas trop souvent en France, les questions de droit international privé. ■

117 [2010] EWCA Civ 864, spéc. n° 23.

118 V. la référence dans l'arrêt anglais au jugement du Tribunal de Milan du 29 avril 2009.

119 V. l'exemple donné par M. Wilderspin, préc., p. 59.

120 En ce sens, M.-L. Niboyet, colloque sur le livre blanc, préc., note 1.

121 V. L. Idot, *Private enforcement 2013 : Entre actions de contournement et forum shopping...*, NFA, 2013, *Concurrences* n° 2-2013, spéc. n° 46.

Anne OUTIN-ADAM
acoutin-adam@cci-paris-idf.fr

Directeur des politiques législatives et
juridiques, Chambre de commerce et d'industrie
de région Paris Île-de-France

Emmanuelle CLAUDEL
emmanuelle.claudet@gmail.com

Professeur, Université Paris Ouest Nanterre
La Défense (Paris X),
Centre de droit civil des affaires et du
contentieux économique

Claire FAVRE

claire.favre@autoritedelaconurrence.fr
Vice-présidente, Autorité de la concurrence,
Paris

Irène LUC

irene.luc@gmx.fr
Conseillère, Cour d'appel de Paris

Abstract

Le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles intéresse de nombreuses institutions. La question de leur articulation optimale est particulièrement sensible et appelle des réponses différentes selon que le procès civil intervient après le contentieux devant l'autorité de concurrence ou se tient indépendamment de lui. Les intervenantes à la table ronde envisagent ces différentes hypothèses, sans négliger celle, plus discrète, des modes alternatifs de règlement des différends.

Many institutions are interested by the civil actions of anticompetitive practices. The question of their optimal articulation is particularly sensitive and requires different answers depending on whether the civil action comes after the litigation before the Competition Authority or stands apart from it. The practitioners of this roundtable consider these assumptions, without neglecting the more discreet: the alternative mode of dispute resolution.

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

La concurrence des institutions et des actions : Quelle articulation optimale ?

INTRODUCTION

Emmanuelle CLAUDEL

Professeur, Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris 10),
Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

114. Je souhaite tout d'abord remercier chaleureusement les organisateurs de ce colloque et en particulier Muriel Chagny de m'avoir invitée à présider cette belle table ronde, exclusivement féminine, autour d'un thème passionnant, et pour remercier nos trois intervenantes pour d'avoir accepté d'y participer.

115. Il a été question ce matin de la concurrence entre ordres juridiques. C'est à une autre concurrence que nous allons maintenant nous intéresser : la concurrence entre institutions.

116. Ce thème a une portée toute particulière en droit de la concurrence. Comme nous le savons, cette matière a ceci de singulier qu'elle retient la compétence d'une véritable mosaïque d'institutions pour appliquer ses normes :

- autorités de concurrence française et européenne ;
- juges judiciaires spécialisés, mais aussi en pratique juges de droit commun puisque la spécialisation – le fait est bien connu – fonctionne mal ;
- juge administratif ;
- juge pénal le cas échéant ;
- mais aussi arbitres, médiateurs, conciliateurs...

C'est un portrait pour le moins complexe qui se dessine.

117. Certes, un regard rapide pourrait donner à croire que la question de la concurrence entre toutes ces institutions n'a pas lieu d'être concernant le thème qui nous réunit aujourd'hui.

En effet, la réparation relève des seules institutions en charge du contentieux subjectif : juridictions, arbitres, et éventuellement acteurs des modes alternatifs de règlement des différends.

Les autorités de concurrence, et en premier lieu l'autorité française, rappellent régulièrement ne pas avoir la charge de la défense des intérêts privés. En conséquence les actions des plaignants qui seraient mal fondées sont déclarées irrecevables.

118. Pour autant, peut-on affirmer que la réparation des dommages concurrentiels ne peut et ne doit être appréhendée que dans le strict cadre des enceintes juridictionnelles ou alternatives ?

Peut-on prétendre que l'action privée est parfaitement indépendante de l'action publique, ou qu'une parfaite étanchéité les isole l'une de l'autre ?

Assurément non, et ce, pour plusieurs raisons.

119. La première est que, pour obtenir réparation d'un dommage concurrentiel, il faut d'abord prouver la faute, et celle-ci est étroitement liée à l'infraction. Or, l'infraction est aussi – et peut-être avant tout –, l'affaire des autorités spécialisées. Et le juge, mal armé, peut avoir besoin de celles-ci pour l'aider à en rapporter la preuve.

120. Plus généralement, les autorités de concurrence ne peuvent se désintéresser de la cessation de l'illicite, à laquelle l'action en réparation contribue pour partie. Plus encore, elles ne peuvent se désintéresser de l'effet dissuasif attaché aux actions indemnitaires, qui participe de l'effectivité du principe prohibitif.

Il est écrit, dans les considérants de la proposition de directive (considérant 5), que *“les actions en dommages et intérêts ne sont qu'un élément parmi d'autres d'un système efficace de répression des infractions au droit de la concurrence, à l'initiative de la sphère privée”*. Système efficace de répression des infractions.

On le voit, une même finalité est assignée, au moins de façon médiate, au contentieux objectif et au contentieux subjectif.

121. C'est pourquoi l'attention portée par la Commission européenne aux actions en réparation n'a rien de surprenant ou de paradoxal. L'encouragement qu'elle prodigue au développement des actions privées participe d'une lecture, sinon unitaire, du moins globale, des actions ayant pour fait générateur une atteinte à la concurrence.

Contentieux objectif et contentieux subjectif se complètent et interagissent, et cette interaction oblige à se poser la question de leur articulation, voire de leur mise en concurrence.

122. Cette concurrence est une concurrence inégale, asymétrique. Même s'il est affirmé, dans les considérants de la proposition de directive adoptée le 17 avril dernier, que les juridictions ont un rôle *“d'égale importance”* à jouer, il nous apparaît que les textes qui nous réunissent aujourd'hui conçoivent en réalité le contentieux subjectif comme subordonné. Le terme peut choquer.

De façon plus consensuelle, on peut le présenter comme second. Non pas négligeable, bien au contraire : j'ai fait allusion aux très vifs encouragements qui lui sont prodigués et aux espoirs qu'il suscite. Mais second.

123. Second d'un point de vue hiérarchique tout d'abord : le contentieux subjectif est invité à s'épanouir, à la condition que son développement n'entrave pas l'efficacité de l'action publique, gardienne de l'intérêt général.

L'affirmation est constamment répétée : les modalités de l'action en réparation ne peuvent, je cite, *“entraver indûment la mise en œuvre effective du droit de la concurrence par une autorité de concurrence”*. La mise en avant des programmes de clémence en constitue une bonne illustration.

124. Le contentieux subjectif est également second d'un point de vue chronologique, car l'action privée qui se dessine dans les textes (proposition de directive, loi Hamon et l'action de groupe qu'elle introduit) est une action qui intervient essentiellement *“après”* l'action publique. C'est l'action *follow-on*.

125. Il existe à cela des raisons parfaitement légitimes : l'action privée sera indubitablement facilitée si la victime peut se prévaloir d'une décision de condamnation préexistante. Or, l'objectif recherché est précisément de faciliter l'action en réparation.

126. C'est pourquoi Mme Claire Favre, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, nous fera l'honneur d'intervenir en premier pour nous présenter les atouts de cette configuration reine – l'action privée après l'action publique –, et ce, à travers l'étude de belles questions telles que l'accès au dossier (Voir également : Laurence Idot, Fabien Zivy, « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt Pfeleiderer », septembre 2013, Revue Concurrences N° 3-2013, Art. N° 53054, p. 34) et la motivation des décisions administratives comme aides à la preuve. Un esprit chagrin, le mien, lui apportera ensuite une brève contradiction.

127. Cette mise en avant, notable, évidente, de l'hypothèse du *follow-on*, oblige à s'interroger : l'action civile en réparation peut-elle avoir une existence en l'absence d'action publique ?

En bref et de façon un peu provocatrice, on peut se demander si les actions privées sans action publique constituent une voie inutile.

128. Mme Irène Luc, conseillère à la cour d'appel de Paris, sera notre deuxième intervenante et elle nous expliquera de façon salvatrice que cette voie isolée, cette action *stand-alone*, se heurte certes à des difficultés, mais présente néanmoins d'incontestables intérêts. D'une part, ces actions isolées existent déjà et on tend trop à l'oublier et, d'autre part, des améliorations pourraient leur être apportées pour qu'elles se déploient davantage.

129. Au risque de gêner l'action publique ? Mme Favre reprendra la parole pour, peut-être, nous mettre en garde.

130. Mais nous avons jusque-là raisonné dans un cadre étroit, celui du prétoire, et réduit la confrontation à celle unissant – et opposant tout à la fois – l'autorité de concurrence et le juge.

Pourtant, il existe une autre concurrence institutionnelle, plus silencieuse, plus discrète, mais assurément bien réelle et également encouragée par les projets en cours : celle que les modes alternatifs de règlement des conflits livrent aux modes de résolution judiciaire.

131. Mme Outin-Adam, directrice des politiques législatives et juridiques à la chambre de commerce et d'industrie de Paris, sera notre troisième intervenante ; elle nous livrera sa précieuse expérience d'outils – la médiation, la conciliation – qui restent mystérieux à beaucoup d'entre nous. Elle portera un regard affûté sur les propositions européennes en la matière et nous dira l'intérêt de ce contentieux contractualisé.

132. Qui dit contractualisation dit-il éviction ou indifférence du juge ? Assurément non là encore. Mme Luc reviendra brièvement dans le débat pour nous dire que résolution consensuelle des litiges et justice juridictionnelle ne sont pas sœurs ennemies.

133. Trois thèmes donc, trois hypothèses, autour desquels débattera notre panel :

- l'action privée après l'action publique ;
- les actions privées sans action publique ;
- et les modes alternatifs de règlement des différends.

134. Un beau programme donc, dans l'espoir de dessiner l'articulation optimale entre institutions. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

La concurrence des institutions et des actions : Quelle articulation optimale ?

L'ACTION PRIVÉE APRÈS L'ACTION PUBLIQUE, QUELLE UTILITÉ ?

Claire FAVRE

Vice-présidente, Autorité de la concurrence, Paris

1. En 2006, le Conseil de la concurrence a été saisi d'une demande d'avis portant sur un rapport relatif à l'action collective contre certaines pratiques abusives observées sur certains marchés. Dans l'avis qu'il a rendu le 21 septembre 2006, il s'est exprimé de manière générale sur l'action en réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles. Je reprendrai donc cet avis qui me semble traduire encore à ce jour la position de l'Autorité.

2. En Europe, la mise en œuvre de la répression des pratiques anticoncurrentielles est confiée à titre principal à des autorités spécialisées, dotées d'un pouvoir de sanction administrative, ce qui correspond à la mise en œuvre de l'action publique. Ces autorités, que sont la Commission et les autorités nationales de concurrence au niveau de chaque État, sont réunies au sein d'un réseau européen depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003, ce qui permet de mener une véritable politique de la concurrence à l'échelle de l'Union européenne.

3. Dans ce contexte, le recours direct aux juridictions nationales dans le cadre d'actions privées, c'est-à-dire mises en œuvre par une entreprise dans son intérêt personnel, n'a pas le même objectif et ne peut avoir la même efficacité que l'action publique. Mais l'efficacité de l'action publique peut être renforcée par une action privée bien maîtrisée. En effet, ces actions privées doivent être perçues, à côté de l'action publique, comme un instrument supplémentaire de lutte contre les pratiques les plus nocives. Ainsi, les actions en indemnisation n'ont pas seulement une fonction réparatrice, mais aussi un caractère dissuasif permettant de renforcer l'application du droit de la concurrence. Il ressort en effet de nombreuses études juridiques et économiques récentes qu'en dépit d'une augmentation depuis une dizaine d'années, le niveau des amendes infligées par les autorités antitrust aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles, particulièrement de cartels, apparaît encore insuffisamment dissuasif au regard du gain illicite que procurent ces pratiques et de la probabilité limitée de leur détection.

4. Pour justifier cette position, le Conseil a rappelé la jurisprudence très claire de la Cour de justice. Celle-ci, notamment dans son arrêt *Courage* du 20 septembre 2001, a renforcé la place donnée au droit de la responsabilité

dans le cadre de la sanction attachée aux pratiques anticoncurrentielles. Elle y énonce en effet qu'au nom de l'effet utile du traité, toute personne doit pouvoir "effectivement" demander la réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement restrictif de concurrence.

5. Pour l'Autorité, il faut donc veiller à la cohérence globale d'un système où la mise en œuvre des actions privées ne se fasse pas au détriment de l'efficacité de l'action publique, mais s'inscrive en complément positif des mécanismes de régulation publique des marchés déjà en place.

6. Après avoir rappelé les différents cas de figure procédurale pouvant exister, le Conseil prend nettement position, en termes d'articulation dans le temps, pour la procédure dite "d'action complémentaire". En ce cas, dans un premier temps, l'autorité de concurrence adopte une condamnation et inflige des sanctions pécuniaires aux entreprises contrevenantes, dans un second temps, la victime, forte de la décision constatant une pratique anticoncurrentielle, saisit le juge civil pour obtenir réparation de son préjudice. Il précise qu'en l'état de la législation (2006), même si la décision de condamnation prise par l'autorité de concurrence ne s'impose pas au juge civil, celui-ci pourra utiliser cette décision comme un élément utile qui contribuera à emporter sa conviction sur l'existence et la qualification de l'infraction.

7. La pratique, certes peu développée, la jurisprudence nationale et européenne, et plus récemment la législation, me paraissent conforter cette analyse.

8. Je vais axer mon intervention autour de deux thèmes : l'accès au dossier de l'Autorité dans le cadre des actions en réparation au regard des particularités et des enjeux propres aux procédures que l'Autorité conduit d'une part (I.), et l'aide apportée à la juridiction par le travail de l'Autorité d'autre part (II.). (Sur l'accès au dossier, voir également : Laurence Idot, Fabien Zivy, « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt Pfleiderer », septembre 2013, *Revue Concurrences* N° 3-2013, Art. N° 53054, p. 34)

I. L'accès au dossier de l'Autorité dans le cadre des actions en réparation devant les juridictions civiles : Un accès "gradué"

9. En droit français, l'action en réparation nécessite que le plaignant démontre l'existence de la faute, justifie la réalité du préjudice subi et fasse également la démonstration d'un lien de causalité entre les deux. En conséquence, le traitement au civil s'avère dans la pratique efficace lorsque l'affaire a préalablement été examinée par l'autorité de concurrence, la victime bénéficiant alors des pouvoirs d'enquête coercitifs de cette dernière ainsi que de son expertise économique nécessaire pour démontrer, par exemple, les effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels d'une pratique. On comprend pourquoi l'accès au dossier de l'autorité est un aspect important de la question de la réparation.

10. Quels sont les textes et que dit la jurisprudence :

– Dans le cadre de l'adoption de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer ("loi Lurel"), l'article L. 462-3 du code de commerce a été modifié et précise désormais, en son alinéa 2, que *"l'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction"*.

11. Cette disposition encadre donc l'aide que peut apporter l'Autorité dans les contentieux en réparation portés devant les juridictions civiles. Le législateur français a entendu garantir un accès "gradué" aux dossiers de l'Autorité pour les parties à l'instance, en réparation du préjudice né d'une pratique anticoncurrentielle en fonction du type de procédure suivi par l'Autorité : procédure de clémence (1.), procédure de NCG (2.), procédure d'engagements (3.), rôle initial joué par le plaignant dans le cadre de la procédure administrative (4.).

1. La protection préservée et renforcée de l'attractivité du programme de clémence

12. Le droit d'accès aux documents dans le cadre d'actions privées trouve sa limite dans la préservation de l'attractivité des programmes de clémence. Il est nécessaire de garantir aux entreprises qui "jouent le jeu" en cessant leur participation à une entente, et plus encore en la révélant, de ne pas devenir des "proies" faciles dans le cadre du contentieux en réparation. Il faut en effet rappeler que parmi les conditions d'éligibilité à la clémence, immunité totale d'amende ou immunité partielle, figure le fait que *"l'entreprise doit apporter à l'Autorité une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête*

et d'instruction, ce qui signifie en particulier : fournir sans délai à l'Autorité toutes les informations et tous les éléments de preuves qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée" (v. le pt 21 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français)¹²².

13. Or, si l'Autorité rappelle dans son communiqué de procédure que *"l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE"* (pt 47), le législateur a entendu protéger le fait que les demandeurs de clémence aient l'assurance, dans le cadre des contentieux indemnitaires ultérieurs devant le juge civil, que les pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2 ne seront pas communiquées par l'Autorité.

14. On sait, en effet, que le juge judiciaire peut, à la requête d'une partie, et sur la base de l'article 11, alinéa 2, du code de procédure civile¹²³, demander la production de tout élément de preuve détenu par l'autre partie. Il peut également, sur requête d'une partie, ordonner la production de tous documents détenus par des tiers – donc de l'Autorité –, *"sauf empêchement légitime"*. Le fait que l'Autorité puisse invoquer l'existence d'un tel empêchement est un gage de sécurité juridique pour les entreprises qui coopèrent avec l'Autorité. Elle l'est également pour les "victimes" de ces cartels car, comme l'ont rappelé les autorités de concurrence membres du REC dans leur résolution commune du 23 mai 2012, Protection of Leniency Material in the Context of Civil Damages Actions : si les incitants à coopérer dans le cadre des programmes de clémence ne sont pas préservés, les victimes potentielles de cartels existants et futurs n'auront que peu de chance de le savoir en premier lieu et donc ultérieurement de faire valoir leur droit à réparation¹²⁴.

15. Une interrogation subsiste : Est-ce que cette exclusion générale et absolue est compatible avec le droit et la jurisprudence de l'UE, notamment avec la directive du 17 avril 2014 ?

16. Dans ses arrêts *Pfleiderer* du 14 juin 2011 et *Donau Chemie* du 6 juin 2013, la Cour de justice a considéré, en particulier dans le cadre des procédures de clémence, qu'en l'absence de dispositions en droit de l'UE relatives à l'accès aux informations fournies dans le cadre d'un programme de clémence, il appartenait aux juridictions nationales de déterminer, sur la base de leur droit interne, au cas par cas – excluant ainsi un refus systématique de transmission –, les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé

¹²² http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_clemence.pdf.

¹²³ Art. 11, al. 2, CPC : *"Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime."*

¹²⁴ http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf : *"(...) if the incentives to cooperate under the leniency programmes are not preserved, the victims of currently hidden and future cartels are unlikely to learn about those cartels in the first place and would be deprived of exercising their rights to an effective remedy."*

ou refusé en mettant en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de ces dernières fournies volontairement par le demandeur de clémence¹²⁵.

17. Si elle a souligné, au point 42 de l'arrêt *Donau Chemie* du 6 juin 2013, que *“les programmes de clémence constituent des outils utiles dans la lutte efficace pour déceler et mettre fin à des violations des règles de concurrence et servent, ainsi, l'objectif de l'application effective des articles 101 TFUE ainsi que 102 TFUE, et que l'efficacité de ces programmes pourrait être affectée par la communication des documents relatifs à une procédure de clémence aux personnes désirant tenter une action en dommages et intérêts”*, elle a pris soin par ailleurs de préciser (pt 44) qu’*“il appartient aux juridictions nationales d'évaluer, d'une part, l'intérêt du demandeur à obtenir l'accès à ces documents aux fins de préparer son recours en réparation, compte tenu en particulier des autres possibilités éventuellement à sa disposition”*.

18. Ainsi, les autres possibilités (accès au reste du dossier, exhaustivité de la décision de l'Autorité et publication, etc.) sont des éléments pertinents, qui distinguent le contexte autrichien du contexte français.

19. Toutefois, elle a rappelé, aux points 46 à 48, que *“la simple invocation d'un risque de voir l'accès aux éléments de preuve, figurant dans le dossier d'une procédure en matière de concurrence et nécessaires pour fonder ces actions, affecter l'efficacité d'un programme de clémence, dans le cadre duquel ces documents ont été communiqués à l'autorité de concurrence compétente, ne saurait suffire à justifier un refus d'accès à ces éléments [et que] la circonstance qu'un tel refus soit susceptible d'empêcher l'exercice desdites actions (...) exige que ce refus soit fondé sur des raisons impérieuses tenant à la protection de l'intérêt invoqué et applicables à chaque document dont l'accès est refusé. En effet, seule l'existence d'un risque de voir un document donné porter concrètement atteinte à l'intérêt public tenant à l'efficacité du programme national de clémence est susceptible de justifier que ce document ne soit pas divulgué”*.

20. Qu'en est-il de la jurisprudence interne ?

21. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Semavem* du 19 janvier 2010 (pourvoi n° 08-19.761), a retenu que *“le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence, que si cette divulgation, incriminée par l'article L. 463-6 du code de commerce, est nécessaire à l'exercice de ces droits”*.

22. La Cour de cassation a donc clairement exigé que la personne qui demande à pouvoir produire de telles pièces “justifie”, pièce par pièce, en quoi la production de chacune d'entre elles est effectivement nécessaire à l'exercice de ses droits. Elle doit à cette fin expliquer, de manière circonstanciée, en quoi chacune de ces pièces lui paraît nécessaire, autrement dit en quoi chaque document a une valeur ajoutée par rapport aux pièces dont elle dispose par ailleurs et qu'elle peut librement produire au juge.

23. Un tel standard de preuve est, par ailleurs, cohérent avec celui applicable, en vertu du code de commerce, lorsqu'une partie à la procédure administrative demande à l'Autorité de soustraire une information ou une pièce au contradictoire au motif qu'elle relève du secret des affaires, l'article L. 463-4 du code de commerce prévoyant expressément, en pareil cas, que *“[s]auf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles”*.

2. L'équilibre des intérêts dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs

24. La procédure de non-contestation des griefs (NCG) représente environ un tiers des décisions de sanction de l'Autorité entre 2009 et 2013. Cette procédure repose sur un “gagnant-gagnant” : économie de temps et de procédure pour l'Autorité d'un côté, et possibilité pour les entreprises de réduction de la sanction qui peut aller jusqu'à 25 % pour celles qui souscrivent des engagements complémentaires de l'autre.

25. En droit interne, cette renonciation à contester les griefs prend la forme d'un accord entre l'entreprise et le rapporteur général, consigné dans un procès-verbal qui contient la déclaration de NCG avec les éléments indiqués aux points 15 et 16 du communiqué de procédure du 10 février 2012, à savoir la reconnaissance de la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, la qualification juridique qu'en donnent les services d'instruction et leur imputabilité.

26. Or une telle renonciation à contester les griefs, *“suffit en [elle-même] pour permettre à l'Autorité de fonder un constat d'infraction à son égard”* (pt 40 du communiqué précité).

27. L'attractivité d'une telle procédure milite, encore une fois, en faveur d'une non-transmission des pièces de la transaction et de permettre à l'Autorité de faire valoir l'existence d'un empêchement légitime en réponse à une demande de communication.

125 En particulier, dans son arrêt *Donau Chemie* du 6 juin 2013, la Cour de justice a jugé que *“la nécessité d'une telle mise en balance réside dans le fait que, particulièrement en matière de concurrence, toute règle rigide, tant dans le sens d'un refus absolu d'accès aux documents en question, que dans celui d'un accès généralisé à ces documents, est susceptible de porter atteinte à l'application effective, notamment, de l'article 101 TFUE et des droits que cette disposition confère aux particuliers”* (pt 31).

3. La transmission de documents au juge civil dans le cadre d'une action indemnitaire doit concerner "une pratique anticoncurrentielle" : Quel des "préoccupations de concurrence" en matière d'engagements ?

28. L'article L. 462-3, alinéa 2, du code de commerce peut-il être invoqué s'agissant d'une décision adoptée dans le cadre d'une procédure d'engagements sur le fondement de l'article L. 464-2, I, du code de commerce¹²⁶.

29. Cette procédure permet à l'Autorité d'accepter "des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3".

30. Or, comme le souligne l'Autorité dans son communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, cette procédure "a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence 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" (pt 5).

31. À cet égard, par un arrêt du 4 novembre 2008, *Canal 9*, la Cour de cassation a estimé que l'évaluation préliminaire "ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [car elle] n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner", les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure étant seulement "susceptibles de constituer une pratique prohibée".

32. Si l'Autorité indique, au point 43 de son communiqué du 2 mars 2009, que cette décision "ne saurait non plus interdire à l'une des parties à la procédure d'engager une action en justice"¹²⁷, force est de constater qu'une telle décision ne mettra pas à la disposition des entreprises les mêmes facilités en termes de présomption de faute dolosive et de lien de causalité qu'une procédure conduisant à l'imposition d'une amende sanctionnant une infraction.

4. Il incombe à la partie à l'instance devant la juridiction civile d'établir la nécessité du concours de l'Autorité : Mes enseignements de l'affaire *Ma liste de courses*

33. L'article L. 462-3, alinéa 2, du code de commerce précise expressément que l'Autorité peut transmettre les documents qu'elle détient au sujet des pratiques anticoncurrentielles concernées à la demande d'une juridiction "qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance".

34. Avant même l'entrée en vigueur de cette disposition, l'Autorité s'était opposée, sur ce fondement, à la transmission de documents dans le cadre d'un contentieux indemnitaire. Je fais ici référence à l'affaire *Ma liste de courses*.

35. À la suite de l'adoption de la décision 10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction, par laquelle l'Autorité avait rendu obligatoires des engagements propres à lever ses préoccupations de concurrence, le tiers auteur de la saisine de l'Autorité avait intenté une action en réparation du préjudice allégué devant le tribunal de commerce de Paris. Dans ce cadre, il avait obtenu du juge consulaire (T. com. Paris, 15^e ch. 24 août 2011, RG 2011014911), sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile, qu'il enjoigne l'Autorité de lui transmettre les pièces que lui-même estimait ne pouvoir présenter au regard de l'article L. 463-6 du code de commerce, qui punit : "la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé".

36. Le président de l'Autorité s'est alors appuyé sur l'article 141 du code de procédure civile, invoquant un empêchement légitime, pour obtenir rétractation de ce jugement, mais le tribunal de commerce de Paris a rejeté cette demande (T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012, *MLDC et Éco-emballages*).

37. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 novembre 2013, a reconnu la pertinence du raisonnement de l'Autorité, jugeant que "les pièces dont la communication est demandée sont couvertes par le secret de l'instruction qui ne tombe que lorsque la divulgation des pièces est nécessaire à l'exercice des droits d'une partie, qu'il incombe dès lors à la société MDLC de justifier de la nécessité de produire de telles pièces pour l'exercice de ses droits dans le litige qui l'oppose aux sociétés (...); que la violation du secret professionnel n'est admise que lorsque celle-ci est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense, que l'Autorité et ses agents n'ont pas à assumer le risque d'une violation du secret professionnel aux lieux et place de la partie qui est seule à même de connaître exactement, alors qu'elle-même en dispose déjà, les pièces nécessaires à l'exercice de ses droits; que l'Autorité peut donc se prévaloir régulièrement d'un empêchement légitime".

38. Les exposés de cet après-midi sur la directive nous diront si ces positions peuvent être maintenues.

¹²⁶ Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du code de commerce.

¹²⁷ V. pt 43 du communiqué du 2 mars 2009 précité.

II. Quel rôle pour l'Autorité dans l'instance en réparation ? Un concours nécessairement limité au regard des objectifs différents poursuivis

1. La sanction administrative et la réparation civile : Deux objectifs différents

39. Au risque de me répéter ou d'énoncer des évidences, je rappelle que la sanction administrative a une fonction punitive et de dissuasion générale et particulière reconnue par la jurisprudence au regard de l'impératif légal de protection de l'ordre public économique.

40. Pour sa part, la réparation civile vise à indemniser un préjudice et répond à une exigence constitutionnelle dégagée dès 1982 en la rattachant au principe de liberté et réaffirmée dans plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité depuis 2010.

41. Permettre de réparer le préjudice subi par des pratiques anticoncurrentielles ne justifie nullement de la part de l'Autorité qu'elle modère ou module sa politique en matière de sanctions. En conséquence, réclamer une diminution des sanctions administratives à ce titre reviendrait à remettre en cause le caractère dissuasif de celles-ci et donc à encourager *in fine* la récidive.

42. Dès lors, l'Autorité n'entend, je pense, intégrer dans la détermination des sanctions ni en tant que circonstance atténuante (la réparation n'atténue en rien la gravité de l'infraction) ni dans le cadre de l'examen de la capacité contributive (il ne saurait être exigé de l'Autorité qu'elle anticipe les montants des dommages et intérêts potentiels) les éventuelles indemnités en réparation auxquelles seraient ultérieurement condamnées des entreprises.

43. Est-ce pour autant que la décision de l'Autorité ne servira pas à la victime pour la démonstration de la faute, de son préjudice et du lien de causalité ?

2. L'évaluation du dommage à l'économie par l'Autorité et la quantification du préjudice subi dans le cadre d'une action en réparation sont deux dommages distincts

44. Le dommage à l'économie et le préjudice individuel sont deux notions bien différentes : le premier prend en compte de façon qualitative l'intérêt public économique, l'effet sur l'innovation, la réduction des achats du fait du surprix (perte sèche), etc.

45. La jurisprudence constante des juridictions de contrôle rappelle que "*l'importance du dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie*" (v., p. ex., l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, *SNEF*, n° 2007/18040, p. 4).

46. En d'autres termes, l'Autorité ne quantifie pas le préjudice individuel de la victime.

47. Mais, me semble-t-il, l'expertise économique faite par l'Autorité pour démontrer l'existence du dommage à l'économie, lequel ne saurait être présumé (Cass. com., 7 avril 2010, *Orange France*), peut certainement être utile à une victime, notamment pour justifier l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice invoqué et la faute retenue.

48. En effet, si l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, elle doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (couverture géographique ou part de marché de l'entreprise sanctionnée, conséquences conjoncturelles et structurelles de l'infraction, caractéristiques du secteur concerné).

3. Sur les effets d'une décision de l'Autorité sur la responsabilité civile de l'entreprise sanctionnée

3.1. Effets d'une décision de l'Autorité : Existence d'une faute dolosive irréfragable à l'avenir

49. Rappelons qu'en application de l'article 16 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, les juridictions nationales ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre d'une décision adoptée par la Commission, et que, par ailleurs, s'agissant de décisions émanant d'autorités nationales de concurrence, les juridictions doivent préserver l'effet utile du traité. Je vais vous donner deux exemples de jurisprudence.

3.1.1. Devant le juge administratif

50. En matière de marchés publics, le Conseil d'État a jugé que des entreprises sanctionnées pour entente sont également responsables des conséquences dommageables du dol subi par la personne publique lors de la passation d'un marché et que les éléments contenus dans une décision de l'Autorité constituaient des preuves tangibles.

51. Dans un arrêt du 19 décembre 2007, *Société Campenon Bernard et autres* (n° 268918.2), le Conseil d'État a ainsi validé l'analyse faite par la cour administrative d'appel de Paris, laquelle "*a suffisamment motivé son arrêt, au regard*

des moyens soulevés devant elle par les sociétés requérantes, en se référant, après avoir exposé les faits, aux constatations du Conseil de la concurrence pour caractériser la faute et en qualifiant, au vu de l'instruction, de dolosif le comportement des entreprises”, et ce, alors même que la décision du Conseil avait été annulée par la cour administrative d’appel de Paris, car “la référence faite par l’arrêt attaqué aux circonstances de fait retenues par le Conseil de la concurrence, et qui ont au demeurant été confirmées en substance par l’autorité judiciaire, n’est pas constitutive d’une erreur de droit”.

3.1.2. Devant les juridictions civiles

52. Dans un arrêt du 23 mars 2010, la Cour de cassation a cassé partiellement, sur le fondement de l’article 1382 du code civil, un arrêt de la cour d’appel de Paris lui reprochant d’avoir privé sa décision de base légale pour n’avoir pas “recherché si une faute de la société France Télécom, génératrice d’un préjudice pour les sociétés Lectiel et Groupadress, ne résultait pas des pratiques retenues comme constitutives d’abus de position dominante (...) dans son arrêt du 29 juin 1999” (pourvois n^{os} 08-20.427 et 08-21.768).

3.1.3. Les changements à venir induits par la loi Hamon et la directive européenne

53. Le législateur, dans le cadre de l’action de groupe nouvellement créée, a prévu une modalité spécifique à ce type d’action civile en matière de concurrence par rapport au régime de droit commun.

54. En effet, en ce domaine, selon l’article L. 423-17 du code de la consommation, la reconnaissance de la responsabilité du professionnel par le juge “ne peut être prononcée dans le cadre de l’action mentionnée à l’article L. 423-1 que sur le fondement d’une décision prononcée à l’encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l’Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n’est plus susceptible de recours pour la partie relative à l’établissement des manquements”.

55. Dans ce cas-là, précise cet article “les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l’application de l’article L. 423-3”.

56. Ainsi, le juge de la réparation sera lié par le constat d’infraction établi par l’Autorité. L’Autorité s’en félicite, car elle l’avait elle-même souhaité dans son avis du 21 septembre 2006 relatif à l’introduction de l’action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles¹²⁸.

57. Restera néanmoins la délicate phase d’évaluation du montant du préjudice subi par chaque consommateur/acheteur ou catégorie de consommateurs.

3.2. L’Autorité pourrait-elle prêter son concours au juge de la réparation quant à la quantification du préjudice ?

58. La réparation du préjudice subi consiste à placer les parties lésées dans la situation où elles se seraient trouvées si l’infraction n’avait pas été commise.

59. En droit de l’Union, dont l’acquis est repris dans la directive (art. 2), comme en droit national avec la notion d’entier préjudice¹²⁹, le droit à réparation est celui de la réparation intégrale. Il porte sur la perte subie et le manque à gagner imputables à l’infraction ainsi que le paiement des intérêts courants à compter du moment où le dommage est survenu.

60. Pour sa part, l’article L. 423-1 du code de la consommation introduit par la loi Hamon sur l’action de groupe précise que “l’action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs”.

61. En pratique, le juge peut missionner un technicien (art. 232 CPC) pour effectuer des constatations (art. 249 à 255 CPC) ou une consultation (art. 256 à 262 CPC) ou à défaut mandater un expert (art. 263 CPC) pour quantifier les dommages et intérêts.

62. Pour sa part, la Commission européenne, bien avant l’adoption de la directive du 17 avril dernier, avait entamé une réflexion sur l’élaboration d’un guide d’évaluation du montant des dommages et intérêts dès la publication de son livre vert. Dans son avis de 2006, le Conseil s’était d’ailleurs montré “favorable à des lignes directrices non contraignantes de la Commission à ce sujet” (pt 59).

63. L’an dernier, le 13 juin 2013 plus exactement, la Commission a adopté une communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l’article 101 ou 102 du TFUE¹³⁰. La Commission elle-même reconnaît que “la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence est toujours soumise, par sa nature même, à des limites considérables en ce qui concerne le degré de certitude et de précision que l’on peut escompter” (pt 9).

64. C’est dans ce contexte qu’elle a élaboré un “guide pratique” accompagnant cette communication, qui vise à offrir une aide aux juges nationaux et aux parties engagées dans des actions en réparation. Il contient en particulier des informations sur les méthodes et techniques utilisables pour quantifier ces préjudices en fonction des types de pratiques¹³¹.

¹²⁹ Article 1148 du code civil, en matière contractuelle : “Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu’il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.”

¹³⁰ JO C 167/07 du 13 juin 2013, p. 19. Cette communication est disponible à l’adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:FR:PDF>

¹³¹ Ce document est disponible à l’adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

¹²⁸ <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>.

65. Là encore, la directive peut apporter des modifications ou des précisions : encouragement des juridictions à solliciter l'aide de l'autorité de concurrence, sous forme d'avis, ce qui est redoutable en ce qui concerne le temps et les moyens à y consacrer, la procédure devant alors être menée contradictoirement par l'autorité, ou en qualité *d'amicus curiae*, procédure plus souple et moins chronophage. Nous en parlerons certainement dans la suite de nos débats. (Sur ce sujet, voir également : *Emmanuelle Claudel*, « La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », novembre 2012, *Revue Concurrences* N° 4-2012, Art. N° 49314, pp. 38-55). ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

La concurrence des institutions et des actions : Quelle articulation optimale ?

SUR L'HYPOTHÈSE DE L'ACTION PRIVÉE APRÈS L'ACTION PUBLIQUE

Emmanuelle CLAUDEL

*Professeur, Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris 10),
Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE)*

1. Je voudrais revenir un instant sur la faveur faite aux actions *follow-on* – qui se traduit même par une exclusivité dans le cadre des actions de groupe introduites par la loi Hamon – et sur la proposition de conférer un effet liant aux décisions de condamnation des autorités de concurrence, proposition reprise par la loi Hamon dans l'hypothèse d'une action de groupe puisque les deux phénomènes participent, à mon sens, du même mouvement.

2. Tout cela est évidemment l'expression d'une volonté de faciliter l'action des victimes. Il demeure que ces choix marquent, me semble-t-il, une défiance vis-à-vis des juridictions. Il n'est pas dans notre propos d'apprécier si cette défiance est ou non justifiée. Mais on peut se poser certaines questions. Et notamment celle-ci, spécifique à la France : à quoi sert-il d'avoir créé des juridictions spécialisées si on estime que celles-ci sont incapables de prouver efficacement l'infraction et si elles n'ont pas les moyens pour le faire ?

3. La primauté affirmée de l'action publique peut également laisser dubitatif : la clémence, par exemple, a-t-elle à ce point fait la preuve de son efficacité qu'elle justifie un traitement si particulier ? Il est quelquefois dit que seuls les cartels déjà affaiblis sont dénoncés et que les plus efficaces, donc les plus nuisibles, restent dissimulés. Le point resterait bien sûr à démontrer.

4. Quant à l'effet liant, l'unanimité qui l'entoure peut surprendre. Certes, il a de gros avantages, que la Commission prend d'ailleurs soin d'explicitier dans la proposition de directive : il évite une duplication des analyses ; il offre plus de sécurité juridique à la victime et à la collectivité en général. La présomption posée est gage d'une meilleure application et d'une meilleure compréhension du droit puisqu'elle en garantit une lecture uniforme. Plusieurs questions peuvent néanmoins se poser :

→ Fallait-il aller jusqu'à dire que la décision de condamnation valait présomption irrefragable d'infraction au plan civil ?

→ La présomption d'infraction vaudra-t-elle présomption (irrefutable donc) de faute civile ?

→ Pourra-t-on admettre cette présomption lorsque le défendeur à l'action civile n'aura pas été partie devant l'autorité de concurrence ?

→ Comment seront traitées les hypothèses délicates telles que celle où l'illicéité de pratiques découle de leur effet cumulatif ?

→ Qu'en sera-t-il, plus largement, des hypothèses où c'est la prise en compte du contexte (par exemple, un marché fermé par d'importantes barrières à l'entrée) qui justifie la prohibition ? On pourrait en effet soutenir que le juge civil juge un comportement, pas une situation de marché qui mérite redressement. L'approche du juge ne devrait-elle pas être intrinsèque plutôt que contextuelle ?

5. En fait, la démarche actuelle nous semble présenter quelques effets pervers, car elle obscurcit les missions respectives du juge et de l'autorité en les mettant partiellement au service du même objectif.

De gardien des droits subjectifs, le juge devient un auxiliaire de l'action publique, un gardien par ricochet de l'intérêt général. Le risque en est que sa mission de défense des intérêts privés devienne seconde, que l'approche contextuelle inhérente au contentieux objectif prenne le pas sur l'analyse des situations individuelles et que l'enceinte judiciaire devienne une simple chambre d'enregistrement de l'autorité de concurrence. D'un juge aidé, on passerait à un juge mis sous tutelle.

6. Par ailleurs, on peut aussi s'interroger sur l'asymétrie entre les décisions de condamnation et les autres, auxquelles aucun effet contraignant n'est attaché. Le juge est-il totalement libre de dire qu'il y a faute là où l'autorité a considéré qu'il n'y avait pas d'infraction ? On peut tout à fait le concevoir lorsque l'absence d'infraction découle de l'absence d'effet suffisamment sensible (en droit européen), avec cette question : le caractère mineur de l'atteinte à la concurrence retire-t-il à l'acte son caractère civilement délictueux ? Et qu'en est-il des décisions acceptant des engagements ? Là encore, on peut tout à fait concevoir que le juge retienne une faute civile, génératrice d'un dommage passé. Plus

difficile à concevoir serait le fait de retenir une faute là où l'autorité de concurrence avait considéré qu'il n'y avait pas de preuve d'infraction.

7. Pour conclure, je poserai de nouvelles questions. Si l'on suit la logique du système qui se dessine, ne conviendrait-il pas que l'autorité de concurrence, ou sa juridiction de recours, soit elle-même chargée de statuer sur les conséquences civiles ? Cela aurait le mérite de la cohérence, à défaut de pleinement satisfaire. Ou bien, si l'on veut maintenir une action civile sans la dénaturer, ne pourrait-on pas se contenter, comme le fait la directive à propos des décisions des autorités de concurrence relevant d'un autre État membre que celui du juge saisi, d'attacher à la décision administrative la simple valeur d'élément de preuve ? On pourrait aller jusqu'à lui attacher la valeur de présomption, mais une présomption simple qui laisserait au juge le loisir d'exercer sa mission. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

La concurrence des institutions et des actions : Quelle articulation optimale ?

LES ACTIONS PRIVÉES SANS ACTION PUBLIQUE : UNE VOIE INUTILE ?

Irène LUC

Conseillère, Cour d'appel de Paris

1. Les tribunaux judiciaires ont une compétence concurrente de celle de l'Autorité nationale de concurrence ou de la Commission pour constater qu'une pratique est contraire au droit de la concurrence, national et communautaire.

2. Les actions directes portées devant les tribunaux, et notamment, devant les juges naturels du commerce, à savoir les tribunaux de commerce, sont, malgré leur nombre limité, plus fréquentes que les actions de suivi. La part du contentieux autonome est loin d'être négligeable, s'agissant de pratiques contractuelles (restrictions verticale, clauses noires).

3. On se heurte à une difficulté de recension des jugements des tribunaux de commerce, en l'absence de fichier regroupant ces décisions de condamnation. Ce qu'on peut dire sommairement, au vu des arrêts de la cour d'appel statuant sur le jugement des tribunaux de commerce, à travers l'étude de la base Jurica, c'est que le droit communautaire n'est presque jamais invoqué et que le droit de la concurrence est, le plus souvent, invoqué en défense et pas à titre principal, pour s'opposer à une résiliation, à un refus d'agrément ou à l'application d'une clause (clauses d'exclusivité, de non-concurrence, de non-réaffiliation postcontractuelle...).

4. Le rôle des juridictions a été mis en exergue par la Commission européenne, lors de la réforme du droit de la concurrence communautaire en 2003 et par la Cour de justice, qui a souligné le rôle fondamental des actions privées dans l'application de ce droit : *"Tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation du droit de la concurrence."*

5. Marque de confiance dans le juge de droit commun, la Commission européenne a motivé le classement sans suite de plaintes pour pratiques anticoncurrentielles, par la faculté, pour le plaignant, d'obtenir réparation devant le juge. C'est dire l'importance de l'accès à ce juge.

6. Pourtant, le législateur français a tendance à disqualifier le juge national, pour caractériser les pratiques anticoncurrentielles, ainsi que le démontre la loi Hamon, qui semble n'autoriser les actions collectives des consommateurs que lorsqu'elles sont consécutives à une décision de sanction

de l'Autorité de la concurrence et semble ainsi établir une hiérarchie qualitative entre ces deux types de décisions...

7. Après avoir décrit l'intérêt de ces actions directes (I.), l'examen des inconvénients et limites permettra d'explorer quelques orientations à suggérer (II.).

I. L'intérêt des actions stand-alone

8. Les actions *stand-alone* sont portées devant plusieurs catégories de juges.

9. Sont ainsi appelés à se prononcer sur la nature anticoncurrentielle des pratiques qui leur sont dénoncées, non seulement les tribunaux de commerce, mais encore les tribunaux correctionnels, saisis de l'infraction prévue à l'article L. 420-6 du code de commerce ou encore les tribunaux administratifs et le conseil d'État, par exemple s'il s'agit d'indemniser un opérateur à la suite de la passation d'un marché public irrégulier.

10. Mais les actions *stand-alone* les plus fréquemment intentées le sont devant les tribunaux de commerce, le juge naturel de l'économie.

11. L'intérêt de ces actions réside dans leur rapidité (1.), la plénitude de compétence du juge (2.), la plus grande maîtrise des parties dans la procédure (3.) et, enfin, dans la souplesse procédurale de mise en état devant le tribunal de commerce (4.).

1. Rapidité

12. L'intérêt des actions *stand-alone* réside sans aucun doute dans la rapidité avec laquelle un tribunal de commerce peut statuer, caractérisant la pratique et évaluant les dommages dans la foulée. La victime n'a pas à attendre que l'Autorité de la concurrence ait rendu une décision de sanction, devenue définitive, pour demander au tribunal de commerce, dans une action consécutive, d'évaluer son préjudice. Les actions de *follow-on* peuvent être extrêmement longues, certaines

décisions de l'Autorité ayant fait l'objet de plusieurs appels et de plusieurs cassations, sans compter sur les contestations relatives aux opérations de visites et saisies qui peuvent durer plusieurs années.

2. Plénitude de compétence du juge

13. Si l'on reproche fréquemment aux magistrats judiciaires leur méconnaissance du monde de l'économie, tel n'est pas le cas des juges consulaires. Juge naturel des relations commerciales, il dispose d'une palette complète de compétences qui lui permettent de statuer sur les pratiques de concurrence déloyale, les pratiques restrictives, les pratiques anticoncurrentielles et de trancher tout contentieux contractuel entre les parties. Les parties saisissantes peuvent donc doubler leur saisine, fondée sur le droit de la concurrence, par des moyens alternatifs, qui leur donnent plus de chances de gagner. Le juge a d'ailleurs l'obligation de restituer leur exacte qualification aux faits. Au regard de cette pleine compétence, il peut aussi prononcer une palette de mesures, allant de l'allocation de dommages-intérêts et au prononcé de nullité à des injonctions de faire, assorties ou non d'astreinte, des mesures de publication et d'affichage des jugements ; il peut aussi inciter les parties à recourir à la médiation.

14. L'application du droit de la concurrence est dévolue à des tribunaux de commerce spécialisés, en vertu du décret du 30 décembre 2005 qui fixe, en application de l'article L. 420-7 du code de commerce, la liste et le ressort de ces juridictions spécialisées.

15. Ces juges reçoivent une formation en droit de la concurrence qui est dispensée par l'École nationale de la magistrature. Ils peuvent aisément caractériser les pratiques anticoncurrentielles les plus simples, comme par exemple apprécier le caractère anticoncurrentiel de clauses contractuelles, en s'aidant des règlements communautaires et des lignes directrices sur les restrictions verticales. La jurisprudence en matière de clauses de non-réaffiliation dans le domaine de la franchise en fournit un exemple probant. Les clauses "noires", comme les clauses d'approvisionnement exclusif d'une durée supérieure à cinq ans ou comme les clauses imposant un prix au sein d'un réseau de distribution, en fournissent un autre exemple.

3. Maîtrise de la procédure

16. La partie plaignante devant l'Autorité de la concurrence ne maîtrise pas la procédure.

17. La saisine de l'Autorité se fait donc à ses risques et périls : l'Autorité peut préférer clore le dossier par la conclusion d'engagements et, dans ce cas, la partie plaignante ne pourra utiliser la décision de l'Autorité directement devant les tribunaux pour obtenir des dommages et intérêts, car l'Autorité ne se prononce pas sur la culpabilité de l'entreprise, auteur des faits. Le plaignant ne pourra faire l'économie de la démonstration de la pratique anticoncurrentielle, même si cette preuve pourra être facilitée par les constatations de la décision d'engagement.

18. La partie plaignante peut se retrouver poursuivie par l'Autorité la concurrence. Si elle sollicite des mesures conservatoires auxquelles l'Autorité de la concurrence juge bon de faire droit, elle n'est pas sûre que les mesures conservatoires octroyées correspondent à celles qu'elle a demandées.

19. Par un effet miroir, les tribunaux de commerce ne peuvent prononcer que les mesures qui sont demandées par les parties – c'est le principe dispositif – ; les parties ont la pleine maîtrise du procès.

4. Souplesse de la procédure de mise en état devant le tribunal de commerce

20. La mise en état effectuée devant les tribunaux de commerce permet au juge consulaire d'inviter les parties à produire des éléments complémentaires qui lui sont nécessaires pour statuer – c'est ainsi qu'il peut inviter les parties à compléter leurs dossiers respectifs, en produisant leur bilan, leur compte d'exploitation, des éléments relatifs à leur part de marché...

21. L'intérêt de saisir le juge réside également dans la faculté d'obtenir, en urgence, des mesures conservatoires ou de se ménager des preuves, en utilisant le référé probatoire de l'article 145 du code de procédure civile.

II. Les difficultés des actions stand-alone

22. Ces actions sont, néanmoins, parfois délicates à entreprendre. La première difficulté, pour l'entreprise saisissante, est d'établir son intérêt à agir (1.) ; la deuxième est d'établir la preuve de la pratique anticoncurrentielle (2.) ; la troisième, plus générale, tient à l'office du juge (3.).

1. L'intérêt à agir

23. L'intérêt à agir est une exigence traditionnelle du droit procédural ("*Pas d'intérêt, pas d'action*"). En matière de procédure civile comme en matière de procédure pénale, l'intérêt à agir est entendu plus restrictivement que l'intérêt à agir devant l'Autorité de la concurrence.

24. En procédure civile, cet intérêt doit être légitime (fondé sur un droit), né et actuel (doit exister au moment où l'action est exercée), personnel et direct (sous réserve du droit d'agir de certains groupements – syndicats, associations – en cas d'atteinte aux intérêts collectifs qu'ils ont pour mission de défendre).

25. En droit de la concurrence, en raison des aspects d'ordre public que présente la procédure devant l'Autorité, l'intérêt dont doivent justifier les saisissants ne répond que partiellement à ces exigences. Les entreprises doivent pouvoir

justifier “*d’un intérêt protégeable*”¹³², c’est-à-dire de l’exercice d’une activité économique sur le marché concerné par les pratiques dénoncées ou sur un marché connexe¹³³. Elles n’ont pas à démontrer avoir été personnellement et directement affectées par les pratiques (sauf parfois pour les mesures conservatoires) – elles n’ont pas à justifier d’un préjudice – par ailleurs, il n’est pas nécessaire que l’intérêt soit actuel.

2. La preuve de la pratique anticoncurrentielle

26. La deuxième difficulté, et non la moindre, tient à la recevabilité de l’action : la charge de la preuve repose sur la partie saisissante, à laquelle il incombe, en vertu de l’article 9 du code de procédure civile, de prouver ses prétentions et de fournir, à l’appui de ses demandes, les preuves nécessaires.

27. En matière d’actions de *follow-on*, la preuve est facilitée, lorsque la Commission européenne, s’agissant du droit communautaire, ou une autorité nationale de concurrence (ANC) a caractérisé une pratique anticoncurrentielle. Dans les actions de *stand-alone*, l’établissement de la preuve peut s’avérer coûteux pour la partie saisissante, alors que la saisine préalable de l’Autorité transfère sur celle-ci les coûts de cette recherche.

28. En matière d’ententes verticales, par exemple, il s’agira le plus souvent de démontrer un accord de volonté, l’objet anticoncurrentiel de cet accord et, enfin, de fournir les éléments de nature à déterminer la part de marché des entreprises sur un marché pertinent.

29. La partie plaignante pourra, à l’appui de sa demande, fournir une expertise privée au juge. Toutefois, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, cette seule expertise ne pourra, à elle seule, établir la pratique anticoncurrentielle – il faudra qu’elle soit corroborée par d’autres éléments de preuve.

30. Face à cette obligation des parties saisissantes, le juge ne peut pas suppléer la carence des parties dans l’administration de la preuve.

31. Toutefois, les pratiques anticoncurrentielles peuvent se révéler très difficiles à établir, notamment les pratiques d’abus de position dominante. Où le juge doit-il placer le curseur en matière de pratiques anticoncurrentielles ?

32. Doit-il déclarer la saisine irrecevable, faute de preuves suffisantes, ou peut-il se contenter d’éléments suffisamment probants apportés par le saisissant pour déclarer la saisine recevable, puis compléter ces éléments par une mesure d’instruction civile, qu’il s’agisse d’une injonction de produire certains éléments faite aux parties, d’une expertise ou d’une demande d’avis à l’Autorité ?

33. Les injonctions de produire des pièces peuvent se heurter au secret des affaires.

34. Or, il n’y a pas, en droit commercial, de procédure de protection du secret des affaires, similaire à celle existant devant l’Autorité de la concurrence. Le juge apprécie donc, au cas par cas, les demandes de protection du secret des affaires. Il peut refuser l’accès à un document, au motif qu’il mettrait le demandeur en possession des secrets de fabrication de la partie adverse ou lui révélerait la structure commerciale de la société concurrente¹³⁴. Il arrive aussi que le juge ordonne le placement sous séquestre des documents saisis et demande à un huissier de les exploiter sans que les parties y aient accès. Celles-ci se retournent alors devant la cour d’appel pour y avoir accès.

3. L’office du juge

35. S’ajoute une difficulté supplémentaire : le juge a l’obligation d’appliquer d’office le droit communautaire de la concurrence aux pratiques dont il est saisi. Il doit, dans ce cas, inviter les parties à conclure après réouverture des débats. Toutefois l’intérêt peut être limité pour la partie plaignante, si celle-ci fait valoir d’autres moyens que le droit de la concurrence qui lui permettent d’obtenir la satisfaction de ses demandes...

36. Quel est alors l’intérêt, pour elle, que le juge fasse application du droit communautaire de la concurrence ? C’est une vraie difficulté à laquelle le juge est confronté.

III. Les pistes à explorer : Une palette graduée d’outils pour caractériser les pratiques

37. La recherche d’un précédent communautaire ou national constitue la première étape.

38. Il faut avoir en tête que l’interprétation par la Cour de l’Union des notions fondamentales du droit de la concurrence s’impose aux juridictions nationales et aux autorités nationales de concurrence, ainsi que l’a rappelé la Cour dans un arrêt du 4 juin 2009¹³⁵, qui souligne la valeur contraignante, pour celles-ci, de l’interprétation donnée par la Cour de l’article 101 du TFUE.

1. L’avis de la Commission européenne

39. Lorsque ces instruments ne fournissent pas d’indications suffisantes, la juridiction nationale peut demander à la Commission son avis sur des questions relatives à l’application des règles de concurrence communautaires. Elle peut également demander des pièces détenues par la Commission (sous réserve du secret). Ces procédures sont décrites dans la communication sur la coopération et, en

132 G. Canivet et M.-C. Boutard-Labarde, *Droit français de la concurrence*, LGDJ,

133 CA Paris, 23 février 1989, M. Mignot.

134 Cass. com., 5 janvier 1988, n° 8615.322, *Bull. civ.* IV, n° 7.

135 *TMobile Netherlands BV e.a.* (C8/08, *Rec.* 2009, p. I-4529).

droit national, par les articles R. 470-3 et R. 470-4 du code de commerce.

40. Ces procédures sont peu utilisées par les juridictions. Les réponses apportées par la Commission dans ses avis sont générales et ne sont pas relatives aux faits de l'espèce.

2. Les demandes d'avis juridictionnel

41. L'article L. 462-3 du code de commerce prévoit que l'"Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire".

42. La juridiction sursoit à statuer dans l'attente de l'avis de l'Autorité. Une fois cet avis recueilli, les parties échangent leurs observations.

43. Les questions posées par les juridictions sont variées : par exemple, la question des pratiques de ciseaux tarifaires de l'INSEE sur les fichiers de prospection de grande taille (01A18 du 28/12/01) les pratiques de vente exclusive de billets par la Fédération de tennis (03A01 du 10/01/03) le caractère prédateur des tarifs de vente du gaz (07A08 du 27/07/07).

44. L'avis n'est pas contraignant, mais est suivi, en général. Mais du côté de l'Autorité, il s'agit d'une procédure contradictoire et longue, qui mobilise des ressources sur des sujets qui ne constituent pas forcément ses priorités.

45. On conçoit qu'elle ne puisse y consacrer trop de temps, au risque d'affaiblir son action publique. De fait, les saisines sont peu nombreuses, malgré la décentralisation de l'application du droit communautaire.

46. Les outils de coopération que les juridictions peuvent mobiliser ne sont pas aisément utilisables. Les autorités de concurrence préfèrent choisir leurs interventions, par les procédures d'*amicus curiae*, qu'elles décident elles-mêmes de mettre en œuvre. (Sur ce sujet, voir également : Emmanuelle Claudel, « La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », novembre 2012, Revue Concurrences N° 4-2012, Art. N° 49314, pp. 38-55).

3. Les questions préjudicielles

47. On constate, en revanche, une certaine densification des questions préjudicielles devant la Cour de justice concernant des notions clés du droit de la concurrence communautaire : caractère anticoncurrentiel par objet de la pratique d'interdiction de vente par Internet dans un réseau de distribution sélective (affaire *Pierre Fabre*) ; compatibilité des seuils de *minimis* avec l'existence d'infractions par objet et opposabilité de la communication de *minimis* de la Commission aux juridictions (affaire *Karavel*).

4. Les pistes et perspectives d'amélioration

48. Les procédures d'avis juridictionnels sont trop lourdes. Il faudrait prévoir la faculté pour les juridictions de poser des questions générales à l'Autorité de la concurrence ou à la DGCCRF, en s'inspirant de l'article L. 470-5 du code de commerce.

5. Faculté de demander des avis simples

49. Cet article L. 470-5 du code de commerce permet au ministre ou à son représentant de déposer des observations écrites et de les développer oralement à l'audience, en matière de pratiques restrictives. Celui-ci peut également produire tout rapport d'enquête ou procès-verbal.

50. Il serait utile de prévoir, dans les textes, que ces interventions puissent être sollicitées par le juge, afin de l'éclairer également en matière de pratiques anticoncurrentielles.

IV. Conclusion

51. Les actions de *stand-alone* pourraient être réservées aux cas les plus évidents de pratiques anticoncurrentielles, celles qui résultent notamment de clauses contractuelles, aisément caractérisables, au regard de la jurisprudence communautaire et de la pratique décisionnelle nationale.

52. Pourrait être également prévues pour améliorer les actions de *stand-alone* :

→ une recension systématique des jugements des tribunaux de commerce statuant sur le droit la concurrence dans un fichier national, pour mutualiser les compétences ;

→ la réalisation effective de l'information systématique de l'Autorité de la concurrence et du ministre de l'Économie sur toute saisine fondée sur le droit la concurrence ;

→ la faculté pour les juges de demander un avis simplifié à l'Autorité de la concurrence ou au ministre de l'Économie sur la caractérisation des pratiques et sur les dommages-intérêts ;

→ la faculté d'entendre les agents de l'Autorité de la concurrence, de la DGCCRF ou de la Commission européenne comme témoins ;

→ L'instauration d'une véritable procédure de protection du secret des affaires devant les juridictions ;

→ l'activation du règlement (CE) n° 1206/2001 du conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des états membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, dans les cas de pratiques transfrontières. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

La concurrence des institutions et des actions : Quelle articulation optimale ?

LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES, UNE VÉRITABLE ALTERNATIVE* ?

Anne OUTIN-ADAM

Directrice des politiques législatives et juridiques, Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Île-de-France

66. La technique contractuelle fait depuis longtemps partie de la dynamique du droit de la concurrence. On peut citer ici les modes informels de négociation entre les autorités et les entreprises en vue d'aboutir à la procédure d'engagements ; plus novateur, on citera aussi le tout récent accord transactionnel dans l'affaire du déploiement de la fibre optique avec le communiqué de l'Autorité y afférent en date du 25 juin 2013¹³⁶.

67. Par cet accord, Orange et Free mettent fin à la plainte portée devant l'Autorité de la concurrence concernant les conditions d'accès aux infrastructures de génie civil de l'opérateur historique.

68. Un accord, mais pas n'importe quel accord puisqu'il s'agit d'une transaction *inter partes*, qui, à l'analyse, n'apparaît pas si *inter partes* que cela. Tout d'abord, l'Autorité "a été consultée et a fait part de ses conditions" ; ensuite, la portée de la transaction va bien au-delà de l'intérêt des seules parties : "les bénéfiques" du protocole transactionnel s'étendant à l'ensemble des opérateurs, y compris ceux disposant d'une surface financière d'investissement plus petite.

69. Cette approche de l'accord transactionnel par l'Autorité apparaît comme "une nouvelle forme de régulation contractuelle", ainsi que l'a souligné à juste titre Muriel Chagny¹³⁷.

70. Dès lors, rien d'étonnant à ce que la contractualisation se manifeste aussi dans la sphère des relations entre les victimes de dommages concurrentiels avec les auteurs des infractions. Bien évidemment, ce développement n'a eu de raison d'être qu'à partir du moment où le droit à réparation a été inscrit dans le droit de l'Union et réaffirmé au demeurant dans la proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence. Celle-

ci énonce au considérant 5 que "les actions en dommages et intérêts ne sont qu'un élément parmi d'autres d'un système efficace de répression des infractions du droit de la concurrence à l'initiative de la sphère privée. Il s'y ajoute d'autres voies de recours comme la résolution consensuelle des litiges".

71. C'est donc dans ce contexte que l'on est amené à s'interroger, d'une part, sur la coexistence de plus en plus prégnante de l'accès traditionnel à la justice et de l'accès à la solution des litiges *via* l'accord amiable (I.) et, d'autre part, sur la mise en œuvre effective des modes alternatifs de règlement des litiges (II.).

I. Vers une égalité entre l'accès traditionnel à la justice et l'accès à la solution des litiges *via* l'accord amiable ?

1. Contractualisation et accès à la justice

72. La forte montée du consensualisme lié à la contractualisation n'est pas un phénomène nouveau. Il irrigue la pensée juridique depuis plusieurs décennies.

73. Contractualisation et droit substantiel, contractualisation et règlement des litiges, le pendant est apparu très vite. Certes, on connaissait depuis longtemps l'arbitrage, justice privée, mais avec à la clé une sentence...

74. C'est une autre voie qui est apparue avec les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) qui ne sont, ni plus ni moins, qu'une façon différente de régler les litiges. S'ils se développent, ce n'est pas tant pour pallier un problème d'accès à la justice qu'en raison de leurs avantages propres : s'agissant du cas spécifique de la médiation, elle offre une solution rapide, évite toute exposition médiatique, toute mauvaise publicité... En outre, elle empêche le coût des procédures longues et correspond au besoin de ne pas aggraver un préjudice subi par des délais d'indemnisation

* Cette intervention a été préparée en étroite collaboration avec Céline Delacroix, juriste à la CCI Paris Île-de-France.

¹³⁶ Communiqué de l'Autorité de la concurrence du 25 juillet 2013 : Déploiement de la fibre optique : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=482&id_article=2230.

¹³⁷ M. Chagny, Vers une régulation privée devant l'Autorité de la concurrence ? *Communication Commerce électronique* n° 11, novembre 2013.

trop longs. Enfin, elle s'inscrit résolument dans une volonté de préserver des liens commerciaux qui ont vocation à durer.

75. Les MARL ont été consacrés par la directive européenne du 21 mai 2008¹³⁸ en matière civile et commerciale, qui rappelle que le principe de l'accès à la justice est fondamental et que la création de procédures de substitution extrajudiciaires procède de la facilitation à un meilleur accès à la justice, en le simplifiant et en l'améliorant. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'opposer l'accès à la justice et les MARL. La proposition de directive enfonce le clou en précisant, dans son considérant 19 : *“La médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires (...)”*.

2. Les atouts des modes alternatifs de règlement des litiges dans les relations interentreprises en matière de concurrence

76. Il existe un frein psychologique, dû à la complexité et à la durée des procédures judiciaires, à l'existence de rapports de force, et ce, tout particulièrement du côté des PME, qui hésitent à réclamer des dommages et intérêts lorsqu'elles ont été victimes d'une entente.

77. Par ailleurs, des voix se sont élevées pour souligner la disproportion entre les garanties offertes aux auteurs d'infractions au regard de la préservation de certains outils du *public enforcement* – on pense ici à la clémence – et celles accordées aux victimes pour faciliter l'action privée.

78. La place faite aux MARL dans la proposition de directive vient à point nommé. Ils sont un outil précieux pour les relations commerciales. C'est un lieu commun, quand on présente la médiation, de dire qu'en écartant l'affrontement judiciaire, elle en évite les séquelles et, notamment, la détérioration, souvent irrémédiable, de la relation entre les parties. Cela reste, cependant, l'un des grands avantages de la médiation.

79. À ce jour, force est de constater que les groupes puissants ont plus de facilité à obtenir réparation, que ce soit par la voie judiciaire ou par la voie amiable. Pour autant, même s'il est très difficile de quantifier le nombre d'actions concernées, on sait que les actions judiciaires n'aboutissent que dans une faible mesure, pour des raisons très diverses. Il y a bien sûr la difficulté de collecter les preuves, les problèmes d'utilisation des pièces du dossier. Il y a aussi une très grande proportion des entreprises qui souhaitent ne pas rendre publiques leurs divergences et cherchent à recourir à la transaction.

80. Finalement, l'un des enjeux qui se présentent aux entreprises “auteures” comme “victimes”, c'est d'avoir plus spontanément le réflexe “résolution amiable”. En cela, il importe que cette voie ne demeure pas l'apanage des entreprises et groupes puissants ; il y a lieu de la démocratiser

¹³⁸ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

à l'égard de toutes les entreprises, quelle que soit leur taille. À cet égard, la proposition de directive offre des incitations très fortes à y recourir.

II. La mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des litiges

81. On peut identifier, dans la proposition de directive, trois facteurs de nature à créer une forte incitation à recourir aux MARL. Il s'agit, tout d'abord, de la suspension de la prescription (1.). Viennent ensuite la règle de la solidarité alléguée et sa déclinaison (2.) et, enfin, les circonstances atténuantes liées au choix d'opter pour un mode de résolution consensuel (3.). Les atouts de la médiation collective en matière de concurrence méritent également d'être évoqués ici (4.).

1. La suspension de la prescription

82. Question technique ? Pas seulement : par le jeu de la suspension de la prescription, la proposition de directive cherche à instaurer un “climat procédural de confiance” entre les parties à une résolution consensuelle.

83. Deux cas doivent être distingués :

→ Premier cas, selon l'article 18.1, le délai de prescription de l'action privée en réparation est suspendu pendant la durée de la procédure de résolution consensuelle du litige. Cette disposition vise l'hypothèse dans laquelle aucune action judiciaire en réparation du dommage n'a encore été engagée. On relèvera qu'elle constitue une forme de prolongement du dispositif de l'article 8.1 de la directive Médiation selon lequel les États membres veillent à ce les parties qui choisissent la médiation ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou d'arbitrage. La proposition de directive va plus loin, en précisant explicitement qu'une résolution consensuelle a un effet suspensif... ;

→ Second cas, selon l'article 18.2, lorsque les parties s'engagent dans une procédure de résolution consensuelle de leur litige alors même qu'une action en dommages et intérêts a été introduite, la juridiction nationale saisie devra suspendre la procédure, suspension qui ne peut excéder deux ans. Cet article 18.2 aménage en quelque sorte un “droit de rétraction” ouvert à la victime entrée dans la voie judiciaire et qui, au cours de la procédure, décide d'opter pour la résolution consensuelle avant, finalement, de retourner devant le juge judiciaire, les conditions de la voie alternative ne présentant pas les avantages qu'elle aurait pu escompter.

84. Dans les deux cas, le jeu de la suspension permet d'éviter qu'en situation d'échec du MARL, l'action en justice ne soit prescrite et préserve ainsi l'action de la victime.

85. En ce sens, les auteurs de la proposition de directive font de la résolution consensuelle un mode véritablement alternatif à la voie judiciaire. Et, ce faisant, le législateur européen montre le crédit qu'il accorde à la résolution consensuelle.

2. La solidarité allégée : Un mécanisme à triple détente

86. Première détente, selon l'article 19.1, la responsabilité de l'auteur qui participe à une résolution consensuelle est limitée au montant des seuls dommages et intérêts qu'il lui incombe pour sa part de responsabilité propre. En conséquence, il n'est plus tenu du paiement de tout ou partie du reliquat des dommages et intérêts restant dus à la victime dans le cadre des actions judiciaires parallèles. Autrement dit, le mécanisme de solidarité cesse de jouer.

87. La volonté du législateur européen est clairement d'encourager les parties à résoudre leur litige à l'amiable. Ce qu'il convient de saluer.

88. Pour autant – et c'est la deuxième détente du mécanisme –, une soupape de sécurité a été maintenue au nom du principe de réparation intégrale pour un cas bien précis : l'insolvabilité des autres coauteurs. Ainsi, par exception, et dans la seule hypothèse où l'ensemble des coauteurs n'ayant pas été partie à la médiation ne serait pas en mesure d'indemniser le montant des dommages et intérêts restant dus – pour leur part – à la victime après le règlement consensuel, l'auteur de l'infraction qui aura accepté d'entrer dans cette voie pourra se le voir réclamer.

89. De fait, le législateur a veillé à ce que la victime qui entre dans le règlement consensuel ne soit pas défavorisée par rapport à celle qui se refuse à y entrer... Mais qu'en est-il du point de vue de l'auteur de l'infraction qui a lui aussi fait la démarche de participer à la médiation ?

90. C'est la troisième détente qui pourra le "sauver", car la proposition de directive prévoit que le règlement consensuel peut néanmoins exclure expressément toute solidarité : le coauteur participant à un tel règlement ne sera pas alors tenu d'indemniser la victime y ayant participé pour le reliquat de sa demande de dommages et intérêts auprès des autres coauteurs, par hypothèse insolvables.

91. Une question vient alors immédiatement à l'esprit : quel intérêt auront les victimes à limiter leur chance d'être indemnisées en renonçant expressément au mécanisme de la solidarité ?

92. Nul doute que la réponse tient à l'attractivité de la médiation pour les auteurs de l'infraction. En contrepartie de l'assurance que les poursuites vont s'arrêter rapidement, ils pourraient accorder une indemnisation plus généreuse. En quelque sorte, les entreprises achèteront la certitude du montant à payer.

3. Les circonstances atténuantes, autre facteur attractif des modes alternatifs de règlement des litiges

93. Selon l'article 18.4 de la proposition de directive, une autorité de concurrence "peut" considérer l'indemnisation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende, comme une circonstance atténuante.

94. Quelles sont les entreprises concernées ? L'article 18.4 vise à inciter l'entreprise qui est mise en cause dans une procédure devant une autorité de concurrence et dont l'infraction aux règles de concurrence est peu contestable à anticiper les actions en dommages et intérêts. Elle ne peut donc avoir d'intérêt que pour les entreprises qui ne sont pas susceptibles d'obtenir l'immunité totale pour leur participation à l'infraction : il peut s'agir des entreprises qui n'ont pas demandé la clémence, mais aussi des demandeurs de clémence de deuxième et troisième rang, voire des entreprises qui ont sollicité la clémence mais ne peuvent obtenir qu'une immunité partielle.

95. Deux observations méritent d'être formulées :

→ Première observation : du point de vue de l'entreprise, et si l'on se livre à une lecture littérale, le fait que l'autorité de concurrence ait la simple faculté de tenir compte de la résolution consensuelle est source d'insécurité juridique. D'un côté, le texte crée une véritable incitation à opter le plus tôt possible pour la résolution consensuelle et, de l'autre, il introduit une nuance qui risque d'être "déceptive" pour les entreprises. Cela revient en effet pour celles-ci à devancer l'appel sans garanties ou certitudes qu'elles auront une diminution de leur sanction de la part des autorités de concurrence.

→ Deuxième observation : finalement, parce que l'action publique ne répare pas le même dommage que l'action privée, pourquoi l'autorité de concurrence devrait-elle prendre en compte le résultat du règlement transactionnel pour fixer le montant de la sanction administrative ?

96. L'explication pourrait tenir au rôle qu'est susceptible de jouer le règlement conventionnel dans l'appréciation du caractère dissuasif de la sanction globale pesant sur l'auteur de l'infraction. Bien que le code de commerce (article L. 464-2) ne parle pas de dissuasion, l'Autorité de la concurrence, à la suite de la Commission, a décidé – sous l'influence des économistes – que la bonne sanction était celle qui, compte tenu de la probabilité qu'a l'auteur de se faire prendre, s'avère suffisamment élevée pour inciter l'entreprise à ne pas commettre l'infraction. En un mot, la sanction dissuasive est celle dont le coût pour l'entreprise est plus élevé que le bénéfice attendu de l'infraction.

97. Or, si l'amende administrative participe sans nul doute au caractère dissuasif de la sanction, le montant de la résolution consensuelle, qui vise à réparer le dommage causé à la victime, y contribue lui aussi, car il implique un coût pour l'auteur de l'infraction, qui viendra au final s'ajouter au

montant de l'amende administrative ! Dans le calcul du bilan coûts/avantages auquel doit se livrer l'auteur de l'infraction pour savoir si un comportement infractionnel pourrait lui être profitable, le résultat ne sera pas le même s'il doit ou non prendre en compte le coût du règlement consensuel. Dans ces conditions, l'intensité de la dissuasion de la sanction globale ne sera pas identique.

98. En définitive, on aurait aimé que la démarche fût plus aboutie et on regrettera que les autorités de concurrence disposent d'une simple faculté et non pas d'une obligation de prendre en compte l'indemnisation consensuelle au titre des circonstances atténuantes, le degré de cette prise en compte relevant bien évidemment de l'appréciation de l'autorité.

4. Les opportunités de la médiation collective en matière de cartels

99. L'organisation d'une médiation peut être difficile à concevoir lorsqu'il y a une pluralité de défendeurs et une pluralité de demandeurs, d'où l'intérêt de la médiation collective. On peut évoquer ici une expérience de terrain puisque le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)¹³⁹, en liaison avec l'Association française des entreprises privées (AFEP), a élaboré en 2010 un règlement de médiation adapté aux litiges collectifs en matière de consommation au regard d'un contexte favorable et de l'expérience d'une demande réelle.

100. Les destinataires de ce règlement de médiation collective sont les entreprises et les associations nationales agréées de défense des consommateurs. Le champ a été délibérément circonscrit pour éviter les dérives liées à des générations spontanées de groupements informels.

101. Exemple concret de litige réglé par le CMAP¹⁴⁰ : en 2006-2007, 150 000 emprunteurs avaient opté pour certains produits de prêts à taux variable proposés par le Crédit Foncier. Or, contrairement au discours de certains conseillers et à ce qu'une clause du contrat pouvait laisser croire, le taux du crédit n'était pas capé. Avec la brusque remontée des taux en 2007, de nombreux clients se sont retrouvés dans l'impossibilité de faire face à l'augmentation de leurs mensualités. Face aux nombreuses réclamations qui ont afflué, le Crédit Foncier a pris l'initiative de saisir le CMAP pour engager un processus de médiation, auquel ont adhéré – outre une représentation de clients – les deux associations de consommateurs les plus influentes dans le domaine bancaire, l'AFUB et l'UFC-Que choisir.

102. Un premier accord a été trouvé après cinq mois de discussion, dans le respect des positions de chacune des parties : il prévoyait l'envoi de 15 000 lettres à tous les emprunteurs qui avaient été identifiés ; il y a eu environ 5 000 réponses. Une enveloppe de 50 millions a été répartie entre les 5 000 emprunteurs qui s'étaient manifestés. Il faut ajouter que la démarche du Crédit Foncier comme le résultat de cette médiation n'ont pas laissé indifférent le tribunal correctionnel lors du prononcé de la sanction finalement infligée... Une telle approche rejoindrait l'idée précédemment défendue selon laquelle l'entreprise qui s'engage dans un processus de résolution consensuelle doit pouvoir bénéficier d'une diminution de la sanction administrative encourue. ■

¹³⁹ <http://www.cmap.fr>.

¹⁴⁰ Les éléments de ce litige et ce qui est rapporté ici ont été rendus publics dans la presse.

Daniele CALISTI
daniele.calisti@ec.europa.eu
Policy Officer, DG Competition,
European Commission, Brussels

Abstract

En mars dernier le Parlement Européen et le Conseil ont agréé un compromis sur la proposition de Directive sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence, présentée par la Commission en 2013. Le texte du compromis a déjà été voté par le Parlement. L'intervention rappelle les étapes qui ont mené à la proposition de la Commission et présente les dispositions principales de la Directive qui, suite à son adoption formelle par le Conseil, devra être transposée dans les Etats-Membres.

In March, the European Parliament and the Council reached a compromise on the 2013 Commission proposal for a directive on antitrust damages actions. The compromise text has already been voted by the Parliament. The intervention recalls the steps which led to the Commission proposal and outlines the main provisions of the Directive which, after formal adoption by the Council, will have to be implemented in the Member States.

* Retranscription d'une intervention lors de la conférence intitulée "La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir". Les opinions exprimées sont propres à leur auteur, et ne sauraient engager ni la Commission européenne ni la Direction générale de la concurrence.

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

La réparation des dommages concurrentiels en progrès

QUELLES PROPOSITIONS DE L'UNION EUROPÉENNE POUR UNE MEILLEURE RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS ?*

135. Pour commencer, il convient de rappeler brièvement la genèse de la directive (I.), qui constitue l'une des initiatives les plus significatives des dernières années dans le domaine de la concurrence, avant d'en présenter, dans un second temps, les principales dispositions (II.).

I. La genèse de la directive

136. Lorsque l'on reprend les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et les développements de la politique générale au sein de la Commission européenne qui ont marqué l'histoire de ce projet, il faut toujours partir de l'arrêt *BRT c/ Sabam* de 1974¹⁴¹, qui a marqué le véritable début du *private enforcement* en Europe. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a apporté des éclaircissements quant à l'effet direct des dispositions de concurrence du traité, qui se prêtent, par leur nature, à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces derniers en tirant directement des droits et des obligations qu'il appartient aux juridictions nationales de sauvegarder.

137. Ultérieurement, en 2001 plus exactement, dans l'arrêt *Courage c/ Crehan*¹⁴², la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée explicitement, pour la toute première fois, sur l'une des conséquences principales de cet effet direct, à savoir que tout individu ayant été victime d'une infraction au droit de la concurrence de l'Union européenne a droit à réparation pour le dommage qu'il a subi. La Cour a également souligné que ce droit renforce l'efficacité des règles de concurrence de l'Union et est de nature à décourager les accords ou les pratiques interdites par le traité.

138. Postérieurement à cet arrêt, la Commission et la Cour de justice de l'Union européenne ont poursuivi leur action en la matière. La Commission a en effet fait du développement des actions en dommages et intérêts en Europe l'un de ses objectifs de politique générale de concurrence, en consacrant successivement à cette question un livre vert (2005), puis un livre blanc (2008) et, enfin, en adoptant sa proposition de directive. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a continué à apporter des précisions et éclaircissements quant à différents aspects des actions en dommages et intérêts fondées sur la violation des règles de concurrence de l'Union européenne : cela a concerné, dans un premier temps, la conformité de certaines dispositions de droit national aux exigences d'équivalence et d'effectivité¹⁴³, puis, dans la période

141 Arrêt du 30 janvier 1974, *BRT c/ Sabam*, aff. 127/73, *Rec.* p. 51. Comme l'a souligné Laurence Idot, il y avait déjà eu des actions devant les juridictions nationales où des particuliers avaient demandé de déclarer la nullité de plein droit de certains accords en application de l'article 101, § 2 ; v. par ex. le tout premier exemple de renvoi préjudiciel décidé par la Cour dans l'arrêt du 6 avril 1962, *De Geus c/ Bosch*, aff. 13/61, *Rec.* p. 89.

142 Arrêt du 20 septembre 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99, *Rec.* p. I-6297, 26-27.

143 V. arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Rec.* p. I-6619 ; arrêt du 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis et autres*, aff. C-199/11, non encore publié au *Rec.*

plus récente, la relation entre l'application des dispositions de concurrence du traité dans la sphère publique et dans la sphère privée¹⁴⁴.

139. Au fil du temps et de l'attention portée à ce sujet, notamment après la publication du livre vert en 2005, la Commission a pu observer un nombre croissant d'actions en dommages et intérêts au sein de l'Union européenne.

140. Cependant, cette augmentation du nombre de procédures contentieuses ne doit pas faire oublier que le contentieux indemnitaire n'est pas encore suffisamment développé. Ainsi, lorsque l'on se réfère aux décisions de condamnation de la Commission européenne, on constate que seule une sur quatre donne lieu par la suite à une ou des actions en dommages et intérêts. À cela, il convient d'ajouter qu'il y a encore moins d'actions de suivi dans le cadre des décisions adoptées par les autorités nationales de concurrence sur le fondement du droit de la concurrence de l'Union européenne. Par ailleurs, les actions engagées en l'absence d'un constat d'infraction par une autorité nationale de concurrence (actions *stand-alone*) sont assez rares, le plus souvent introduites à l'initiative de concurrents d'entreprises dominantes.

141. De plus, il a été constaté que le droit à réparation, en cas d'infraction à une règle de concurrence de l'Union européenne, n'était pas appliqué uniformément au sein du marché intérieur. Ainsi, les chances pour une victime d'obtenir une indemnisation au titre des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle variaient significativement selon les États membres, reflétant d'ailleurs la grande diversité entre les dispositions nationales régissant ces actions.

142. En 2013, après des années de discussion et de consultation des parties prenantes, la Commission est parvenue à adopter une proposition de directive visant à éliminer les principaux obstacles au droit à réparation des victimes des pratiques anticoncurrentielles. La proposition de directive faisait partie d'un "paquet" qui comprenait aussi des mesures non contraignantes concernant l'évaluation du dommage concurrentiel¹⁴⁵.

La directive proposée par la Commission revêt une grande importance dans le cadre de la politique générale de la concurrence, car elle vise à améliorer le système d'application des articles de concurrence de l'Union. Certains ont comparé cette initiative à l'entrée en vigueur, il y a dix ans, du règlement (CE) n° 1/2003 : tandis que ce dernier avait, du côté du *public enforcement*, décentralisé l'application des règles de concurrence de l'Union européenne, la directive pourrait porter en germe un développement de la même importance dans le cadre du *private enforcement* en concrétisant le droit à réparation des victimes. Si ce développement n'est pas une révolution, dans la mesure où ce droit avait déjà été établi

¹⁴⁴ V. arrêt du 14 juin 2011, *Pfleiderer*, aff. C-360/09, *Rec.* p. I-5161 ; arrêt du 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11, non encore publié au *Rec.*

¹⁴⁵ Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE* 2013, n° C.167, p. 19 ; et Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

depuis les arrêts de 1974 et 2001, les victimes n'avaient cependant pas réellement, en pratique, la possibilité d'obtenir une réparation intégrale du dommage subi, car les règles des systèmes juridiques des États membres rendaient difficile la réalisation de ce droit.

143. La proposition de la Commission a été transmise au Parlement européen et au Conseil pour être traitée selon la procédure législative ordinaire. À la suite d'un accord politique, les deux institutions ont élaboré un texte d'ores et déjà adopté par le Parlement, le 17 avril 2014¹⁴⁶. C'est à ce texte que je vais faire référence aujourd'hui pour présenter les principales dispositions de la directive.

II. Les principales dispositions de la directive

144. Le cadre général de la proposition initiale de la Commission a été conservé dans le texte adopté par le Parlement. La directive vise non seulement à une plus efficace mise en œuvre du droit à réparation, mais aussi à l'optimisation de l'articulation entre les actions initiées dans la sphère publique et celles se déroulant devant les juridictions nationales de droit commun.

145. Ce dernier objectif est particulièrement visible dans les dispositions qui abordent la question de l'accès aux preuves.

146. La directive s'attache, en la matière, à faciliter l'accès aux éléments de preuve aux victimes des infractions au droit de la concurrence : les parties lésées ont typiquement besoin de présenter une grande quantité d'éléments de faits et de preuves au soutien de leur prétention pour pouvoir engager avec succès une action en dommages et intérêts devant les juridictions nationales. C'est pour cela que la directive (article 5) permet aux victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante d'obtenir, sous le contrôle du juge et moyennant un test de proportionnalité, que les juridictions nationales puissent enjoindre à d'autres parties ou à des tiers la divulgation des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession.

147. Toutefois, pour ne pas empêcher le bon fonctionnement du *public enforcement* devant les autorités nationales de concurrence et devant la Commission, la directive édicte des règles spécifiques lorsque les preuves figurent dans le dossier d'une autorité de concurrence. La directive introduit à cet égard davantage de clarté juridique : elle établit une distinction entre les documents susceptibles de faire l'objet d'une divulgation et d'une utilisation, et ceux devant, au contraire, être protégés afin de sauvegarder l'efficacité de la mise en œuvre par la sphère publique (articles 6 et 7). Même si le texte n'utilise pas ces expressions, on peut dire que la proposition originale de la Commission, reprise sur ce point dans le texte adopté par le Parlement, a établi une liste noire, une liste grise et une liste blanche.

¹⁴⁶ Résolution législative du Parlement européen du 17 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0451+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-10>.

148. Le principe général est que tout document peut faire l'objet de divulgation entre les parties de la procédure (liste blanche), à condition que le juge estime satisfaites les conditions générales établies par l'article 5.

149. À un niveau supérieur de protection se trouve la liste grise, laquelle concerne des catégories de documents qui pourraient révéler la stratégie d'investigation d'une autorité de concurrence, ou encore dont la divulgation pourrait être nocive à une procédure en cours devant une telle autorité. Ces documents pourront être divulgués si les autres conditions requises par la directive sont remplies, mais seulement une fois que l'autorité de concurrence concernée a clos sa procédure, par exemple en adoptant une décision. Dans cette catégorie, on retrouve, entre autres, les informations qui ont été établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure (comme la notification des griefs).

150. En ce qui concerne la liste grise, le texte final de la directive précise indirectement un élément très important de la proposition, à savoir que les dispositions spécifiques aux documents figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence doivent s'appliquer de façon combinée avec les dispositions générales sur la divulgation des preuves. Cela signifie, par exemple, qu'un document relevant de la liste grise ne devra pas être divulgué automatiquement au soutien d'une action en dommages et intérêts à partir du moment où la décision de l'autorité de concurrence a été adoptée. Dans ce cas de figure, il faudra aussi satisfaire les exigences prévues dans le régime général de divulgation, lequel comprend notamment un test de proportionnalité (article 5, § 3) dont les critères sont renforcés (article 6, § 4).

151. Au niveau le plus élevé de protection, on trouve enfin la liste noire. Elle concerne les déclarations effectuées par les entreprises en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction. Il s'agit de documents spécifiques, à travers lesquels les entreprises font état, devant une autorité nationale de concurrence, d'une infraction à laquelle elles ont pris part, ceci pour obtenir, selon le cas, l'immunité ou une réduction de l'amende ou bien bénéficier d'une procédure simplifiée dans le cadre d'une procédure de transaction. Ces déclarations doivent être protégées pour préserver l'incitation des entreprises à collaborer avec les autorités publiques, que ce soit dans la découverte de ces infractions, ou dans leur poursuite efficace. La Commission a estimé que si ces déclarations devenaient disponibles dans le cadre de procédures civiles, cela pourrait décourager les parties de coopérer pour l'avenir avec la Commission et les autorités nationales. Cela pouvait donc entraîner, par exemple, une réduction des déclarations de clémence spontanément produites par les entreprises et, par conséquent, une baisse de détection des cartels. Les entreprises ayant accepté de collaborer avec les autorités n'échappent pas à l'engagement de leur responsabilité civile au titre de l'infraction commise, mais elles ne pourront pas être poursuivies au civil dans des conditions plus désavantageuses que les entreprises n'ayant pas opté pour une collaboration avec l'autorité de concurrence.

152. Il faut remarquer que, dans le texte du Parlement, il a été précisé, à propos de la liste noire, que les "*citations littérales*" des documents figurant dans celle-ci doivent également être protégées de la divulgation au sein d'une procédure judiciaire (considérant 24).

153. Un autre élément important de la version finale de la directive, qui n'était pas présent dans la proposition de la Commission, tient à la précision selon laquelle il ne sera possible d'ordonner la divulgation d'un élément de preuve par une autorité de concurrence que si les parties ou d'autres tiers ne peuvent fournir les preuves demandées (article 6, § 10). Les autorités de concurrence auront, en outre, la possibilité de présenter leurs observations aux juridictions nationales en matière de divulgation de preuves (article 6, § 11).

154. L'article 9 de la directive concerne l'effet probatoire des décisions des autorités nationales de concurrence. L'objectif du texte est de faciliter la tâche probatoire des victimes lorsqu'elles demandent l'indemnisation du dommage causé par une pratique anticoncurrentielle ayant déjà fait l'objet d'une constatation d'infraction par une autorité de concurrence, selon une décision devenue définitive. Les décisions de la Commission bénéficient déjà d'un effet liant, puisque l'article 16 du règlement (CE) n° 1/2003 dispose que les juridictions nationales, statuant sur des pratiques ayant fait l'objet d'une décision de constat d'infraction adoptée par la Commission, ne peuvent pas prendre de décisions qui iraient à l'encontre de cette décision. Dans un système d'application décentralisée du droit de la concurrence, la Commission souhaitait également établir un système de ce type pour les décisions des autorités de concurrence nationales. Quelle que soit l'autorité de concurrence ayant adopté la décision, une fois celle-ci devenue définitive, l'infraction constatée par l'autorité de concurrence n'aurait pas pu être contestée dans le cadre de l'action en dommages et intérêts.

155. Au final, la directive telle qu'approuvée par le Parlement comporte une disposition selon laquelle une décision intervenue dans la sphère publique établit, de façon irréfutable, la violation du droit de la concurrence, mais seulement dans l'hypothèse où elle a été rendue par l'autorité de concurrence du même État membre que la juridiction civile appelée à statuer sur l'action en dommages intérêts. Il n'y a donc pas d'effet contraignant "transfrontalier". Dans le cas où l'instance civile se déroule dans un autre État membre que celui dans lequel la procédure de concurrence a eu lieu, par exemple, si l'on saisit une juridiction italienne en se prévalant d'une décision adoptée par l'autorité française de concurrence, le texte final de la directive prévoit que celle-ci vaudra au moins en tant que commencement de preuve. Cela n'empêche pas les États membres d'aller au-delà et de prévoir un effet contraignant identique, dans tous les cas de figure, comme cela se fait déjà dans certains États membres tels que l'Allemagne.

156. Une autre disposition de la proposition de directive se rattache également à l'articulation entre le *public* et le *private enforcement*. L'article 11, relatif à la responsabilité solidaire, vise à éliminer les problèmes éventuellement produits par le mécanisme de la responsabilité solidaire sur les entreprises obtenant une immunité d'amende dans le cadre d'une procédure de clémence devant une autorité de concurrence. À partir du moment où cette entreprise n'exerce pas de recours contre la décision de l'autorité, celle-ci devient définitive à son égard, tandis qu'elle ne l'est pas pour les autres entreprises ayant choisi de continuer la procédure.

157. Ainsi, et dès lors que, selon le principe de la responsabilité solidaire, tous les auteurs d'une infraction sont intégralement tenus de la dette de réparation vis-à-vis des victimes, l'entreprise ayant obtenu l'immunité risque fort de devoir faire face à toutes les actions en dommages et intérêts exercées par les victimes de l'entente. Ces dernières en effet ont davantage intérêt à agir à son encontre plutôt qu'à engager des actions contre les entreprises ayant choisi de former un recours contre la décision constatant l'infraction : dans cette hypothèse, en effet, les victimes seraient exposées au risque d'une suspension de leur action au civil jusqu'à l'achèvement de la procédure de concurrence.

158. Pour éviter ce mécanisme, la Commission a prévu que les bénéficiaires d'une immunité sont en principe responsables seulement à l'égard de leurs propres acheteurs directs ou indirects. Ils seront responsables à l'égard d'autres parties lésées seulement si elles ne peuvent pas obtenir une réparation intégrale auprès des autres auteurs de l'infraction. En d'autres termes, les clients des autres membres du cartel ne pourront pas demander en principe réparation au bénéficiaire de l'immunité, sauf, par exception, si les autres auteurs de l'infraction ne sont pas en mesure de payer le montant des dommages et intérêts.

159. Dans cette même disposition relative à la responsabilité solidaire, un nouvel alinéa a été introduit, qui concerne les petites et moyennes entreprises (PME). Sous certaines conditions assez strictes, celles-ci pourront aussi bénéficier d'une limitation de leur responsabilité civile, celle-ci n'étant en principe engagée qu'à l'égard de leurs seuls cocontractants.

160. Le chapitre de la directive concernant la répercussion du surcoût (articles 12 à 16) a conservé, dans la version finale, les caractéristiques fondamentales que comportait la proposition de directive.

161. La question de la répercussion (totale ou partielle) se pose dans toutes les situations où une infraction aux règles de concurrence produit une hausse de prix (surcoût) qui est ensuite répercutée par les clients des auteurs de l'infraction sur leurs propres cocontractants. En ce cas, le dommage produit par l'infraction ne s'arrête pas au stade des clients directs, mais peut se propager le long de la chaîne de distribution, jusqu'aux acheteurs finals.

162. En la matière, le choix de la proposition de directive présentée par la Commission européenne s'est nettement démarqué de la solution retenue au niveau fédéral aux États-Unis. La Cour suprême américaine a établi deux règles selon lesquelles, d'une part, lorsqu'un acheteur direct réclame une indemnisation au titre de la hausse des prix effectuée par l'auteur de l'infraction, ce dernier ne peut pas invoquer en défense le fait que ce "surcoût" a été répercuté par les plaignants sur ses propres clients et, d'autre part, les acheteurs indirects ne peuvent agir en vue de réclamer une indemnisation à raison du surcoût répercuté sur eux.

163. C'est une approche différente qui a été choisie en Europe. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, consacrant fortement le droit à réparation du préjudice subi au profit de toute partie lésée par une pratique

anticoncurrentielle, les mesures portées par la directive visent à permettre à toute victime d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

164. Il est donc nécessaire, dans cette perspective, de permettre aux acheteurs indirects de demander l'indemnisation des dommages subis du fait de la répercussion des surcoûts. La "*disposition miroir*" consiste ensuite à admettre que l'auteur de l'infraction dispose d'un moyen de défense lorsque l'acheteur direct a répercuté le surcoût sur ses propres acheteurs (*passing-on defence*). Il est néanmoins expressément précisé que ce moyen de défense laisse subsister la possibilité pour les acheteurs directs ayant répercuté tout ou partie de la hausse de prix d'obtenir réparation pour le manque à gagner subi en raison de la baisse des ventes qu'a entraînée la hausse de leurs tarifs.

165. Par ailleurs, et dans la mesure où les acheteurs indirects sont en droit de demander réparation, il est apparu nécessaire de leur faciliter l'administration de la preuve qui leur incombe. Il est effectivement très difficile pour ces acheteurs indirects d'établir avec précision quelle portion du surcoût a été répercutée sur eux, ce qui est de nature à décourager les actions par les acheteurs indirects. C'est pourquoi la directive établit une présomption réfragable qu'un surcoût a été répercuté, lorsque plusieurs conditions qu'elle précise sont établies.

166. Pour autant demeure la question de savoir quelle fraction du surcoût a été répercutée. Dans le livre blanc, la Commission avait envisagé la possibilité d'introduire une présomption selon laquelle l'intégralité du surcoût a été répercutée, en laissant à l'auteur de l'infraction la charge de démontrer qu'une partie du surcoût a été absorbée à d'autres niveaux de la chaîne économique. Cette solution n'a cependant pas été retenue dans la proposition de directive. Celle-ci laisse finalement au juge la possibilité d'estimer, conformément aux procédures nationales, quelle portion du surcoût a été répercutée jusqu'à l'acheteur indirect.

167. Dans le chapitre concernant la répercussion du surcoût, le texte adopté par le Parlement, lorsqu'on le compare à la proposition de la Commission, apporte des éclaircissements dans le cas où plusieurs actions sont engagées aux différents niveaux de la chaîne de distribution (acheteurs directs et indirects). Il faut éviter dans ces situations qu'il y ait structurellement une sur-indemnisation ou une sous-indemnisation. La directive souligne la nécessité d'éviter toute réparation d'un préjudice qui serait supérieure au préjudice causé au demandeur par l'infraction ainsi que l'absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction.

168. La proposition de la Commission indiquait à ce propos qu'il fallait mettre en œuvre tous les mécanismes nécessaires pour éviter une telle situation, et notamment prendre en compte les jugements rendus pour le même contexte de litige, avec d'autres parties, dans un niveau différent de la chaîne de distribution.

169. Le texte final adopté par le Parlement prévoit que les États membres peuvent élaborer les règles procédurales destinées à garantir que l'indemnisation de la perte subie à un

niveau de la chaîne de distribution n'excède pas le préjudice subi à ce niveau (article 12, § 2).

170. La date de l'adoption formelle de la directive dans toutes les langues par le Conseil, et sa parution au *Journal officiel*, est encore incertaine. Une fois que celle-ci sera publiée au *Journal officiel*, le délai prévu pour sa transposition dans les systèmes juridiques des États membres sera de deux ans. Dès lors, le véritable défi portera sur la façon dont la directive sera transposée dans les différents systèmes juridiques nationaux.

171. En ce qui concerne la Commission, le travail n'est pas encore terminé : à plusieurs reprises, le Parlement et le Conseil l'ont sollicitée pour qu'elle produise des lignes directrices, des textes non contraignants afin de guider les juridictions nationales sur certains sujets, comme la répercussion du surcoût (article 16), dont l'estimation pourrait être une charge assez lourde pour les juridictions nationales. Il est donc possible que la Commission soit amenée à produire ces documents. Toutefois, le plus grand défi pour la Commission consistera probablement à fortifier son cadre de coopération avec les juridictions nationales, au-delà des instruments qui sont déjà en place¹⁴⁷. La nature des recours juridictionnels ne se prête peut-être pas à une coopération aussi étroite que celle existant au sein du réseau européen des autorités de concurrence depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003. Pour autant, la Commission devra certainement trouver des moyens de tenir compte de l'importance accrue du rôle des juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence de l'Union. ■

¹⁴⁷ Article 15, § 3, du règlement (CE) n° 1/2003.

nécessaires dans l'intérêt des parties (art. 29). Ils devraient interdire les honoraires de résultat (art. 30) et les dommages et intérêts punitifs (art. 31).

173. L'action de groupe à la française issue de la loi Hamon du 17 mars 2014 semble respectueuse de ces principes, pour l'essentiel. L'essor des préjudices de masse rendait nécessaire la consécration d'une action permettant de les indemniser. Mais les caractéristiques générales de l'action de groupe à la française vont-elles permettre de répondre à cet enjeu ?

La première caractéristique est d'avoir un domaine limité : en vertu de l'art. L. 423-1 code de la consommation, l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; *"2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du Livre V du C. com. ou des articles 101 et 102 du TFUE"*.

Mais la loi Hamon n'est probablement qu'une étape. On nous prépare des textes, notamment en matière de santé, d'environnement.

La deuxième caractéristique de l'action de groupe à la française est d'être une action attitrée ouverte aux seules associations de consommateurs agréés (ce qui est conforme à la recommandation européenne).

Sa troisième caractéristique est sa faveur pour l'*opt-in*¹⁵², même dans l'action de groupe simplifiée. En vertu de l'article L. 423-10, si les consommateurs lésés sont connus et subissent un *"préjudice de même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée"*, le professionnel peut être condamné à les indemniser directement et individuellement, ce qui pourrait faire penser à de l'*opt-out*. Mais une mesure d'information individuelle aux frais du professionnel est prévue, *"afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision"*. Le consentement du consommateur est donc requis, ce qui fait basculer cette action simplifiée dans l'*opt-in*.

La quatrième caractéristique de l'action de groupe de la loi Hamon est qu'elle se fait en deux phases. Mais il ne s'agit pas des deux mêmes phases que les *class action*, qui comportent une phase de recevabilité suivie d'une phase où le juge statue sur la responsabilité et alloue des dommages et intérêts aux membres du groupe (constitué par *opt-out* ou *opt-in*).

Les deux phases de l'action de groupe à la française correspondent, quoi qu'on en ait dit¹⁵³, aux deux phases du rapport Bêteille et Yung : une phase de déclaration de responsabilité, puis une phase où le juge statue sur la réparation.

¹⁵² Conformément à la recommandation européenne.

¹⁵³ V. N. Molfessis, L'exorbitance de l'action de groupe à la française, *D.* 2014 ch. 947 et s., qui considère que l'action de groupe à la française n'aurait qu'une phase : *"les phases de reconnaissance de responsabilité et de détermination du préjudice ne sont pas en effet séparées"*, écrit-il. Mais nous ne partageons pas cette analyse. La première phase de responsabilité suppose qu'il ait été constaté une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux précédents. Mais la détermination précise du préjudice de chaque consommateur se fait bien dans la seconde phase (art. L. 423-3 C. conso.).

Dans l'action de groupe à la française, le juge statue, au cours d'une première phase, sur la responsabilité du professionnel, définit le groupe et fixe les critères de rattachement : il dira par exemple que sont victimes de cette faute les consommateurs qui ont été abonnés auprès d'un des trois opérateurs membres du cartel de telle date à telle date, et que le préjudice subi est un surcoût de 12 % du prix de leur abonnement. Puis, dans une seconde phase, il y a liquidation des préjudices : d'abord amiablement, le consommateur devra prouver qu'il était abonné pendant la phase délimitée par le juge ; le professionnel pourra peut-être lui opposer que puisqu'il n'avait pas payé, le contrat a été résilié de plein droit, etc. Dans cette deuxième phase, pourquoi recourir de nouveau au juge si les parties reconnaissent que l'indemnisation doit être de tel montant ? Le juge ne sera donc de nouveau saisi que pour les cas où le professionnel n'est pas d'accord avec la demande de tel ou tel consommateur. Il statuera alors dans un seul jugement sur tous les différends subsistants concernant l'indemnisation (art. L 423-12 C. conso).

Trois modes sont prévus par la loi pendant cette phase de liquidation :

→ le consommateur s'adresse seul directement au professionnel ;

→ le consommateur s'adresse au professionnel par l'intermédiaire de l'association ;

→ le consommateur s'adresse au professionnel par l'intermédiaire du tiers de l'article L. 423-9 du code de la consommation, le tiers étant l'assistant de l'association, et membre d'une profession réglementée.

Il n'y a pas formellement de procédure de déclaration ou de vérification des créances des consommateurs par l'association ou le tiers. Mais on peut penser que si le groupe est très important, dans les faits, il y aura un intérêt à ce que le tiers ou l'association vérifie chaque dossier avant de les présenter au professionnel.

174. Telle est donc l'économie générale de la nouvelle action de groupe créée par la loi Hamon. Mais ce qui est intéressant, c'est que la loi Hamon a aussi créé un régime spécifique de l'action de groupe pour les dommages concurrentiels. L'efficacité des articles 101 et 102 TFUE ou L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce dépendait jusqu'à présent uniquement de l'action publique (*public enforcement*). Or, cela ne suffit pas.

Deux exemples d'échec de tentatives d'indemnisation dans des dossiers sensibles de droit de la concurrence sont présents dans les esprits.

C'est bien sûr tout d'abord l'affaire dite *"de la téléphonie mobile"*. Le Conseil de la concurrence, par une décision n° 05-D-65¹⁵⁴, avait condamné les trois opérateurs de téléphonie mobile de l'époque pour entente. Outre qu'ils avaient échangé des informations, ceux-ci avaient conclu un pacte de non-agression, une sorte de Yalta de la téléphonie,

¹⁵⁴ Sur recours Cass. com., 29 juin 2007, n° 0-10303, Cass. com., 7 avril 2010, n° 09-12984, et Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-22144.

selon leur propre expression. L'UFC-Que choisir, qui avait été à l'origine de l'action publique, a voulu ensuite agir au civil pour faire indemniser les consommateurs. Elle a alors proposé aux consommateurs qui le souhaitaient, par le biais d'un site Internet spécialement créé (www.cartelmobile.org), de se joindre à une procédure engagée dans l'intérêt collectif contre un opérateur de téléphonie mobile qui avait été sanctionné par le Conseil de la concurrence. L'opération a été coûteuse pour l'association, qui aurait mis sur l'affaire 21 juristes pour confectionner les dossiers individuels. Sur 20 millions d'abonnés à la téléphonie mobile, elle ne récoltera que 12 521 dossiers individuels. Or, la procédure fut jugée¹⁵⁵ irrégulière au motif que l'action en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif était une action en représentation conjointe déguisée, se fondant sur un démarchage des consommateurs par l'association pour les inciter à agir en justice, en contradiction avec l'interdiction d'appel public à mandats posée par le code de la consommation. Pourtant, il est sûr que, pour un préjudice moyen de 90 euros par consommateur dans cette affaire, le consommateur seul n'agit pas.

L'autre affaire est celle des *Lycées d'Île-de-France*, qui va conduire à un refus d'indemnisation fondé sur la prescription sur lequel on reviendra plus loin.

Pourtant, la CJUE est favorable à l'indemnisation des victimes, comme le montrent les arrêts *Courage* du 20 septembre 2001¹⁵⁶, *Manfredi* du 13 juillet 2006¹⁵⁷, *Pfleiderer*

du 14 juin 2011¹⁵⁸, *Otis* du 6 novembre 2012¹⁵⁹ et *Donau* du 6 juin 2013¹⁶⁰.

175. C'est dans ce contexte que s'insère l'action de groupe créée par la loi Hamon du 17 mars 2014. Est-elle prometteuse ou est-elle limitée ? C'est la question posée par Muriel Chagny, organisatrice du colloque. Étant d'un tempérament très optimiste, je dirai qu'elle est à la fois prometteuse (I.) et trop limitée (II.).

I. Les promesses de l'action de groupe en droit de la concurrence

176. L'action de groupe est prometteuse, d'une part, parce qu'elle évince le risque de prescription des actions en *follow-on* (1.) et, d'autre part, parce qu'elle va bénéficier de facilités de preuve (2.).

1. L'éviction du risque de prescription des actions en follow-on

177. Ce risque de la prescription est réel, comme le montre la récente affaire des *Lycées d'Île-de-France*. Dans cette affaire, il y avait eu une vaste entente mélangée de corruption concernant 250 marchés publics pour les lycées d'Île-de-France. Cela avait donné lieu d'abord à une affaire pénale, ayant conduit au renvoi de 47 prévenus devant le tribunal correctionnel et à la condamnation définitive de certains d'entre eux le 26 octobre 2005. Ensuite, le Conseil de la concurrence, le 9 mai 2007, a sanctionné le vaste système d'entente dont s'étaient rendus coupables les entreprises attributaires des marchés METP et/ou leurs ayants droit. La cour d'appel de Paris, le 3 juillet 2008, a rejeté quasiment tous les recours (sauf pour une entreprise), et la Cour de cassation, par arrêt du 13 octobre 2009, a rejeté les pourvois.

Dans cette affaire, nul besoin d'action de groupe, car la région représente déjà les intérêts de tous les contribuables d'Île-de-France. En mai et octobre 2008, la région Île-de-France a donc engagé en référé des procédures d'indemnisation. Cela n'a pas abouti en raison du caractère sérieux de la contestation.

155 T. com. Paris, 6 décembre 2007, confirmé par CA Paris, 22 janvier 2010 ; pourvoi rejeté par Cass. civ. 1, 26 mai 2011 n° 10-15676

156 Aff. C-453/99 : "1) Une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de l'article 85 du traité CE (devenu article 101 TFUE), peut invoquer la violation de cette disposition pour obtenir une protection juridictionnelle à l'encontre de l'autre partie contractante. 2) L'article 85 du traité s'oppose à une règle de droit national interdisant à une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de ladite disposition, de demander des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat au seul motif que l'auteur de la demande est partie à celui-ci. 3) Le droit communautaire ne s'oppose pas à une règle de droit national qui refuse à une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence de se fonder sur ses propres actions illicites aux fins d'obtenir des dommages et intérêts, dès lors qu'il est établi que cette partie a une responsabilité significative dans la distorsion de la concurrence."

157 Aff. C-295-04 : "(...) 2) L'article 81 CE doit être interprété en ce sens que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice. En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice de ce droit, y compris celles de l'application de la notion de 'lien de causalité', pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés. 3) En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes pour connaître des recours en indemnité fondés sur une violation des règles communautaires de concurrence et de fixer les modalités procédurales de ces recours, pour autant que les dispositions concernées ne soient pas moins favorables que celles relatives aux recours en indemnité fondés sur une violation des règles nationales de concurrence et que lesdites dispositions nationales ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation du dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE. 4) En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente (...) 5) En l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation du préjudice causé par une entente (...)"

158 Aff. C-360/09 : "Les dispositions du droit de l'Union en matière d'ententes, et en particulier le règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 TFUE et 102 TFUE, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'une personne, lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages et intérêts, obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction. Il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union."

159 Aff. C-199/11 : "L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que la Commission européenne intente, au nom de l'Union européenne, devant une juridiction nationale, une action en réparation du préjudice subi par l'Union à la suite d'une entente ou d'une pratique dont la contrariété à l'article 81 CE ou à l'article 101 TFUE a été constatée par une décision de cette institution."

160 Aff. C-536/11 : "Le droit de l'Union, en particulier le principe d'effectivité, s'oppose à une disposition du droit national en vertu de laquelle l'accès aux documents figurant dans le dossier afférent à une procédure nationale relative à l'application de l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de clémence, de tiers n'étant pas parties à cette procédure et envisageant d'engager des recours en dommages et intérêts à l'encontre de participants à une entente est subordonné au seul consentement de toutes les parties à ladite procédure, sans qu'aucune possibilité d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence soit laissée aux juridictions nationales."

En février 2010, elle a saisi le juge au fond. Le tribunal de grande instance de Paris, par jugement du 17 décembre 2013¹⁶¹, a débouté la région Île-de-France au motif que la prescription était acquise. En effet, elle n'avait pas été interrompue par les poursuites pénales contre les personnes physiques, puisque la procédure de concurrence concernait les personnes morales. L'action devant le Conseil de la concurrence n'avait pas davantage interrompu la prescription civile, puisqu'il ne s'agit pas, pour le tribunal, d'une demande en justice interruptive de prescription au sens de l'article 2044 du code civil, et que les actions sont distinctes.

Peut-être cette décision fera-t-elle l'objet d'un recours ? Mais elle illustre déjà la difficulté de l'action en *follow-on*, au regard de la prescription.

178. Pourtant, l'article 34 de la recommandation de la Commission européenne précise bien que *“les États membres devraient veiller à ce que, dans le cas d'actions de suivi, les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice ne se voient pas empêchées de demander réparation du fait de l'expiration des délais de prescription avant que l'autorité publique n'ait définitivement clos la procédure”*.

L'article L. 423-18 du code de la consommation, issu de la loi Hamon, respecte bien cette exigence. Il prévoit une prescription de cinq ans, qui court à compter de la date à laquelle la décision mentionnée à l'article L. 423-17 n'est plus susceptible de recours.

Dans l'affaire des *Lycées d'Île-de-France*, la décision définitive de condamnation lors de l'action publique était du 13 octobre 2009, date à laquelle la Cour de cassation avait rejeté les pourvois des entreprises. Dès lors, l'action de la région en 2010 n'aurait pas été prescrite si cela avait été une action de groupe de la loi Hamon.

L'éviction du risque de prescription de l'action en *follow-on* est donc bien une première promesse de l'action de groupe à la française, et une promesse qui ne manquera pas d'être tenue.

Mais l'action de groupe va aussi dans une certaine mesure faciliter la preuve à apporter par les victimes.

2. La facilitation de la preuve

179. Jusqu'à la transposition de la directive à venir, la preuve était une des questions les plus délicates du *private enforcement*. Mais, avant même la transposition de la directive adoptée, la preuve va être facilitée dans le cadre de l'action de groupe.

La preuve à apporter dans le procès civil va être facilitée, d'une part, par la force de chose décidée des décisions des Autorités nationales de concurrence (ci-après “ANC”) (2.1.) et, d'autre part, par le fait que l'action de groupe est une action propre de l'association, tout au moins dans la première phase (2.2.).

161 N° de RG 10/03480.

2.1. La preuve facilitée par l'autorité de chose décidée/jugée de la décision sur l'action publique

180. La question ne pose pas de problème en cas de décision de la Commission : le juge national doit la respecter, comme l'a rappelé l'arrêt *Masterfoods*¹⁶². Elle est plus délicate si la décision émane d'une ANC.

A cet égard, l'Allemagne et la Suède admettent que la décision de l'ANC a autorité de chose décidée sur le civil. La recommandation de la Commission européenne ne dit mot, quant à elle, sur la question de savoir si la décision de l'AAI aura autorité de chose décidée.

181. La loi Hamon, à l'article L. 423-17, al. 2, du code de la consommation, consacre la force de chose décidée ou jugée des décisions des ANC ou des juridictions nationales ou de l'UE¹⁶³. Ce texte dispose que *“dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3”*. Et cela concerne tous les cas où une décision a été prononcée *“par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes”*.

Cela montre en tout cas que l'action de groupe est ici une alliée de la **fonction dissuasive** des sanctions en droit de la concurrence. Bien sûr, elle va permettre d'indemniser les victimes, mais aussi de rendre la faute concurrentielle moins lucrative.

Mais certains auteurs s'en émeuvent et écrivent qu'à présent, *“les autorités de concurrence tiennent le civil en l'état”*¹⁶⁴. Le juge serait soumis à la décision de l'AAI, ce qui serait contraire à l'indépendance du juge et à la séparation des pouvoirs.

Là encore, nous ne partageons pas cette crainte. Remarquons d'ailleurs qu'elle n'a même pas été soulevée lors du recours qui a eu lieu devant le Conseil constitutionnel, avant la promulgation de la loi Hamon. Au demeurant, le plus souvent, la décision de l'AAI qui s'imposera au juge statuant sur les intérêts civils aura d'abord fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

182. En revanche, il est plus intéressant de noter que cette règle va concerner des cas où la faute civile n'aurait pas été retenue¹⁶⁵.

162 CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-344/98.

163 Et d'ailleurs quelle formule employer ? En procédure civile française, on parle d'autorité de chose jugée dès que la décision est rendue, et de force de chose jugée, dès qu'elle n'est plus susceptible d'un recours suspensif d'exécution (en vertu de l'art. 500 du code de procédure civile, a *“force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai”*). Dans la loi Hamon, la condition étant que la décision de condamnation soit définitive, deux cas de figure vont se présenter : soit la décision de l'ANC n'aura pas fait l'objet d'un recours, les délais étant expirés. Elle sera définitive. Elle aura force de chose décidée. Soit la décision de l'ANC aura fait l'objet d'un recours qui n'aura pas conduit à son annulation. Dans ce cas, peut-être se prévaut-elle-t-on davantage de la force de chose jugée de la décision du juge du recours ?

164 V.N. Molfessis, *D.* 2014 p. 947 et s. article précité

165 Ce que relève d'ailleurs aussi N. Molfessis, note 30.

Ainsi, quand une société mère se voit imputer le comportement anticoncurrentiel de sa filiale parce que la filiale n'est pas économiquement autonome¹⁶⁶, il y a faute concurrentielle, mais il n'y aurait pas eu nécessairement faute civile. C'est dire que cette nouvelle règle dépasse l'aspect processuel de la preuve, et cela touche la substance.

183. De toute façon, à ceux qui s'inquiètent de cette évolution due à la loi Hamon, il faut signaler qu'en tout état de cause, une même évolution se serait très vite imposée avec la proposition de directive du 11 juin 2003, adoptée depuis lors.

Ce texte distingue deux hypothèses :

→ l'autorité de la chose décidée des décisions de l'ANC doit exister à l'égard des juridictions de cet État membre ;

→ en revanche, à l'égard des juridictions des autres États membres, la décision définitive de l'ANC établissant l'infraction aux règles de concurrence n'a pas autorité de la chose décidée. Elle peut seulement être présentée devant les juridictions nationales des autres États membres comme *“au moins une preuve prima facie”* que la violation du droit de la concurrence a bien eu lieu (art. 9).

La loi Hamon va donc juste un peu plus loin que la directive¹⁶⁷, s'agissant de l'autorité / ou de la force de chose décidée des ANC ou juridictions étrangères.

184. Mais en tout état de cause, cet effet est soumis à une condition qui a longuement été débattue lors des travaux parlementaires de la loi Hamon. La décision de l'ANC ne doit plus être susceptible de recours *“en tant que ceux-ci portent sur l'établissement des manquements”* (art. L 423-17 du code de la consommation).

Cette condition est un peu plus favorable que l'article 33 de la recommandation de la Commission européenne, qui ne prévoit un tel effet *“qu'après que l'autorité publique a définitivement clos la procédure qu'elle avait préalablement engagée”*.

¹⁶⁶ Une infraction aux règles de concurrence commise par une filiale peut être imputée à la société mère, notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (v. not. CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, C-97/08 P, Rec. p. I-8237, pt 58, ainsi que CJUE, 19 juillet 2012, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco c/ Commission et Commission c/ Alliance One International e.a.*, C-628/10 P et C-14/11 P, non encore publié au Rec., pt 43). En effet, dans une telle situation, la société mère et sa filiale faisant partie d'une même unité économique et formant ainsi une seule entreprise au sens de l'article 81 CE, la Commission peut adresser une décision infligeant des amendes à la société mère sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction (v. arrêts précités *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, pt 59, ainsi que *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco c/ Commission et Commission c/ Alliance One International e.a.*, pt 44). Dans le cas particulier où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union, la Cour a précisé que, d'une part, cette société mère peut exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale et, d'autre part, qu'il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société mère exerce effectivement une telle influence (arrêt *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco c/ Commission et Commission c/ Alliance One International e.a.*, précité, pt 46 ainsi que jurisprudence citée).

¹⁶⁷ Ce qui est possible, car la directive est d'harmonisation minimale.

La solution de la loi Hamon a sans doute été influencée par l'audition du président Lasserre devant la commission des Affaires économiques du Sénat le 3 juillet 2013, où il avait rappelé que : *“(…) l'attente de l'épuisement des voies de recours me semble d'autant moins justifiée que l'annulation du constat d'infraction par l'Autorité de la concurrence est un événement très rare. En effet, les preuves qui fondent le constat sont le plus souvent apportées par les entreprises fautives elles-mêmes, dans l'espoir d'obtenir une condamnation plus clémentine. Les preuves sont donc solides. Le débat porte en réalité non pas sur la réalité des faits mais sur le quantum de la peine.”*

Mais il faut être réaliste. Il sera très facile à l'entreprise qui voudrait retarder le recours collectif de contester les manquements, même par un moyen qu'elle saura mal fondé, et qu'elle ajoutera aux moyens critiquant la sanction qui lui a été infligée.

185. Il faut encore se demander ce qu'il en sera si l'entreprise a opté pour la non-contestation des griefs.

Le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence (ci-après "l'Autorité") du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs (pt 40) relève que *“le fait qu'un organisme ou une entreprise n'ait pas contesté les griefs qui lui ont été notifiés et n'ait ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, suffit en lui-même pour permettre à l'Autorité de fonder un constat d'infraction à son égard”*¹⁶⁸. Cela pourrait donc suffire au juge civil pour en déduire une faute civile.

186. Qu'en sera-t-il enfin, en cas de clémence ?

Il faut tout d'abord noter que l'action de groupe n'est pas exclue contre un demandeur de clémence. Même si on ne veut surtout pas détourner les entreprises de la clémence, la loi Hamon¹⁶⁹ n'exclut pas l'action de groupe contre les demandeurs de clémence¹⁷⁰. En effet, quand il y a clémence, la décision de l'Autorité constate le manquement de toutes les entreprises, condamne les entreprises qui ne bénéficient pas de la clémence, puis supprime ou réduit la sanction du bénéficiaire de la clémence. Mais il y a bien un constat d'infraction contre le bénéficiaire de la clémence qui induit sa faute civile.

Avec la directive, on aura même, outre ce constat de manquement, une présomption que l'entente a causé un préjudice (un surcoût). Cela semble d'ailleurs être plus une présomption de causalité et de préjudice qu'une simple présomption de préjudice. Il restera donc juste à quantifier le dommage causé. La restriction aux droits des victimes d'accéder à certaines preuves en cas de clémence contenue

¹⁶⁸ Sont cités CA Paris, 26 janvier 2010, *Société Adecco France* (p. 10) (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca09d05_travail_temporaire_jan10.pdf) et Cass. com., 29 mars 2011, *Société Manpower France* (p. 6) (pourvoi n° 10-12913), dans l'affaire du travail temporaire, qui relèvent tous deux que le Conseil n'avait pas à discuter la qualification des pratiques et leur imputabilité aux entreprises ayant accepté de ne pas contester les griefs.

¹⁶⁹ Comme les textes ou projets européens

¹⁷⁰ *Contra* N. Molfessis, qui estime que l'exigence d'une décision définitive sur le manquement exclurait l'action de groupe pour les victimes de clémence (n° 16).

dans la directive n'est peut-être pas si contraignante, au moins pour les actions en *follow-on* comme l'action de groupe.

De plus, si l'association était dans la procédure devant l'Autorité, elle pourra utiliser les pièces.

2.2. La preuve facilitée par le caractère propre de l'action de groupe

187. L'association peut-elle, lors de l'action de groupe, se servir des preuves obtenues devant l'Autorité, si elle était présente dans la procédure de *public enforcement* ?

Dans l'affaire *Ma liste de courses*, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 20 novembre 2013¹⁷¹, a reconnu que la victime qui était partie à l'audience devant l'Autorité pouvait, sans violer le secret de l'instruction, utiliser les preuves qu'elle y a obtenues, à condition qu'elles soient nécessaires à "*sa défense*" (ici à sa demande). La cour d'appel étendait quelque peu la solution de l'arrêt *Semavem* du 19 janvier 2010 de la Cour de cassation¹⁷².

Cela suscite la question suivante : l'association qui a agi en son nom personnel devant l'Autorité peut-elle se servir des preuves ainsi obtenues, pour faire une action de groupe ensuite ? Cette question pose celle de la nature de l'action de groupe.

Il n'y a pas de problème si c'est une action personnelle de l'association. Il y en a en revanche, si c'est une action en représentation, l'association ne pouvant se servir, en tant que représentante des victimes, de pièces qu'elle aurait obtenues en son nom propre devant l'Autorité.

188. Or, dans la recommandation de la Commission européenne sur les recours collectifs, il est préconisé de recourir à des entités représentatives susceptibles d'engager des actions en représentation (v. art. 4).

Mais le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 mars 2014 sur la loi Hamon, qualifie plutôt l'action de groupe d'action propre de l'association, au moins dans sa première phase. En effet, il relève que "*dans le cadre de la procédure d'action de groupe prévue par l'article L. 423-3, comme dans le cadre de la procédure d'action de groupe simplifiée prévue par l'article L. 423-10, les consommateurs, lors de la première étape de la procédure, ne sont pas partie à l'instance opposant l'association de consommateurs au professionnel mis en cause*".

Si les consommateurs ne sont pas partie à l'instance dans la première phase de l'action, c'est qu'ils n'y sont même pas représentés. L'action de l'association est une action propre au moins dans la première phase. On peut en déduire que l'association peut se servir des pièces qu'elle a obtenues devant l'Autorité.

Peut-être d'ailleurs conviendrait-il de *lege ferenda* de prévoir une possibilité d'intervention de l'association dans

¹⁷¹ RG 12/05813.

¹⁷² N° de pourvoi 08-19761.

la procédure devant l'Autorité pour lui permettre d'en être partie à cette fin ?

189. La directive européenne viendra encore améliorer le sort des victimes, même en dehors des actions de groupe. Le principe sera en effet que les juridictions nationales devront disposer d'un pouvoir d'injonction les habilitant à ordonner aux parties à la procédure et à des tiers de produire des preuves, au bénéfice du demandeur comme du défendeur. Est ainsi créée une *discovery* européenne. Mais en tout état de cause, il faut apporter une nuance fondamentale à ces facilités de preuve.

Cela ne résoudra pas tout. Pour prouver concrètement le préjudice restera le problème de la conservation des tickets.

Sauf achat sur Internet – où les factures sont conservées dans l'ordinateur – ou par carte de fidélité – où l'on peut retrouver la trace des achats¹⁷³ –, le consommateur ne conserve pas les tickets de ses petits achats. Certains se demandent si, pour les produits dont tout le monde se sert tout le temps, il ne faudra pas présumer que le consommateur a utilisé la moyenne habituellement utilisée en France de ce produit. Si en France, on achète une moyenne de 15 packs de lessive par an et par famille vivant sous le même toit, il faudrait alors indemniser en partant de cette statistique, sauf à ce que le consommateur établisse qu'il en a utilisé plus. Sinon, la présomption de préjudice voulue par la directive serait vidée de son effectivité. Mais on voit tout de même la difficulté qu'il y aurait à assouplir à ce point les règles de preuve. À force de tout présumer, rien ne serait finalement prouvé.

Et l'on passe ainsi subrepticement des promesses de l'action de groupe à ses limites.

II. Les limites de l'action de groupe en droit de la concurrence

190. Deux sortes de limites peuvent être déplorées : des limites qui tiennent aux exclusions de la loi Hamon (1.), et d'autres qui tiennent à son droit transitoire (2.).

1. Les exclusions de la loi Hamon

191. Trois exclusions sont à regretter :

→ une qui tient au demandeur : l'exclusion des associations *ad hoc* (1.1.) ;

→ une qui tient aux victimes : l'exclusion des PME (1.2.) ;

→ une qui tient au type d'action : l'exclusion des actions en *stand-alone* (1.3.).

¹⁷³ Mais avec le concours de l'entreprise que l'on poursuit, ce ne sera pas si facile !

1.1. L'exclusion des associations *ad hoc*

192. L'action de groupe de la loi Hamon est une action attitrée réservée aux associations de consommateurs agréées, qui sont environ seize. L'idée était de rassurer les entreprises par rapport aux excès des *class actions* américaines imputés à certains avocats américains. Pourtant, les avocats français ont des règles de déontologie exigeantes, qui, à notre sens, nous auraient protégés des excès américains. En outre, lesdits excès ont été surtout dus aux dommages et intérêts punitifs que nous n'avons pas en droit de la concurrence.

Le choix de la loi Hamon va avoir le défaut de permettre un trop petit nombre d'actions de groupe faute de moyens des seize associations agréées. Toutes n'agiront pas. Celles qui agiront ne pourront pas être sur tous les fronts.

Mais, politiquement, il était peut-être opportun d'agir en deux temps : introduire l'action de groupe de cette manière puis, avec un peu de recul, faire le point, et voir s'il faut étendre à d'autres demandeurs.

1.2. L'exclusion des PME

193. L'action de groupe de la loi Hamon concerne les victimes "consommateurs". C'est contraire à la recommandation de la Commission européenne qui vise "*plusieurs personnes physiques ou morales*" victimes.

La France n'est pas seule toutefois à exclure du bénéfice de l'action de groupe les personnes morales. L'Espagne et la Pologne le font également, alors qu'au contraire, les personnes morales peuvent bénéficier d'une action de groupe en Suède, aux Pays-Bas, au Danemark et en Angleterre.

Néanmoins, le fait que les personnes morales ne soient pas concernées en droit français va priver les PME, victimes de pratiques anticoncurrentielles, de la possibilité d'obtenir une indemnisation de leur préjudice, par le biais d'un recours collectif. Il s'agit d'une lacune pour le droit de la concurrence.

Il va en résulter un risque de *forum shopping* si la pratique anticoncurrentielle a eu des effets sur plusieurs territoires nationaux¹⁷⁴. Une entreprise pourra ainsi préférer agir aux Pays-Bas, ou au Danemark, où les victimes peuvent saisir le juge d'une action collective, et où les personnes morales font partie des victimes prises en compte.

194. La raison de ne pas intégrer les personnes morales tient peut-être dans le fait que, dans certains cas, le dommage est reporté sur le consommateur final, ce que l'on appelle le *passing-on defense*. Il s'agit donc d'opposer aux victimes directes (souvent les PME) qu'elles ont elles-mêmes répercuté totalement ou partiellement le surcoût résultant de l'infraction sur leurs propres clients, pour réfuter l'existence d'un préjudice de la personne morale.

¹⁷⁴ Certes, en France, les entreprises pourront céder leurs créances indemnitaires à des entreprises qui mettront en œuvre l'action privée.

Il ne s'agit pas de nier l'existence du *passing-on*, ce que la Cour de cassation a d'ailleurs reconnu¹⁷⁵. Mais il n'y a pas toujours *passing-on defense*, ce qui justifie que la Cour de cassation oblige la cour d'appel à rechercher son existence totale ou partielle.

De plus, même en cas de répercussion du surcoût, la PME supporte un préjudice lié à la baisse potentielle du volume des ventes consécutive à la répercussion du surcoût. L'exclusion des PME des victimes pouvant obtenir réparation lors d'une action de groupe devra donc à terme être modifiée.

Mais la loi Hamon a aussi exclu les actions en *stand-alone*.

1.3. L'exclusion des actions en *stand-alone*

195. L'action de groupe de la loi Hamon est une action de *follow-on*. Si les victimes veulent agir avant qu'une AAI ne se soit prononcée, il s'agit d'une action en *stand-alone*. Mais dans ce cas, elles devront agir individuellement.

Cette exclusion est conforme à l'article 33 de la recommandation de la Commission européenne : "*Les États membres devraient veiller à ce que, lorsque, dans une matière juridique, une autorité publique est habilitée à arrêter une décision constatant une violation du droit de l'Union, les recours collectifs ne soient, en règle générale, introduits par des personnes privées qu'après que l'autorité publique a définitivement clos la procédure qu'elle avait préalablement engagée. Si la procédure est engagée par l'autorité publique après l'introduction d'un recours collectif, la juridiction saisie du recours devrait éviter de statuer en contradiction avec la décision que l'autorité publique envisage de prendre. À cette fin, la juridiction devrait pouvoir surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité publique clôture la procédure.*"

Une nuance est toutefois apportée dans le texte français. L'action peut être introduite avant la décision de l'AAI (art. L. 423-17 du code de la consommation), mais le juge devra surseoir à statuer, pour que sa décision sur l'action collective n'intervienne pas avant une décision définitive sur les manquements du professionnel. Le texte précise en effet que "*la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée (...) que sur le fondement*" d'une décision définitive constatant les manquements.

Il est donc possible d'introduire l'action de groupe et de demander des mesures conservatoires pour la préservation des preuves notamment.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision précitée du 13 mars 2014, a approuvé ce texte en ces termes : "(...) si les dispositions de l'article L. 423-17 ne font pas *obstacle à ce qu'une action de groupe dans le domaine de la concurrence soit engagée sur le fondement de manquements qui n'ont pas été constatés par une décision non susceptible de recours d'une*

¹⁷⁵ V. aff. *Doux*, Cass. com., 15 juin 2010, n°09-15816 : "*Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les sociétés Doux avaient, en tout ou partie, répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l'infraction commise par la société AE, de sorte que l'allocation de dommages-intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale (...)*"

autorité ou juridiction nationale ou de l'Union européenne compétentes, le juge, saisi de l'action de groupe dans cette circonstance, ne peut apprécier lui-même les manquements dénoncés et doit surseoir à statuer dans l'attente que la décision qui constate les manquements ne soit plus susceptible de recours ; que ces dispositions ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle (...)"

196. En revanche, l'action collective en *stand-alone* n'est pas permise, alors que si l'association de consommateurs a les preuves du comportement infractionnel elle pourrait avoir intérêt à agir plus tôt.

Or, ce choix de la seule action en *follow-on* va retarder considérablement l'indemnisation. L'entreprise qui aura épuisé les voies de recours contre la décision de l'Autorité pourra encore épuiser les voies de recours au civil contre le jugement qui prononcera sa responsabilité lors de l'action de groupe. En d'autres termes, l'action de groupe à la française demandera des trésors de patience !

Et sans doute y aura-t-il une discussion sur la question de savoir si le professionnel pourrait être condamné au paiement d'une provision.

Au contraire, l'action en *stand-alone* permettrait une indemnisation plus rapide.

Certes, il pourrait y avoir un risque d'incohérence avec la décision de l'ANC. Mais ne pouvait-il pas y avoir des cas d'ouverture à l'action en *stand-alone*, par exemple chaque fois qu'est concernée une restriction caractérisée ?

On pourrait cependant répondre que même si on a les preuves d'une restriction caractérisée, elle peut être sauvée par un bilan économique favorable¹⁷⁶, ce qui fait qu'aucune preuve n'est facile en droit de la concurrence.

En outre, il y a des cas où aucune AAI ne va s'intéresser à la pratique anticoncurrentielle, et où l'action en *stand-alone* pourrait avoir une vertu réparatrice mais aussi punitive¹⁷⁷.

En fonction de la manière dont les associations de consommateurs utiliseront cette nouvelle action de groupe, il faudra sans doute réfléchir avec du recul à en élargir le champ d'application. En revanche, il est un domaine où les lacunes ne pourront pas être réparées : il s'agit du droit transitoire.

2. Le droit transitoire de la loi Hamon

197. En vertu de l'article 2 de la loi Hamon, l'action de groupe ne peut pas être introduite pour la réparation des préjudices causés par des manquements aux dispositions du titre II du livre IV du code de commerce et aux articles 101 et 102 TFUE ayant fait l'objet d'une décision constatant ces manquements non susceptibles de recours à la date de la publication de la loi.

Ce texte a pour effet de soustraire de l'action de groupe toutes les décisions devenues définitives avant l'entrée en vigueur de la loi, et ce, même si le délai de prescription de cinq ans n'est pas acquis.

Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de ce texte, en ces termes : "(...) les dispositions contestées sont relatives à la procédure par laquelle la responsabilité d'un professionnel à l'égard de consommateurs peut être judiciairement constatée ; qu'elles ne modifient pas les règles de fond qui définissent les conditions de cette responsabilité ; que, par suite, l'application immédiate de ces dispositions ne leur confère pas un caractère rétroactif (...)"

Mais l'application immédiate n'aurait-elle pas justifié qu'on puisse appliquer l'action de groupe aux manquements antérieurs non prescrits constatés par une décision d'ANC définitive avant le 18 mars 2014 ? Cette conception, très défavorable aux victimes du droit transitoire, va différer les premières actions de groupe en droit de la concurrence¹⁷⁸.

198. Finalement, l'action de groupe à la française est-elle prometteuse ou limitée ? À la question posée, il faut répondre : oui l'action de groupe à la française est une action prometteuse ! Mais oui également elle est encore trop limitée ! En particulier, le risque viendra sans doute de la longueur des délais pour obtenir indemnisation. Si ceux-ci sont trop longs, bien des victimes s'épuiseront en chemin... ■

176 CJUE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P.

177 V., sur le rôle particulier qui peut être attribué aux actions privées autonomes : R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014, préface M. Behar-Touchais ; avant-propos G. Canivet

178 S'agissant des affaires en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi, certaines restent susceptibles de susciter une action de groupe : v. notamment *Endives* (12-D-08) (mais la décision de l'Autorité a été réformée par la cour d'appel de Paris le 15 mai 2014), *Farines alimentaires* (12-D-09), *Téléphonie mobile* (12-D-24), *Lessives* (11-D-17), *Gadgets* (11-D-19), *Communications électroniques DOM* (09-D-36), *Parfumerie de luxe* (06-D-04) (arrêt du 11 juin 2013 de la Cour de cassation : rejet – cassation partielle – renvoi partiel devant la cour d'appel de Paris [pour une entreprise]).

Muriel CHAGNY
mc@murielchagny.fr

Directrice, master Contrats Concurrence et laboratoire DANTE, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines,
Rapporteur général,
Ligue internationale de droit de la concurrence,
Lausanne

La réparation des dommages concurrentiels en progrès

QUELLE(S) RÉFORME(S) ET ADAPTATION(S) DU DROIT FRANÇAIS ? APPROCHE CRITIQUE ET PROSPECTIVE*

Abstract

La directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne imposera, dans les deux ans de son entrée en vigueur, des mesures de transposition emportant des changements procéduraux et substantiels du droit français. Elle pourrait, en outre, conduire à une évolution du droit français au-delà de ce qu'elle prévoit.

The Directive on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union will request, two years after the date of its entry into force at the latest, transposition measures implying procedural and substantive changes in French law. It could also lead to an evolution of French law beyond its content.

* Cette communication a été prononcée lors du colloque "La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir", qui a été organisé, le 13 mai 2014, à la Maison de l'Europe, par le laboratoire DANTE, dans le cadre du projet de recherche "Regards juridiques et économiques sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels", mené avec le soutien financier de la mission de recherche Droit et Justice et placé sous la responsabilité scientifique de Muriel Chagny. Le style oral a été partiellement conservé. Dans cette logique, le choix a été fait de ne mentionner qu'un nombre relativement limité de références en renvoyant, pour le surplus, à des précédents écrits sur lesquels s'appuie la présente contribution. V., en tout premier lieu, M. Chagny, La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, D. 2013, p. 2532, qui visait déjà à envisager l'impact de l'intervention européenne sur le droit français, mais ceci à partir de la proposition et non du texte final de la directive. Adde, pour des contributions générales, Il private enforcement in Francia è allineato alla posizione UE ? in I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law, CEDAM, Milan, 2012, p. 235 ; M. Chagny, Quelle(s) mutation(s) dans la réparation des dommages concurrentiels, RLC 2010, n° 22, p. 88 ; La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, RLC, août-octobre 2005, n° 4, p. 186 et s. V. également, sur des thématiques plus ciblées, M. Chagny, L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, D. 2013, p. 851 ; M. Chagny, Imputability issues in the collection of damages, in Antitrust damages in EU Law and policy, 7th annual conference of the Global Competition Law Centre, Collège d'Europe, Bruxelles, 7-8 novembre 2013, à paraître.

199. L'année 2014 serait-elle celle du retournement, d'une sorte de revirement juridique ? Il est permis de le penser dès lors que les Arlésiennes les plus fameuses deviennent enfin réalité, au point d'accréditer l'idée d'un "Printemps des réformes"¹⁷⁹.

Après l'introduction de l'action de groupe à la française par la porte de la consommation¹⁸⁰, le 17 mars, le Parlement européen a, à son tour, voté, le 17 avril, sur la base d'un compromis, le texte de la directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, texte qui deviendra définitif lorsque le Conseil l'aura également adopté¹⁸¹.

En présence de représentants de la Chancellerie au cours de cette journée, il est encore possible de se demander si la voie sera ouverte, dans un avenir proche, à une réforme par ordonnance du droit des contrats.

200. Quoi qu'il en soit et pour en revenir au droit de la concurrence, l'encre de la loi Hamon¹⁸² est à peine sèche qu'il va falloir assez vite remettre l'ouvrage sur le métier. "Méthode législative à double détente"¹⁸³, la directive imposera, dans les deux ans de son entrée en vigueur¹⁸⁴, l'adoption des mesures nécessaires à la mise en conformité du droit français.

Si cet instrument laisse en principe davantage de marge de manœuvre aux États membres et évite toute intervention superflète lorsque les dispositions nationales sont déjà conformes aux mesures proposées¹⁸⁵, il peut aussi s'avérer périlleux et les exposer à des recours en manquement à raison de la tardiveté ou des erreurs de mise en conformité.

Cela est particulièrement vrai lorsque le choix est fait, comme en l'espèce, de panacher, au sein du même texte, des dispositions d'intensité normative variable qui imposent, selon les cas, une "obligation de stricte conformité" ou, en présence d'une

179 V., à ce propos, l'édition de la revue AJCA, n° 2, mai 2014.

180 Cette question, faisant l'objet d'une contribution spécifique (M. Behar-Touchais, L'action de groupe à la française, voie prometteuse ou (trop) limitée ? *Concurrences* n° 3-2014), n'est pas abordée dans la présente contribution. V., sur cette question, M. Chagny, Class actions in France: much ado about nothing ?, IV Trento Biennial Congress, Antitrust and Enforcement in Italy and the European Union, 18-19 avril 2013, en cours de publication ; M. Chagny et V. Pironon, Les recours collectifs en droit du marché, in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 205 et s.

181 V. P7_TA-PROV(2014)0451. Ce texte est disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. Les articles de cette directive seront cités ci-après sans autre précision. Comp. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM (2013) 404 final.

182 L. n° 2014-344 du 17 mars 2014.

183 Selon l'expression de D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, n° 215.

184 Art. 21 D.

185 Pt 3.4 de l'exposé des motifs accompagnant la proposition initiale de directive.

marge d'appréciation, une "obligation de compatibilité"¹⁸⁶ et alors que, de surcroît, ce texte se prête parfois à des interprétations sources d'incertitudes.

Il faut donc scruter avec attention la directive, forte de vingt-quatre articles et cinquante et un considérants, en vue non seulement d'éviter une transposition incorrecte exposant la France à un recours en manquement, mais aussi d'identifier les options de politique juridique offertes dans un domaine où l'inadaptation du droit français a maintes fois été dénoncée¹⁸⁷.

201. Laissant de côté certaines des interrogations soulevées par la transposition¹⁸⁸, l'attention est portée pour l'essentiel sur les exigences substantielles, c'est-à-dire sur les réformes et adaptations à apporter au droit français quant aux textes et à leur mise en œuvre. L'approche adoptée à cette occasion sera résolument prospective et critique, questionnant la valeur des solutions, avec en perspective, d'un côté, la tradition juridique française et, de l'autre, l'attractivité du droit français face à la véritable compétition existant en la matière entre les systèmes juridiques¹⁸⁹.

Chemin faisant, on s'interrogera aussi sur les réceptacles concevables de la transposition : dans le seul code de commerce ou au-delà ? L'interrogation est d'autant plus de mise que la réflexion se situe au carrefour des droits : droit de la concurrence bien sûr, mais aussi responsabilité et procédure civile, mais encore, ne l'oublions pas, responsabilité et procédure administrative¹⁹⁰, même si ce dernier aspect ne sera pas abordé dans une contribution résolument privatiste.

À vrai dire, le lieu de la transposition est dans l'étroite dépendance du contenu même des réformes et adaptations à effectuer ainsi que du périmètre à leur conférer. L'approche critique et prospective invite effectivement à s'intéresser, non seulement à ce que la directive impose explicitement, mais également à anticiper les effets d'influence et d'impulsion qu'elle peut exercer sur le droit français en donnant lieu à des réformes et adaptations plus amples.

Cette entreprise exploratoire, autorisant celui qui s'y livre à se rêver¹⁹¹, le temps d'une conférence, législateur et/ou juge, conduit par conséquent à envisager la transposition obligatoire de la directive en droit français (I.), puis l'évolution possible du droit français par-delà la directive (II.).

I. La transposition obligatoire de la directive en droit français

202. Pour prendre la mesure des obligations de transposition, il convient d'évoquer successivement les deux voies empruntées par la directive à l'effet de favoriser l'exercice des actions en réparation et de faciliter l'obtention de dommages et intérêts : l'examen des réformes et adaptations nécessaires sur le plan procédural (1.) doit par conséquent être suivi de l'étude des changements à apporter, d'un point de vue substantiel, en droit de la responsabilité civile (2.).

1. Des actions en réparation favorisées par les réformes et adaptations procédurales

203. Sur le plan procédural, si on laisse de côté les mesures destinées à permettre une meilleure articulation des actions engagées, parallèlement ou antérieurement, par des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution¹⁹², la directive s'attache, pour l'essentiel, tout d'abord, à éviter la survenance d'un obstacle radical interdisant tout exercice d'une action sous la forme de la prescription, peut-être au risque d'un allongement excessif du délai pour agir (1.1.). Elle vise, ensuite, à atténuer certaines difficultés susceptibles de dissuader les victimes d'agir en réparation et se focalise à cette fin très largement¹⁹³ sur l'accès aux preuves : pourtant, l'élargissement du droit à la preuve apparaît à géométrie variable (1.2.).

1.1. Vers un allongement (excessif) du délai pour agir ?

204. L'entreprise de transposition de la directive ne pourra faire l'économie de mesures relatives à la prescription.

Tandis que la durée de "cinq ans au minimum"¹⁹⁴ ne soulève aucune difficulté au regard des règles françaises, la volonté de retarder le point de départ du délai, dans plusieurs cas de figure, nécessitera, au contraire, de modifier le droit positif, soit en amendant certaines dispositions du code civil, soit en introduisant des textes spécifiques dans le code de commerce.

¹⁸⁶ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, op.cit., loc. cit.

¹⁸⁷ V. par ex. C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 974.

¹⁸⁸ Se pose notamment la question de savoir quels instruments (législation, décrets et/ou ordonnance) utiliser.

¹⁸⁹ V. la table-ronde consacrée à La réparation des dommages concurrentiels dans les systèmes juridiques étrangers et L. Idot, Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? *Concurrences* n° 3-2014.

¹⁹⁰ V. les considérants 11 et 3 de la directive rappelant respectivement le droit à réparation au bénéfice de toute personne, y compris les autorités publiques, et à l'encontre de tout auteur d'une infraction, en ce compris des entreprises publiques ou des entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 106 du TFUE.

¹⁹¹ Des remerciements doivent être adressés à M^e J.-L. Fourgoux qui, lors du colloque, a bien voulu apporter son éclairage pratique sur certaines des difficultés liées à la transposition de la directive.

¹⁹² V. les articles 12, § 2, et 15 1) de la directive. *Adde* considérant 39 : "Les juridictions nationales devraient avoir à leur disposition des moyens procéduraux appropriés, tels que la jonction des demandes, afin de garantir que l'indemnisation de la perte subie versée à un niveau de la chaîne de distribution n'exécède pas le préjudice du surcoût causé à ce niveau. Ces moyens devraient être disponibles également dans les affaires transfrontières."

¹⁹³ Au regard des autres freins à l'exercice de l'action en justice (coût et durée de la procédure), il convient de relever que la directive s'efforce également de favoriser, dans la lignée du livre blanc (Livre blanc préc., pt 2.8.), la résolution consensuelle des litiges (*infra* n° 8 et 33). En revanche, elle n'intervient pas, comme cela avait pu être envisagé dans le livre blanc, sur les frais de procédure, à l'effet de les plafonner ou d'en permettre une répartition dérogatoire, mesure qui avait suscité l'opposition des parlementaires européens (Parlement européen, Résolution du 26 mars 2009, [2008/2154 (INI)], pt 20).

¹⁹⁴ Art. 10, § 3. Rapp. Parlement européen, Résolution préc., pt 19, se prononçant en faveur d'un délai de prescription de cinq ans pour les cas où aucune action publique ou privée n'a été engagée.

205. Si la règle générale, énoncée par la directive en son article 10, § 2¹⁹⁵, apparaît en harmonie avec l'article 2224 du code civil¹⁹⁶, dont sa rédaction est assez proche, elle n'en requiert pas moins l'adoption d'une disposition spécifique, qu'il s'agisse de reprendre fidèlement les éléments précis dont la connaissance réelle ou raisonnable est cumulativement exigée pour faire courir le délai¹⁹⁷ ou bien de décaler le point de départ à la fin de l'infraction¹⁹⁸.

206. Il conviendra également d'intégrer dans le droit français les mesures plus ciblées prévues par la directive.

L'intérêt porté aux modes de résolution consensuelle des litiges et le souci corrélatif d'éviter qu'en cas d'échec, l'action en justice soit prescrite¹⁹⁹, semblent faire écho à la suspension de la prescription prévue par l'article 2238 du code civil²⁰⁰. Une adjonction à cette disposition est pourtant indispensable afin d'étendre son domaine d'application, actuellement circonscrit aux médiations, conciliations et conventions de procédure participative, à n'importe quelle "procédure de résolution consensuelle du litige"²⁰¹.

207. En dépit des contestations dont cette mesure a fait l'objet²⁰², la version finale de la directive a maintenu la règle destinée à éviter le jeu de la prescription dans le cas des actions consécutives exercées après une procédure engagée dans la sphère publique ; cependant, elle laisse dorénavant aux États membres le choix entre un cas particulier de suspension ou d'interruption²⁰³.

195 Le délai "ne commence pas à courir avant que l'infraction ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance" d'un certain nombre d'éléments.

196 Selon ce texte, le point de départ se situe au jour où "le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer".

197 Il s'agit "a) du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence ; b) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice ; et c) de l'identité de l'entreprise contrevenante".

198 Comp. l'art. 10, § 3, prop. Dir., selon lequel le délai ne commence pas à courir "avant la date à laquelle une infraction continue ou répétée prend fin".

199 Art. 18, § 1, prévoyant la suspension du délai de prescription "pendant la durée de la procédure de résolution consensuelle du litige", ceci "à l'égard des parties qui participent ou ont participé à ladite procédure ou y ont été représentées". S'y ajoute la possibilité offerte, "sans préjudice des dispositions du droit national en matière d'arbitrage", aux juridictions de suspendre la procédure pendant une durée ne dépassant pas deux ans (art. 18, § 2 et § 3).

200 "La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois."

201 Comp. art. 2238 C. civ. et art. 18, § 1, ce dernier ne comportant aucune précision ni restriction. Adde la définition énoncée à l'art. 4 – 21) : "tout mécanisme permettant aux parties de parvenir à un règlement extrajudiciaire d'un litige relatif à la réparation d'un préjudice".

202 Pour des critiques formulées à la suite du livre blanc, v. S. Amrani-Mekki, Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : le point de vue d'un processualiste, Concurrences n° 4-2008, n° 32 à 34. Rapp. L.-B. Krepper, Réactions de la CCIP sur la proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles, 25 juin 2009, spéc. IX.

203 Art. 10, § 4. Comp. Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, prévoyant l'ouverture d'un nouveau délai de prescription de deux ans minimum commençant à courir le jour où la décision constatant l'infraction est devenue définitive.

Il ne fait aucun doute que, là encore, l'adoption d'un texte s'impose ; encore faut-il déterminer laquelle des deux options privilégier. Si le mécanisme de l'interruption, récemment retenu par le législateur français dans le cas des actions de groupe²⁰⁴, présenterait l'avantage d'un régime unitaire plus cohérent, l'allongement du délai d'action moindre dans le cas de la suspension²⁰⁵ pourrait conduire à préférer cette dernière solution²⁰⁶.

208. Demeure une question : comment transposer, s'agissant de la clémence civile instituée par la directive²⁰⁷, l'exigence d'un délai de prescription "raisonnable et suffisant pour permettre aux parties lésées", auxquelles interdiction sera faite en principe de rechercher la responsabilité civile du bénéficiaire de l'immunité, d'agir à l'encontre "des autres entreprises impliquées dans la même infraction"²⁰⁸ ?

Au regard de ce cas particulier, mais aussi plus généralement de la volonté d'allonger le délai d'action, il est permis de s'interroger sur la conformité²⁰⁹ du délai butoir de vingt ans, courant à compter du jour de la naissance du droit²¹⁰. Ne faudrait-il pas aménager une nouvelle exception à cette règle de droit commun dans le cas des actions en dommages et intérêts exercées en cas de pratiques anticoncurrentielles²¹¹ ?

1.2. Vers un élargissement à géométrie variable du droit à la preuve

209. Sur la question ô combien cruciale de l'accès aux preuves, la directive aménage, à côté d'un régime général de divulgation, un dispositif propre aux dossiers des autorités de concurrence.

Au moment de transposer ces mesures, il faudra garder à l'esprit qu'en dehors de certaines exceptions, elles instituent seulement un niveau minimal de divulgation, autorisant la conservation comme l'adoption de dispositions plus favorables à l'accès aux preuves²¹² et laissant corrélativement subsister le *forum shopping*.

204 Art. L. 462-7 al. 4 C. com. issu de la loi du 17 mars 2014 : "L'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive."

205 Pour les effets respectivement attachés à la suspension et à la prescription, v. art. 2230 et 2231 C. civ.

206 La mise en œuvre de cette dernière solution pourrait donner lieu, soit à l'adjonction d'une disposition supplémentaire aux textes actuels aménageant une suspension (art. 2239 bis ou art. 2239 – II C. civ.), soit à l'introduction d'une règle dans le code de commerce.

207 *Infra* n° 33.

208 Art. 11, § 3 *in fine*.

209 Si l'un des considérants de la directive dans sa version finale indique que "les États membres devraient être en mesure de maintenir ou d'introduire des délais de prescription absolus applicables en général", cela ne vaut que "pour autant que la durée de ces délais de prescription ne rende pas pratiquement impossible, ou excessivement difficile, l'exercice du droit à réparation intégrale".

210 Art. 2232 C. civ.

211 Il est possible de compléter à cet effet l'alinéa 2, qui énonce différents cas dans lesquels le délai butoir n'est pas applicable.

212 Art. 5, § 8. Le texte en exclut les paragraphes 4 et 5 bis ainsi que l'article 6. *Infra* n° 14 et n° 17 et s.

210. S'agissant du régime général, le pouvoir d'injonction octroyé aux juridictions nationales habilitées à ordonner, non seulement aux parties à la procédure, mais aussi à des tiers, de produire des preuves²¹³, à la requête du demandeur comme du défendeur, n'est pas sans évoquer celui conféré par le code de procédure civile²¹⁴.

Si les garde-fous prévus par la directive confèrent, à l'instar du droit français, un rôle central au juge, ils encadrent davantage sa mission de contrôle. Cela est sans doute d'autant plus opportun que la production forcée peut porter, non seulement sur des éléments de preuve, mais encore sur des catégories de preuves : même si celles-ci doivent être "*circonsrites de manière aussi précise et étroite que possible*"²¹⁵, on est enclin à y voir un changement significatif apporté au droit français de la preuve²¹⁶.

211. En tout état de cause, outre une vérification de "*la plausibilité de la demande de dommages et intérêts*", destinée à éviter les actions téméraires²¹⁷, la production forcée est assujettie, de façon générale, à un contrôle de la pertinence des preuves sollicitées par le demandeur à la divulgation.

Malgré l'absence de dispositions légales françaises similaires, les juridictions n'en vérifient pas moins que les éléments de preuve sollicités sont suffisamment spécifiés – de façon à pouvoir les identifier et en apprécier l'intérêt – et s'assurent également que leur production serait utile²¹⁸.

Le contrôle de proportionnalité à exercer à partir des "*intérêts légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés*", en s'appuyant "*en particulier*" sur différentes considérations²¹⁹, ne trouve quant à lui qu'un écho imparfait dans l'article 147 du code de procédure civile. Pourtant, et quoique la règle française apparaisse moins exigeante²²⁰, une transposition littérale ne semble pas s'imposer, compte tenu de la possibilité de maintenir un régime plus favorable à la divulgation.

212. Il en va tout autrement des mesures relatives à la protection des informations confidentielles²²¹ : celles-ci, exclues de la faculté laissée aux États membres de disposer de

règles conduisant à une divulgation plus large²²², nécessiteront à coup sûr l'introduction de dispositions nouvelles.

S'il est actuellement possible, en droit français, d'échapper à la production forcée en faisant valoir le secret des affaires à titre d'"*empêchement légitime*" dans le cas d'un tiers²²³, ou de "*motif légitime*", pour une partie au procès²²⁴, il reste que cela n'est pas systématique²²⁵.

Cela ne suffira donc pas à constituer les "*mesures efficaces de protection*" requises par la directive, laquelle envisage toute une "*série de moyens*" allant entre autres des "*modifications aux passages sensibles dans les documents*" aux "*audiences à huis clos*", en passant notamment par la limitation du "*cercle des personnes autorisées à prendre connaissance*"²²⁶. Aussi conviendra-t-il, dans le travail de transposition, de retranscrire fidèlement la directive, ce qui n'interdit pas pour autant de s'inspirer des pratiques déjà développées devant les juridictions judiciaires²²⁷.

213. Faudra-t-il également modifier les règles françaises afin de permettre, comme la directive l'exige, aux "*destinataires d'une injonction de divulgation (...) d'être entendus avant qu'une juridiction nationale n'ordonne la divulgation d'informations*"²²⁸ ? À l'heure actuelle, une demande de rétraction peut être formée, mais seulement après la décision du juge "*exécutoire de droit à titre provisoire*"²²⁹ et exclusivement par les tiers²³⁰. Cela étant, on pourrait considérer que ces dispositions étant plus favorables à la divulgation pourraient être conservées.

214. La directive emportera aussi et peut-être surtout des changements assez significatifs sur le terrain des sanctions. Non seulement les comportements sanctionnés, selon l'article 8, sont bien plus variés qu'en droit français, allant bien au-delà du seul refus de se conformer à une injonction²³¹, mais en outre, la palette des sanctions "*effectives, proportionnées et dissuasives*" apparaît plus large²³². Si le droit français n'est pas dépourvu de sanctions²³³, il conviendrait néanmoins d'étendre celles-ci aux différentes hypothèses visées par la directive et la possibilité déjà reconnue au juge de "*tirer toute*

213 Notons que la directive ne se contente pas de viser, comme l'art. 11, al. 2, CPC, "*tous documents*" et concerne "*tous les autres éléments contenant des informations quel qu'en soit le support*" (art. 4, pt 13).

214 Art. 11, al. 2, CPC, et art. 138 à 142 CPC.

215 Art. 5, § 2, et considérant 15.

216 Rapp. les propos de F. Jenny, in La réparation des dommages concurrentiels dans les systèmes juridiques étrangers, *Concurrences* n° 3-2014, et ceux de J.-L. Fourgoux, in *Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective* (non publié).

217 Art. 5, § 1.

218 Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008, n° 06-16278, *Bull. civ. I*, n° 259 ; Cass. com., 12 mars 1979, n° 77-13595, *Bull. IV*, n° 97 ; CA Aix-en-Provence, 21 nov. 1995, *JCP G* 1996, II, 22597, obs. J.-J. Daigre.

219 Art. 5, § 3.

220 L'article 147 CPC invite le juge à "*limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux*". Les éléments d'appréciation énoncés ne correspondent pas exactement à ceux mentionnés par la directive. En outre, ce texte concerne pour le moment les mesures d'instruction.

221 Art. 5, § 5.

222 Art. 5, § 8, réservant le cas du paragraphe 5. Assez étonnamment, rien de tel n'a été prévu pour la disposition destinée à préserver le "*secret professionnel*" (art. 5, § 6) que le Parlement avait appelé de ses vœux (Résolution préc., pt 13).

223 Art. 11, al. 2, CPC.

224 Art. 10 C. civ. (dans le silence gardé par les dispositions du code de procédure civile).

225 L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF Thémis, 2^e éd., 2013, n° 263, pp. 877-879.

226 Considérant 17.

227 V. à ce propos les interventions de F. Gentin, Propos introductifs, *Concurrences* n° 3-2004, et de J.-L. Fourgoux (non publié).

228 Art. 5, § 7.

229 Art. 140 CPC.

230 Art. 141 CPC.

231 V. l'énumération de l'art. 8, § 1, envisageant les cas "*a) d'omission ou de refus de se conformer à une injonction de divulgation d'une juridiction nationale ; b) de destruction de preuves pertinentes ; c) d'omission ou de refus de se conformer aux obligations imposées par une injonction d'une juridiction nationale protégeant des informations confidentielles ; ou d) de non-respect des limites fixées dans le présent chapitre pour l'utilisation des preuves*".

232 Art. 8, § 2.

233 L'art. 11, al. 2, CPC prévoit la faculté d'assortir l'injonction d'une astreinte ultérieurement liquidée à titre de sanction, en cas de défaut d'exécution. *Adde* art. 139 CPC, pour les tiers, et auquel renvoie l'art. 142 CPC, dans le cas d'une partie. V. aussi art. 10 C. civ., qui évoque, outre l'astreinte ou l'amende civile, les dommages et intérêts.

conséquence” dans le seul cas de résistance à une mesure d’instruction aux différentes hypothèses appréhendées dans le texte européen²³⁴.

215. À côté du régime général de divulgation, la directive comporte des dispositions spécifiques aux dossiers des autorités de concurrence, auxquelles échappent, précise-t-elle, les documents internes des autorités de concurrence et la correspondance entre ces autorités²³⁵.

Au vu des mesures prévues, et même si la dernière mouture de la directive traduit un rapprochement avec le droit français, on ne pourra pas faire l’économie d’une réécriture de l’article L. 462-3 du code de commerce, dans sa partie relative à la production des pièces par l’Autorité de la concurrence. Devront également être introduites des dispositions relatives à la production forcée des pièces du dossier par une partie ou par un tiers autre que l’Autorité.

216. Au lieu de couvrir “l’ensemble des pièces élaborées ou recueillies” au titre de la procédure de clémence, l’exclusion de toute communication judiciaire devra s’appliquer uniquement aux “déclarations des entreprises effectuées en vue d’obtenir la clémence”²³⁶. En sens inverse, elle devra être étendue aux “propositions de transaction”²³⁷ ou assimilées, autrement dit, en droit français, aux renoncements à contester les griefs²³⁸.

Il faudra l’accompagner d’un dispositif de contrôle judiciaire dont on comprend d’autant mieux l’esprit (réduire au strict minimum les exclusions absolues²³⁹ et s’assurer de leur bien-fondé²⁴⁰) que l’on est hostile à l’érection d’exclusions absolues à contre-courant de la jurisprudence de la Cour de justice²⁴¹. Il conviendrait cependant de prévoir que l’examen soit effectué par un juge n’étant pas appelé à connaître du dossier sur le fond, ceci afin d’éviter tout risque de conservation en mémoire du contenu d’une pièce dont il n’aurait pas dû avoir connaissance.

217. En dehors de ces deux cas d’exclusion radicale, la directive limite l’accès aux informations établies, “soit par une personne physique ou morale expressément aux fins d’une procédure engagée par une autorité de concurrence, soit par les autorités de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure, ainsi qu’aux propositions de transaction retirées”²⁴², mais uniquement à titre temporaire : le droit d’accès à ces pièces renaît lorsque l’autorité de concurrence a clos sa procédure²⁴³.

²³⁴ L’art. 11, al. 1, CPC concerne les mesures d’instruction. Dès lors, cette sanction n’est pas applicable à la production forcée des pièces : L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^e éd. 2013, n° 572, p. 457.

²³⁵ Art. 6, § 3, et considérant 18.

²³⁶ Comp. art. 6, § 6 a), et art. L. 463-2 C. com. V. aussi considérant 24.

²³⁷ Art. 6, § 6 b).

²³⁸ Art. 4, pt 18.

²³⁹ Art. 6, § 8.

²⁴⁰ Art. 6, § 7.

²⁴¹ CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer*, aff. C-360/09, et 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11, *Rev. Jur. Com.* 2013, p. 338, chr. M. Chagny, prônant une approche “au cas par cas” abandonnée par la directive.

²⁴² Art. 6, § 5. Il peut s’agir, par exemple, dans le premier cas, d’une réponse à une demande d’informations de l’autorité de concurrence ou des déclarations de témoins et, dans le second cas, d’une communication des griefs (considérant 23).

²⁴³ Art. 6, § 5. Le considérant 23 mentionne “par exemple une décision au titre de l’article 5 du règlement (CE) n° 12003 ou du chapitre III de ce même règlement, à l’exception de décisions sur des mesures provisoires”.

La directive précise par ailleurs, que la divulgation des autres éléments de preuve provenant du dossier d’une autorité de concurrence “peut être ordonnée à tout moment”²⁴⁴.

Ces possibilités de communication judiciaire doivent être concrétisées dans une disposition nouvelle. Celle-ci devra, tout à la fois, reprendre les critères spécifiques posés à l’attention des juridictions²⁴⁵ appelées à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité et mentionner la faculté offerte à l’autorité de la concurrence de “donner son avis sur la proportionnalité”, “de sa propre initiative”²⁴⁶.

218. En consacrant le caractère subsidiaire d’une divulgation par l’autorité de concurrence, qui a lieu d’être uniquement “lorsqu’une partie ou un tiers n’est pas en mesure ou ne peut raisonnablement pas fournir les preuves demandées”²⁴⁷, la directive se rapproche indéniablement de la solution française. L’article L. 462-3 du code de commerce n’en devra pas moins être modifié dès lors qu’il réserve, pour sa part, la communication aux “pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d’une partie à l’instance” et que sa rédaction peut sembler conférer à l’Autorité de la concurrence une faculté, dont celle-ci pourrait user à sa discrétion, plutôt qu’une obligation²⁴⁸.

À vrai dire, cette question doit être envisagée conjointement à celle des limites à l’utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l’accès au dossier dont la directive se préoccupe également.

219. La réécriture de l’article L. 463-6 du code de commerce relatif au secret de l’instruction apparaît nécessaire au regard des prévisions de la directive en la matière. Les restrictions à l’utilisation des preuves issues du dossier des autorités de concurrence prévues à l’article 7 font directement écho à celles instituées pour la production forcée des éléments du dossier : elles sont donc, selon les cas, définitives ou simplement temporaires ; en outre, elles s’appliquent aux seules pièces faisant l’objet d’une exclusion.

Au contraire, le texte français pose une interdiction générale et sans limitation de durée²⁴⁹. Quant au tempérament apporté par la jurisprudence *Semavem*, il repose non pas sur le type de pièces, mais sur l’exercice des droits de la défense²⁵⁰.

De plus, il n’est pas certain que les sanctions pénales fulminées en droit français permettent “d’assurer le plein effet des restrictions à l’utilisation des preuves” à l’instar d’une irrecevabilité, ainsi que l’exige la directive²⁵¹.

²⁴⁴ Art. 6, § 9.

²⁴⁵ Art. 6, § 4.

²⁴⁶ Art. 6, § 11. Considérant 27 : “Les États membres devraient pouvoir créer un système prévoyant qu’une autorité de concurrence soit informée des demandes de divulgation d’informations lorsque la personne qui introduit une telle demande ou à qui une telle demande est adressée est concernée par l’enquête de l’autorité de concurrence portant sur l’infraction présumée, sans préjudice des dispositions nationales régissant les actions ‘ex parte’.”

²⁴⁷ Art. 6, § 10.

²⁴⁸ Art. L. 462-3, al. 2, C. com. : “L’Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu’elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées (...)”

²⁴⁹ L’art. L. 463-6 C. com. prohibe “la divulgation par l’une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n’a pu avoir connaissance qu’à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé”.

²⁵⁰ Cass. com., 19 janvier 2010, n° 08-19.761, *Bull. civ.* IV, n° 8.

²⁵¹ Art. 7, § 1 et 2.

Il faudra enfin intégrer dans la disposition réaménagée les précisions apportées par la directive quant aux personnes auxquelles le droit d'utiliser ces preuves est réservé²⁵².

220. Si le législateur français sera à coup sûr amené à remettre son ouvrage sur le métier en ce qui concerne les aspects procéduraires, le droit de la responsabilité civile n'est pas non plus être épargné par les dispositions de la directive visant principalement, mais pas uniquement, à faciliter l'indemnisation des victimes.

2. L'obtention de dommages et intérêts facilitée par les réformes et adaptations de la responsabilité civile

221. Le mécanisme des présomptions, très sollicité par la directive, s'il permettra d'alléger le fardeau probatoire de la victime de pratiques anticoncurrentielles²⁵³ dans un domaine où la preuve est complexe et coûteuse, nécessitera d'introduire de nouvelles dispositions dans le code de commerce (2.1.). On peut cependant regretter que certaines des mesures à transposer en ce qui concerne le résultat de l'action en réparation marquent un recul du droit à indemnisation des victimes (2.2.).

2.1. L'allègement du fardeau probatoire de la victime

222. La directive s'attache, pour commencer, à faciliter la démonstration du fait générateur de responsabilité, dans le cas des actions consécutives. À cette fin, elle confère aux décisions définitives²⁵⁴ constatant une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles une valeur probatoire différenciée selon que la procédure de concurrence s'est ou non déroulée dans le même État membre que celui devant lequel l'action en dommages et intérêts est engagée.

223. Lorsque les deux procédures prennent place dans le même État membre, elle édicte une présomption irréfutable : la violation du droit de la concurrence est "*considérée comme irréfutablement établie*"²⁵⁵. Même si *de facto* le bouleversement est moindre qu'il n'y paraît²⁵⁶, cette mesure, en permettant l'établissement de la faute au sens de l'article 1382 du code civil²⁵⁷, contribuera à améliorer la situation des victimes,

252 Art. 7, § 3 : cela concerne la personne ayant obtenu les éléments grâce à l'accès au dossier, ainsi que "*son successeur légal*", en ce compris "*la personne qui a racheté sa demande*". Le considérant 28 précise que l'utilisation des preuves est également permise aux "*autres entités juridiques appartenant à la même entreprise*".

253 Art. 2 règlement (CE) n° 1/2003 et art. 9 CPC.

254 Cette qualification s'applique aux décisions ne pouvant pas ou plus faire l'objet d'un recours par les voies ordinaires : v. art. 4 12.

255 Art. 9, § 1.

256 Si, sur le plan pratique, la différence ne devrait pas être si importante que cela dans la mesure où les juridictions accordent dans les faits une autorité morale réelle qui facilite souvent la tâche probatoire de la victime : v. T. com. Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *SAS Numéricable et a. c/ France Telecom Orange*, RG 2009073089, CCE 2011, comm. 76, obs. M. Chagny.

257 Rapp. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 juin 2013, n° 12-0441 : "(...) *les infractions à la législation communautaire constituent des fautes civiles selon le droit français*".

notamment en facilitant l'octroi de provisions²⁵⁸. Si la formulation utilisée cantonne la portée de l'effet liant à la seule faute, contrairement à la rédaction retenue par la proposition initiale de directive²⁵⁹, elle n'en laisse pas moins subsister certaines difficultés²⁶⁰ que le législateur français pourrait envisager au moment de transposer la directive à cet égard.

224. Dans le cas où la procédure de concurrence a eu lieu dans un autre État membre, la directive, cédant en fin de compte face aux fortes critiques et oppositions²⁶¹, se contente de prévoir que la décision définitive vaut "*au moins en tant que commencement de preuve du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise*"²⁶², laissant ainsi un choix aux législateurs nationaux.

Que fera le législateur français au moment d'introduire un nouveau texte dans le code de commerce ? Décidera-t-il, comme il l'a fait pour l'action de groupe²⁶³, de reconnaître une force probante identique aux décisions des autorités de concurrence, quel que soit l'État dans lequel elles ont été rendues ? Les difficultés pratiques de traduction, mais aussi les incertitudes d'ordre conceptuel²⁶⁴, l'inciteront-il, au contraire, à la prudence, au moins dans un premier temps ?

225. De façon plus ciblée, la directive allège encore la tâche probatoire des victimes, mais dans des hypothèses plus circonstanciées tenant soit au type d'infraction commise, soit au cas particulier de la répercussion des dommages le long de la chaîne économique.

D'un côté, elle édicte, uniquement pour les cartels²⁶⁵, une présomption simple selon laquelle une telle "*infraction a causé un préjudice*"²⁶⁶. Le juriste français songe immédiatement aux

258 F. Dupuis-Toubol, La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspectives, in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger*, colloque Cour de cassation, 17 octobre 2005 (disponible en ligne).

259 Cette rédaction était directement inspirée de l'art. 16, § 2 du règlement (CE) n° 1/2003 et prévoyait que les juridictions nationales "*ne [peuvent/ pas rendre de décision allant à l'encontre de [la] constatation d'infraction]*".

260 L'indication selon laquelle "*l'effet de la constatation ne devrait toutefois porter que sur la nature de l'infraction ainsi que sur sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale telle qu'elle a été relevée par l'autorité de concurrence ou l'instance de recours dans l'exercice de sa compétence*" (considérant 31) ne suffit pas à résoudre toutes les interrogations quant à la portée de l'effet liant. Pour un recensement de l'ensemble des difficultés, mais sous l'empire de l'ancienne rédaction, v. M. Chagny, Imputability issues in the collection of damages, préc.

261 V. l'opposition du Parlement européen, résolution préc., pt 14. V. aussi E. Claudel, Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité, *Concurrences* n° 2-2009, n° 20 et s. Comp. E. Morgan de Rivery, Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur État et à l'étranger ? in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles*, *Concurrences* n° 2-2007, p. 35. D'autres objections tiennent au principe même, en ce qu'une telle mesure prive les juridictions de leur liberté de juger et le défendeur de la possibilité de mieux défendre sa cause : rapp. R. St-Esteben, L'action au civil et les droits de la défense, in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger*, préc.

262 Art. 9 § 2.

263 Art. L. 423-17 C. cons.

264 *Supra* n° 25 et note 82.

265 Par son domaine ainsi circonscrit, la mesure n'est pas sans rappeler la règle hongroise édictant une présomption simple selon laquelle un cartel augmente les prix de 10 %. Cependant, il est expressément précisé au considérant 42 que "*cette présomption ne devrait pas porter sur le montant réel du préjudice*". Ainsi évoque-t-elle davantage la jurisprudence allemande ou encore française : cf. notes 89 et 90.

266 Art. 17, § 2.

procédés développés, en matière de concurrence déloyale, par la Cour de cassation, sauf à observer que, contrairement à la solution retenue par la directive, la jurisprudence paraît exclure toute possibilité de rapporter la preuve contraire²⁶⁷. Bien que ce raisonnement ait récemment semblé faire école en droit des pratiques anticoncurrentielles²⁶⁸, ce courant jurisprudentiel n'a pas reçu à ce jour l'ontion de la Cour de cassation et demeure sporadique. Aussi ne pourra-t-on s'en satisfaire au moment de transposer la directive²⁶⁹.

226. C'est avec force détails que la directive traite de la répercussion des dommages, ce qui imposera l'ajout de plusieurs articles dans le livre IV du code de commerce.

S'agissant de l'acheteur indirect, dont le droit d'agir est consacré aussi en bien en droit français que par la directive, le fait qu'il n'ait pas contracté avec l'auteur de la pratique anticoncurrentielle l'expose indéniablement à des difficultés probatoires accusées que la directive s'efforce d'atténuer. Pour ce faire, et non sans avoir réaffirmé que *“la charge de la preuve concernant l'existence et l'ampleur de cette répercussion incombe au demandeur”*²⁷⁰, elle en facilite l'administration par une présomption légale opérant un déplacement de l'objet de la preuve²⁷¹.

Quant à l'action exercée par le cocontractant direct, plus vraisemblable au regard du contentieux passé²⁷², elle soulève tout particulièrement la question de savoir dans quelle mesure l'auteur de l'infraction peut contester le droit à indemnisation en faisant valoir la répercussion des dommages sur des tiers (*passing-on defence*). Admettant ce moyen de défense, à l'instar du droit français²⁷³, la directive fait cependant peser la charge de la preuve concernant l'existence et l'ampleur de cette répercussion sur le défendeur²⁷⁴. L'adoption d'un texte apparaît dès lors indispensable à l'effet de briser la jurisprudence française selon laquelle il incombe à la victime d'établir la non-répercussion du dommage²⁷⁵.

²⁶⁷ Selon les cas, il est indiqué qu'*“il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral”* ou qu'*“il s'infère nécessairement d'un acte déloyal un trouble commercial constitutif d'un préjudice”*.

²⁶⁸ T. com. Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, déc. préc. (à propos de pratiques d'éviction) ; CA Paris, 26 juin 2013, déc. préc. (à propos d'un cartel). V. à ce propos, AFEC, Observations formulées sur le projet de document d'orientation *“La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne”*, sept. 2011, p. 12.

²⁶⁹ *Infra* n° 52.

²⁷⁰ Art. 14, § 1. Comp. livre blanc, pt 2.6, posant une présomption simple de répercussion intégrale du surcoût illégal sur les acheteurs indirects.

²⁷¹ Art. 14, § 2. Pour justifier cette facilité probatoire, la directive fait état d'une *“pratique commerciale selon laquelle les augmentations de prix sont répercutées en aval de la chaîne de distribution”*. Dès lors, la directive écarte logiquement le jeu de cette facilité probatoire *“lorsque le défendeur peut démontrer de façon crédible à la satisfaction de la juridiction que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect, ou qu'il ne l'a pas été entièrement”*.

²⁷² Une mesure est également prévue en cas de pluralité d'actions (art. 15).

²⁷³ Com. 15 juin 2010, avec la note de Y. Utzschneider et H. Parmentier, Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence : la Cour de cassation accepte le *passing-on defence*, D. 2010, p. 2781.

²⁷⁴ Art. 13. L'indication selon laquelle le défendeur *“peut raisonnablement exiger la divulgation d'informations par le défendeur et par des tiers”* apparaît en revanche comme une simple déclinaison, dans l'hypothèse particulière du *passing-on*, des dispositions édictées plus généralement quant à la divulgation. *Supra* n° 12 et s.

²⁷⁵ Com. 15 mai 2012, n° 11-18495. Une telle solution semble contrevenir à l'exigence d'effectivité. V. l'analyse de CJCE, 9 nov. 1983, *Administration des finances de l'État italien et San Giorgio*, aff. 199/82, pts 13 et 14. Rendue à propos de la répercussion de taxes indûment perçues, la solution est transposable à la répercussion des dommages. Cette argumentation a cependant été réfutée par la cour d'appel de Paris : CA Paris, 27 février 2014, *SNC Doux Aliments Bretagne et a. c/ sté Ajinomoto Eurolyse et a.*, n° 10/18285.

2.2. Vers un recul du droit à indemnisation des victimes ?

227. S'agissant du résultat de l'action en responsabilité et, plus particulièrement, de l'ampleur de l'indemnisation à laquelle la victime peut prétendre, on mentionnera sans s'y arrêter l'exigence, réitérée spécifiquement en cas de répercussion des dommages²⁷⁶, que *“la juridiction soit habilitée à estimer le montant du préjudice”*²⁷⁷, et qui semble satisfaite en droit français.

Les oppositions²⁷⁸ auront eu raison des tentations, initialement manifestées par la Commission dans son livre vert, de s'affranchir du principe de la réparation intégrale²⁷⁹. Celui-ci se trouve réaffirmé et explicité par la directive²⁸⁰, sans soulever la moindre difficulté en droit français, compte tenu de la consécration de ce principe par une jurisprudence bien établie²⁸¹.

228. En revanche, l'ambiguïté de certaines affirmations²⁸² pourrait conduire à s'interroger sur le point de savoir si la directive n'interdit pas aux États membres de recourir, dans son domaine d'application, à des dommages et intérêts punitifs ou restitutoires. La réponse à cette question présenterait un réel enjeu en droit français en cas d'introduction éventuelle, à la faveur d'un projet de réforme de la responsabilité civile, d'une disposition autorisant le prononcé de dommages-intérêts punitifs ou restitutoires²⁸³ dont la directive pourrait contrarier l'application au droit de la concurrence. Cependant, cette difficulté d'interprétation ne se présente que d'un point de vue prospectif.

229. Quant à l'affirmation selon laquelle la réparation intégrale *“couvre (...) le droit à une indemnisation de la perte subie et du manque à gagner, plus le paiement des intérêts”*²⁸⁴, elle ne pose guère de problème, du moins quant au principe, les articles 1147 et 1153-1 du code civil y faisant écho²⁸⁵. Il faut toutefois observer qu'en pratique, les intérêts, *“composante*

²⁷⁶ Art. 12, § 5.

²⁷⁷ Art. 16, § 1 *in fine*.

²⁷⁸ V. en particulier, Parlement, résolution préc., pt F *“l'objectif des actions de nature privée en dommages et intérêts doit être de compenser pleinement le préjudice”*. Sur ce débat, comp. R. Saint-Esteben, Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs, in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Petites affiches 20 janvier 2005, p. 54 ; M. Chagny, Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? *RLDA* n° 12-2007, p. 96.

²⁷⁹ Comm. CE, livre vert, préc., option 16.

²⁸⁰ Art. 2 et, dans le cas particulier d'une répercussion du surcoût, art. 12, § 1.

²⁸¹ V. par ex. Cass. civ., 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, visant le principe de la réparation intégrale. Pour une formulation ancienne du principe, v. Cass. civ. 2^e, 28 oct. 1954, *JCP* 1955, II, 8765.

²⁸² Art. 2, § 3, et considérant 11.

²⁸³ Art. 1386-25, proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 9 juillet 2010, n° 657. V. déjà, art. 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, 2005 ; Adde F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, art. 54.

²⁸⁴ Art. 2, § 2.

²⁸⁵ Sauf à observer que, selon le considérant 12 de la directive, le paiement des intérêts *“devrait être dû depuis le moment où le préjudice est survenu jusqu'à celui où les dommages et intérêts sont versés”*, tandis qu'aux termes de l'article 1153-1 du code civil, *“sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement”*.

essentielle de l'indemnisation"²⁸⁶, sont souvent minorés, ce qui devrait conduire à y prêter davantage attention au moment d'évaluer le montant de l'indemnisation allouée à la victime²⁸⁷.

230. Contrairement à l'étendue de la réparation, la charge de l'indemnisation nécessitera sans nul doute l'adoption de dispositions en droit français.

De prime abord, les principes posés par la directive rappellent ceux fixés par la jurisprudence française en ce qui concerne l'obligation et la contribution à la dette de responsabilité des coauteurs.

Pourtant, une transposition sera bel et bien requise en droit français, et ce, pour plusieurs raisons. Plus que le caractère prétorien de la règle, c'est son contenu qui n'apparaît pas strictement identique à ce qu'exige la directive. D'une part, cette dernière se réfère à la solidarité et non pas à l'obligation *in solidum*. D'autre part, elle fonde la solidarité sur "*un comportement conjoint*" – dont le contenu n'est au demeurant éclairé que par une seule illustration, celle du cartel et qu'il reviendra par conséquent, soit au législateur, soit à la pratique judiciaire, d'explicitier²⁸⁸ –, tandis que dans l'approche française, on raisonne plutôt à partir de l'indivisibilité du dommage, les conséquences de l'activité des coauteurs devant être indissociables²⁸⁹.

231. Enfin et surtout, la directive aménage deux exceptions à la solidarité, limitant la responsabilité des entreprises ayant obtenu l'immunité d'amende au titre d'un programme de clémence²⁹⁰ ainsi que des PME²⁹¹. Aussi regrettables et même contestables que puissent apparaître ces mesures amoindrissant quoi qu'on en dise les droits des victimes²⁹², elles requièrent à coup sûr l'adoption de dispositions spécifiques.

De même, on ne pourra pas se dispenser d'une nouvelle disposition consacrée aux règlements consensuels intervenant entre certaines parties, en vue de préciser leur incidence sur l'ensemble des personnes concernées²⁹³.

²⁸⁶ Considérant 12.

²⁸⁷ La directive laisse aux États membres le choix de qualifier ces intérêts d'intérêts moratoires ou compensatoires (considérant 12). La réflexion à conduire quant à la prise en compte du facteur temps dans l'évaluation des dommages et intérêts, en vue d'assurer l'effectivité du droit à réparation, dépasse au demeurant le seul contentieux des pratiques anticoncurrentielles : *infra* n° 47 et 52.

²⁸⁸ Se pose la question de savoir quelles sont les hypothèses concernées. V. M. Chagny, Imputability issues in the collection of damages, préc.

²⁸⁹ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

²⁹⁰ Art. 11, § 3.

²⁹¹ Art. 11, § 2, réservant le bénéfice du régime de faveur aux petites ou moyennes entreprises au sens de la recommandation C(2003)1422 de la Commission et assujettissant son octroi à la satisfaction cumulative de deux conditions négatives et de deux conditions positives.

²⁹² V. nos réserves quant à ce type de mesures : La prime à la dénonciation (clémence et repentis), in *La dénonciation en droit privé*, colloque du CEDAG, coll. Études juridiques, vol. 32, Economica, 2010, p. 137.

²⁹³ Art. 19. Peut-être faudra-t-il y ajouter un autre texte destiné à prévoir, conformément à l'art. 10, § 4, que l'"autorité de concurrence puisse considérer l'indemnisation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante à cet égard".

232. Aussi importantes soient-elles, les réformes et adaptations commandées par la directive dans son domaine d'application pourraient s'accompagner de bien d'autres évolutions possibles du droit français.

II. L'évolution possible du droit français au-delà de la directive

233. Posant certaines règles dans un domaine d'application précis, la directive pourrait apparaître un minimum pouvant et même devant être dépassé (1.). Par ailleurs, il est permis de se demander si certaines solutions adoptées en droit des pratiques anticoncurrentielles ne devraient pas servir de modèle dans d'autres matières (2.).

1. La directive, un minimum à dépasser ?

234. Le dépassement de la directive peut s'effectuer, tout à la fois, au-delà de son domaine d'application (1.1.) et au-delà des règles qu'elle édicte (1.2.).

1.1. Le dépassement du champ d'application de la directive

235. Il est probable que l'influence de la directive excédera, au fil de la pratique judiciaire, le champ d'application qu'elle fixe.

Sur le plan temporel, il n'est pas interdit d'imaginer une application anticipée de telle ou telle mesure, à l'initiative des juridictions²⁹⁴.

Mais c'est surtout son domaine matériel qui, en principe cantonné aux actions en dommages et intérêts exercées en cas de violation du droit de l'Union européenne, ainsi que du droit national lorsqu'il est appliqué en parallèle, pourrait être étendu à plusieurs égards.

236. Le phénomène de "communautarisation" du droit français des pratiques anticoncurrentielles²⁹⁵ ne manquera vraisemblablement pas de se produire, cette fois encore, dans le cas où des actions en dommages et intérêts seront initiées sur le fondement exclusif du droit national. Les dénégations de la directive²⁹⁶ sur ce point peinent vraiment à convaincre du contraire.

Qui croira et qui souhaitera qu'une juridiction applique deux régimes différents selon qu'elle est saisie, à la fois, au titre du droit de l'Union européenne et du droit français ou exclusivement sur le fondement de ce dernier ?

²⁹⁴ À titre d'exemple, il pourrait en aller ainsi en ce qui concerne la charge de la preuve du moyen de défense tiré de la répercussion des surcoûts : *infra* n° 28.

²⁹⁵ En dernier lieu, L. Idot, Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence vers un droit comparé de la concurrence, in *Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinozi*, Dalloz 2013, p. 627.

²⁹⁶ Considérant 10.

Même si les illustrations foisonnent, celle du moyen de défense fondé sur la répercussion des surcoûts suffit à s'en convaincre. À supposer que cela soit crédible, pourrait-on se satisfaire durablement qu'une même prétention reçoive un accueil radicalement opposé selon que les pratiques en cause ont affecté ou non le commerce entre les États membres ? De même, et s'agissant cette fois de l'auteur des pratiques, pourrait-on admettre que le bénéficiaire d'une immunité au titre de clémence voit en principe sa responsabilité limitée à ses seuls cocontractants et aux contractants de ces derniers ou puisse, au contraire, être poursuivi par n'importe quelle victime selon que, là encore, le droit de l'Union européenne est ou non applicable aux pratiques anticoncurrentielles en cause ?

237. Un phénomène d'attraction similaire pourrait encore survenir dans l'hypothèse où d'autres sanctions civiles sont sollicitées, concurremment ou non à des dommages et intérêts. Peut-on ainsi imaginer sérieusement qu'une juridiction, liée par une décision de constatation d'infraction lorsqu'il s'agit de caractériser une faute ouvrant droit à réparation, puisse, tout au contraire, s'affranchir de ce constat et refuser de prononcer la nullité ? Cela est d'autant moins crédible qu'en dehors des affaires de cartels, il est assez fréquent qu'une victime agisse simultanément en nullité des engagements contractuels et en dommages et intérêts²⁹⁷. Au-delà de cet exemple, le raisonnement semble valoir pour bien d'autres règles, parmi lesquelles celles relatives à l'accès aux preuves, à la prescription ou bien aux procédures de règlement consensuel des litiges.

1.2 Le dépassement du contenu de la directive

238. La directive pourrait également être dépassée dans son contenu, au-delà des règles qu'elle énonce, que ce soit sous la contrainte de l'effectivité ou pour traiter des difficultés que celle-ci laisse de côté.

239. Tout d'abord, la directive met à l'honneur le principe d'effectivité²⁹⁸, d'origine jurisprudentielle et déjà mis en œuvre, par la Cour de justice, à propos du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles²⁹⁹. Au regard de cette consécration législative, et comme y invite l'un des considérants³⁰⁰, il convient d'éprouver règles et procédures françaises à l'aune de cette exigence, mais en se contentant ici de quelques illustrations.

240. D'un point de vue institutionnel, le choix de la spécialisation – consistant à réserver, à un nombre limité de juridictions, le contentieux afférent aux pratiques anticoncurrentielles³⁰¹ – semble participer de l'effectivité. Encore faudrait-il doter ces juridictions et, en particulier, la cour d'appel de Paris, seule compétente en appel, des moyens adaptés à leur mission, sous peine d'allonger la durée du contentieux à un point tel que l'exercice des actions en réparation soit rendu excessivement difficile ou pratiquement impossible pour le justiciable³⁰².

241. La restriction temporaire de l'accès au dossier ainsi que l'effet liant reconnu aux décisions de condamnation de l'autorité nationale de concurrence devraient conduire les victimes à préférer les actions consécutives à celles engagées parallèlement à une procédure devant l'Autorité de concurrence. Cependant, et au vu de la longueur de certains contentieux introduits dans la sphère publique³⁰³, on pourrait à tout le moins s'interroger sur l'opportunité d'un mécanisme renforçant l'effectivité des actions consécutives en les accélérant. A en particulier été évoquée une solution, inspirée du droit anglais, consistant à octroyer à la cour d'appel de Paris la possibilité de se prononcer, à la fois, sur l'action privée et sur le recours formé à l'encontre de la décision de l'Autorité de la concurrence³⁰⁴.

242. Au regard du caractère crucial des preuves et de la place que leur confère la directive, il est également permis de se demander si le principe de loyauté des preuves, consacré en assemblée plénière, pourrait être fragilisé, dans le cas des actions indépendantes, lorsque des moyens de preuve contraires à ce principe, tels des enregistrements réalisés à l'insu du correspondant, seraient le seul moyen, pour la victime des pratiques anticoncurrentielles, d'en établir la réalité.

243. S'agissant du droit substantiel, l'effectivité du droit à réparation pourrait bien commander une application plus souple des exigences requises en ce qui concerne les caractères du dommage ou le lien de causalité³⁰⁵. Comme cela a été observé, le doute quant à la relation causale ou quant à la certitude du dommage, qui profite en principe au défendeur, ne devrait plus “plus systématiquement pénaliser la victime”³⁰⁶.

²⁹⁷ M. Chagny et J.-L. Fourgoux, *Competition law, private enforcement and competition redress in France*, 2012-2013, AHRC Project, www.clepecreu.co.uk.

²⁹⁸ Art. 3, en ce qui concerne l'exercice du droit de demander réparation et art. 17 en ce qui concerne spécifiquement l'évaluation des dommages. S'il est fait également référence à l'exigence d'équivalence, cette dernière ne soulève pas de difficulté en droit français. V. aussi considérant 11.

²⁹⁹ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, C-453/99, et 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04.

³⁰⁰ Considérant 11, soulignant la nécessité de respecter les principes d'effectivité et d'équivalence pour “toutes les règles nationales (...), y compris celles concernant des aspects non traités dans la présente directive, telles que la notion de lien de causalité entre l'infraction et le préjudice”.

³⁰¹ Art. L. 420-7 C. com. et décret n° 2005-1756 du 30 déc. 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, *JO* n° 304 du 31 déc. 2005, p. 20831.

³⁰² M. Chagny, D'un 15 mai à l'autre : à juge judiciaire spécialisé, moyens spéciaux ? *AJCA* n° 3-2014, p. 97.

³⁰³ Outre les affaires très connues dites “de la téléphonie mobile” ou encore “des parfums”, on peut citer l'affaire *Lectiel* : v. CA Paris, pôle 5 ch. 10, 27 juin 2012, RG n° 10/18278, CCE 2013, comm. 6, obs. M. Chagny.

³⁰⁴ AFEC, *Observations formulées sur la consultation de la Commission sur les recours collectifs*, 2011, p. 17.

³⁰⁵ Cela est d'autant plus crédible que le considérant 11 retient précisément l'exemple du lien de causalité.

³⁰⁶ En ce sens, v. not. F. Dupuis-Touboul, art. préc., faisant valoir que “la certitude d'un préjudice doit être raisonnable et non absolue”.

244. Quant aux moyens de défense offerts à l'auteur des pratiques, et en complément de la situation des coauteurs réglée par la directive³⁰⁷, s'il est loisible, ainsi que l'a reconnu la Cour de justice, d'invoquer la faute de la victime³⁰⁸, il conviendrait de prêter attention, dans le cas où une réforme du droit français de la responsabilité civile viendrait consacrer une obligation de modérer le dommage en matière délictuelle³⁰⁹, à ce que celle-ci ne contrevienne pas à l'effectivité du droit à réparation ouvert à la victime de pratiques anticoncurrentielles.

245. Les difficultés pratiques d'évaluation du préjudice concurrentiel sont telles que la directive a pris soin de réaffirmer, dans ce cas précis, l'exigence d'effectivité³¹⁰. L'acuité du sujet a conduit à lui consacrer la dernière table ronde du colloque³¹¹, de sorte qu'elle est brièvement évoquée ici. On n'en soulignera pas moins la nécessité de rechercher quelles mesures seraient de nature à faciliter l'évaluation par les juridictions des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles.

Outre la solution envisagée par la directive elle-même, faisant appel à l'expertise de l'autorité de concurrence³¹², il est d'ores et déjà possible de prendre appui sur le guide pratique publié par la Commission³¹³. Cependant, il convient également, tout à la fois, de conduire une réflexion en vue de développer des méthodes spécifiques, voire une nomenclature des préjudices concurrentiels³¹⁴, et de renforcer l'information et la formation, afin notamment de sensibiliser les juridictions au fait que, "par définition", une telle évaluation ne puisse "jamais être absolument exacte"³¹⁵.

246. Tout en laissant aux États membres le soin de définir les critères pertinents à partir desquels répartir la charge de la dette de réparation entre les coauteurs, en fonction de

307 *Supra* n° 32.

308 CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, déc. préc.

309 V. art. 1386-22 proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, préc. ; art. 1373 avant projet de réforme ; art. 53 projet de réforme (dir. F. Terré), préc.

310 Art. 17 § 1. V. aussi Considérant 40 : "La quantification du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle peut donc, en tant que telle, constituer un obstacle majeur à l'effectivité des demandes de réparation".

311 Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? *Concurrences* n° 3-2014.

312 Il existe cependant une contradiction entre le texte de l'art. 17, § 3, et le considérant 41. En effet, le premier semble conférer une faculté à l'autorité nationale de concurrence, qui doit être "en mesure, si elle l'estime approprié, d'aider à déterminer le montant des dommages et intérêts à la demande d'une juridiction nationale". Au contraire, le considérant indique que "lorsque la demande en est faite, les autorités nationales de concurrence fournissent des orientations concernant le quantum".

313 Guide pratique sur la quantification des préjudices dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

314 Regards juridiques et économiques sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels, Projet de recherche du laboratoire DANTE (Versailles) avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice.

315 Considérant 41 : "Il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre (...) de déterminer les obligations auxquelles le demandeur doit satisfaire lorsqu'il apporte la preuve du montant du préjudice subi, ainsi que la précision requise en la matière, les méthodes autorisées pour quantifier le montant et les conséquences de l'incapacité de respecter pleinement les obligations fixées. Il convient à cet égard de tenir compte de toute asymétrie de l'information entre les parties et du fait que la quantification du préjudice nécessite d'évaluer la manière dont aurait évolué le marché concerné en l'absence d'infraction. Cette évaluation suppose une comparaison avec une situation qui est hypothétique par définition et ne peut donc jamais être absolument exacte."

la "responsabilité relative dans le préjudice"³¹⁶, la directive réserve expressément le jeu du principe d'effectivité. À vrai dire, le raisonnement à partir duquel les juridictions françaises déterminent la contribution des coauteurs semble passer avec succès le test de l'effectivité³¹⁷, ce qui n'interdit pas pour autant au législateur français d'édicter des critères à leur attention, s'il l'estime opportun³¹⁸.

Par où l'on voit déjà que le dépassement du contenu de la directive peut également être inspiré par la volonté de (tenter de) résoudre certaines difficultés abordées partiellement ou ignorées par le texte européen, alors même que certaines d'entre elles pourraient se trouver amplifiées par la directive.

247. Ainsi pourrait-on s'interroger, entre autres, sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun de préciser le soutien probatoire susceptible d'être trouvé dans les décisions d'engagements adoptées en application de l'article L. 464-2 du code de commerce³¹⁹ ou bien encore sur les difficultés d'imputabilité des dommages aux personnes n'ayant pas été condamnées dans la procédure de concurrence³²⁰.

À vrai dire, la difficulté majeure, également évoquée dans la dernière table ronde³²¹, tient à la délicate coordination conceptuelle entre droit de la responsabilité civile et droit de la concurrence : ce dernier raisonne en effet à partir, non pas des personnes juridiques, mais d'un sujet autonome, l'entreprise, unité économique derrière laquelle les personnes juridiques s'effacent.

Le problème est particulièrement sérieux dans le cas des groupes de sociétés lorsque la condamnation de la société mère est fondée sur une présomption d'imputabilité en cas de détention, directe ou indirecte, de la quasi-totalité du capital social de la filiale, c'est-à-dire sur les seules relations capitalistiques³²², sans qu'il y ait lieu d'établir une quelconque participation de sa part dans la violation des règles de concurrence³²³. S'il semble bien s'agir en pareille hypothèse d'une responsabilité du fait d'autrui fondée sur le contrôle de la filiale, il reste que le droit français n'a pas consacré, pour le moment, un tel cas. Dès lors, la juridiction saisie se trouverait confrontée à une impasse, sauf à user d'artifices en s'employant, à toutes forces, à caractériser une faute, ou bien à franchir le Rubicon en reconnaissant un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384,

316 Art. 11, § 2, et considérant 33.

317 V. pour un exemple très récent, dans un tout autre domaine que la concurrence, TGI Nanterre, 2^e ch. 10 avril 2014, n° RG 12/13064, selon lequel la contribution à la dette de chacun des laboratoires doit être déterminée en fonction de la gravité de leur faute respective et de la participation de chacun à la survenance du dommage.

318 La jurisprudence apparaît en effet assez fluctuante. Pour des propositions, v. M. Chagny, *Imputability issues in the collection of damages*, préc.

319 La Cour de cassation ne s'est à ce jour prononcée que sur une proposition de transaction : Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-27388.

320 La juridiction saisie d'une action à l'encontre d'une personne n'ayant pas été condamnée conserve la possibilité d'admettre la faute de cette dernière, en prenant appui, le cas échéant, sur la décision de concurrence. Pour des développements, v. M. Chagny, *Imputability issues in the collection of damages*, préc.

321 Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? *Concurrences* n° 3-2014.

322 V. CJCE, 8 mai 2013, *ENI*, C-508/11, *ERC* 2013 ; 20 janvier 2011, *General Química SA*, C-90/09 P.

323 V. CJCE, *Akzo Nobel*, aff. C-97/08.

al. 1^{er}, du code civil³²⁴. En réalité, la résolution de ce problème, que ce soit par la jurisprudence ou, plus vraisemblablement, par l'adoption d'une disposition législative, apparaît d'autant plus souhaitable que la solution à intervenir pourrait être utile au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles. Il est alors permis de se demander brièvement si celui-ci ne pourrait pas servir de modèle.

2. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, un modèle ?

248. Il s'agit, pour finir, de se risquer à une plaidoirie en faveur, tout à la fois, d'une approche unificatrice des droits de la concurrence (2.1.) et d'une approche réformatrice de la procédure et de la responsabilité civile (2.2.).

2.1. Vers une unification des droits de la concurrence ?

249. Pour qui a déjà fait valoir, à plusieurs reprises, que les différents volets du droit de la concurrence, ayant partie liée, peuvent (doivent ?) donner lieu à une réflexion d'ensemble et s'influencer respectivement³²⁵, la directive offre l'occasion d'une évolution, au-delà du droit des pratiques anticoncurrentielles, du droit des pratiques restrictives et de la concurrence déloyale en vue d'une effectivité renforcée. Une telle orientation apparaît d'autant plus vraisemblable et souhaitable que ces différentes règles peuvent être invoquées concurremment dans une même instance.

250. Quant au fond du droit, l'introduction prochaine d'une présomption d'existence du dommage, imposée par la directive dans le cas des cartels, aux côtés d'une présomption de nature différente, développée de longue date par la jurisprudence pour la concurrence déloyale³²⁶, incite, non seulement à souhaiter une uniformisation, mais aussi à envisager une extension de cette présomption à l'ensemble des règles de concurrence³²⁷.

De même, à partir du moment où les difficultés soulevées par l'évaluation des préjudices sont assez similaires quelle que soit la règle de concurrence concernée, il est permis de penser que les avancées obtenues au nom de l'effectivité³²⁸ pourraient et même devraient faire école plus généralement en droit de la concurrence.

Pareillement, les solutions établies par la directive, en cas de répercussion des dommages sur un cocontractant subséquent, pourraient inspirer le raisonnement à suivre dans le cas où un argument du même type serait invoqué par celui qui a violé une autre règle de concurrence, par exemple, celle appréhendant le déséquilibre significatif³²⁹.

³²⁴ S. Carval, in *Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? Concurrences* n° 3-2014..

³²⁵ V., en dernier lieu, M. Chagny, *Vers une unification du droit des restrictions verticales ? CCC* juin 2014, p. 36 et s.

³²⁶ *Supra* n° 27.

³²⁷ Si le considérant 42 indique qu'«il convient de limiter cette présomption réfragable aux ententes» horizontales, cela ne devrait pas empêcher de favoriser l'effectivité du droit à réparation des victimes au-delà de cette seule catégorie d'infraction.

³²⁸ *Supra* n° 47.

³²⁹ Par ex. l'art. L. 442-6-I-2° C. com. appréhendant le déséquilibre significatif.

251. Sur le terrain procédural, on pourrait s'interroger sur le point de savoir si les règles spécifiquement prévues pour les dossiers des autorités de concurrence pourraient inspirer des solutions dans le cas où la DGGCRF est investie d'un pouvoir de sanction au titre du droit des pratiques restrictives avec la toute récente loi Hamon.

Plus largement, il pourrait sembler opportun d'étendre les règles relatives à l'accès aux preuves ou celles prescrites en cas de règlements consensuels des litiges à l'ensemble des actions fondées sur des règles de concurrence quelles qu'elles soient.

À moins que l'on ne juge préférable, s'agissant de ces dernières dispositions, de les pourvoir d'un champ d'application plus large, dépassant le droit de la concurrence.

2.2. Pour une rénovation du droit de la procédure et de la responsabilité civile

252. Ne faudrait-il pas mettre à profit les réformes rendues nécessaires par la directive, à tout le moins pour nourrir des réflexions, voire pour inspirer des évolutions, en droit de la procédure et de la responsabilité civile ?

253. S'agissant de la procédure civile, on songe tout particulièrement à l'intérêt que pourraient présenter certaines des règles relatives à l'accès aux preuves.

Leur introduction au sein du code de procédure civile permettrait, même s'il s'agit en partie de consacrer des solutions jurisprudentielles, d'offrir un cadre légal plus accessible pour les justiciables. Tel est le cas pour les dispositions précisant l'office du juge et les exigences à satisfaire par le demandeur à la production forcée. Quant aux règles prévues au titre de la protection des informations confidentielles, elles confèreraient au secret des affaires un statut processuel plus précis qu'à l'heure actuelle. Enfin, les dispositions relatives aux sanctions complèteraient l'arsenal actuellement offert aux juridictions, renforçant à due concurrence l'effectivité des mesures de production forcée.

Il pourrait également sembler utile de généraliser l'application des règles relatives aux modes consensuels de règlement des litiges et d'insérer à cette fin les dispositions correspondantes dans le titre III du livre V consacré aux dispositions communes en matière de résolution amiable des différends.

254. Du côté de la responsabilité civile – dont les dispositions du code civil, datant pour la plupart de 1804, ne donnent qu'un aperçu très imparfait –, la directive pourrait constituer l'impulsion nécessaire à la concrétisation des projets de réforme qui se sont succédé et à l'adoption d'un droit renoué de la responsabilité civile. Ainsi conviendrait-il assurément d'enrichir le code civil de dispositions relatives aux effets de la responsabilité et tout particulièrement en ce qui concerne l'hypothèse des coauteurs. De même, la réflexion sur la responsabilité du fait d'autrui dans les cas des groupes de sociétés³³⁰ mérite d'être conduite bien au-delà de la seule hypothèse des pratiques anticoncurrentielles.

³³⁰ *Supra* n° 49.

255. “Pour avoir pris contact avec la législation européenne, et rendu hommage à sa supériorité au point d’en accueillir souvent la teneur, la législation française n’a ni abdiqué ni, à plus forte raison, capitulé.” Puisse cette interprétation très libre des propos de Thaller³³¹, à propos du droit commercial, au moment de la célébration du centenaire du code civil, être pardonnée. ■

331 E. Thaller, *De l’attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, Livre du centenaire du Code civil*, 1904, t. 1, p. 225 et s., spéc. p. 226 : “(...) pour avoir pris contact avec la législation du commerce et rendu hommage à sa supériorité au point d’en accueillir souvent la teneur, la législation civile n’a ni abdiqué ni, à plus forte raison, capitulé. Il y a eu de sa part prêté rendu.”

Laurent BENZONI
benzoni@tera.fr

Professeur, Université Panthéon-Assas
(Paris 2),
Fondateur associé, Tera Consultants, Paris

Daniele CALISTI
daniele.calisti@ec.europa.eu

Commissioneuro péenne,
Direction générale de la concurrence, Bruxelles

Suzanne CARVAL
suzanne.carval@univ-rouen.fr

Professeur, Université de Rouen,
Responsable master 2 droit des assurances,
Codirectrice, Centre universitaire rouennais
d'études juridiques

Béatrice CHARLIER-BONATTI
b.charlier-bonatti@wanadoo.fr

Présidente de chambre,
Tribunal de commerce de Paris

Bruno DEFFAINS
bruno.deffains@u-paris2.fr

Professeur, Université Panthéon-Assas
(Paris 2),
Directeur, Laboratoire d'économie du droit,
Président,
European Association of Law and Economics

Jacques DERENNE
jacques.derenne@hoganlovells.com

Avocat associé, Hogan Lovells,
Paris et Bruxelles

Charles MÉTEAUT
meteaut@redlink.fr

Avocat, Redlink, Paris,
Vice-président, AFEC Jeunes

Abstract

La dernière table ronde du colloque était consacrée à la responsabilité civile des auteurs d'infractions concurrentielles. Elle a permis d'aborder divers aspects sensibles d'une question qui fait l'objet de plusieurs dispositions de la proposition de directive. Ces aspects ont été envisagés sous l'angle du droit mais aussi de l'économie, disciplines dont la collaboration est indispensable à la correcte évaluation des dommages concurrentiels.

The final panel of the conference held in Paris the 13th May 2014 about the reparation of competitive damages was devoted to the civil liability of the perpetrators. This panel helped to address various sensitive aspects of a question submitted to several provisions of the directive proposition. These aspects were considered in terms of law but also of the economy, disciplines whose cooperation is essential to the proper evaluation of competitive harm.

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

INTRODUCTION

Suzanne CARVAL

Professeur, Université de Rouen,
Responsable master 2 droit des assurances,
Codirectrice, Centre universitaire rouennais d'études juridiques

256. En nous confiant les deux thèmes de la réparation des dommages concurrentiels et de l'imputation de la dette de responsabilité civile, les organisateurs de ce riche colloque nous ont invités à nous interroger sur les résultats des actions en réparation, résultats dont dépend le développement du *private enforcement*. Pour que celui-ci constitue un auxiliaire efficace du *public enforcement*, il faut en effet que les victimes puissent obtenir des dommages-intérêts qui soient à la mesure des dommages qu'elles ont subis, et que la désignation des personnes tenues à réparation ne se fasse pas en fonction de critères trop restrictifs. Si ces conditions font défaut, il n'existe pas d'incitation à agir, et, faute d'actions, les droits à réparation ne sont pas mis en œuvre.

257. Le sujet est vaste et suscite de nombreuses interrogations. Quelles sont les règles qui gouvernent, dans le droit de la responsabilité civile, la réparation des dommages concurrentiels et la désignation des responsables ? Quelles difficultés les juridictions rencontrent-elles en les appliquant ? La proposition de directive contient-elle des dispositions propres à améliorer le droit positif ? La théorie économique peut-elle aider les juristes à mieux identifier et quantifier les dommages causés ? Dispose-t-on de données chiffrées permettant d'apprécier l'importance du contentieux né des "actions privées" ? À toutes ces questions, les membres de cette table ronde tenteront d'apporter, dans le temps limité qui leur est imparti, quelques éléments de réponse.

I. Quelle réparation ?

258. Il existe un consensus sur le fait qu'en France, la réparation des dommages concurrentiels est encore assez mal assurée. Il semble donc nécessaire de rechercher quelles sont les causes de ce dysfonctionnement, afin d'envisager les remèdes qui pourraient y être apportés.

259. Les obstacles rencontrés par les demandeurs proviennent-ils du fond du droit ? Des lacunes de notre système d'obtention des preuves ? De problèmes liés à l'expertise ? De la difficulté pour les juges d'utiliser des données économiques parfois complexes ?

260. Je ne suis pas qualifiée pour traiter des obstacles de procédure, d'expertise ou de formation des juges, mais en tant qu'universitaire spécialisée dans le droit de la responsabilité civile, je peux dire quelques mots des éventuels obstacles de fond. Les règles applicables à la réparation des dommages concurrentiels sont en effet – pour l'instant tout au moins³³² – celles du seul droit commun, fondé sur

³³² La transposition de la future directive sur les actions en dommages-intérêts des victimes d'infractions concurrentielles sera peut-être l'occasion de l'adoption de règles spéciales de responsabilité.

l'article 1382 du code civil³³³. Je garderai donc la parole quelques minutes pour exposer, à très grands traits, quelques aspects du droit de la responsabilité sur lesquels il me semble utile de mettre l'accent³³⁴.

261. Lorsqu'on envisage le droit commun de la responsabilité civile, on s'attache tout d'abord à ses principes, les "piliers du temple", pourrait-on dire. Or, il est certain que ceux-ci peuvent sembler bien rigoureux pour les victimes et, en tout cas, en décalage avec les difficultés de preuve et d'évaluation qui surgissent dans les procès qu'elles intentent.

262. Premier principe : *actori incumbit probatio*. C'est à la victime de prouver son dommage, ainsi que la causalité. Le juge doit donc débouter le demandeur qui ne parvient pas à faire cette preuve, y compris, ce qui n'est guère satisfaisant, lorsque la faute commise par le défendeur est telle qu'on est presque sûr qu'elle a eu des conséquences dommageables.

263. Deuxième principe : le dommage et la causalité doivent être certains. Cette exigence – qui est souvent présentée comme une règle de fond alors qu'elle est en réalité une règle de preuve – interdit de prendre en considération les dommages³³⁵ qui ne sont qu'éventuels, mais aussi ceux qui sont vraisemblables. Cette dernière exclusion est problématique dans des affaires où il est souvent difficile d'établir plus que des vraisemblances.

264. Troisième principe : celui de la réparation intégrale, qui impose de réparer tout le dommage mais rien que le dommage. L'emphase est souvent mise sur le "rien que", car notre droit rejette les dommages-intérêts punitifs et refuse que les condamnations civiles viennent enrichir les victimes. S'il est entendu de manière stricte, ce principe semble proscrire le recours à une évaluation approximative du dommage, qui recèle par nature le risque d'une surévaluation. Cela semble également faire obstacle à la réparation des dommages concurrentiels, car, même lorsqu'ils sont certains dans leur principe, il est rare que ces dommages puissent être mesurés avec précision.

265. *A priori*, le tableau semble donc assez sombre. Mais il faut dépasser cette première vue et tenir compte du fait que le droit de la responsabilité civile ne se réduit pas à ces quelques règles. N'oublions pas qu'il s'agit d'une discipline bicentenaire – le droit de la concurrence est bien jeune en comparaison – et que ses facultés d'adaptation ont déjà été éprouvées à l'occasion de nombreux contentieux délicats, tels que ceux des produits défectueux ou des dommages environnementaux³³⁶. Une abondante jurisprudence a donc

assorti les principes que l'on vient d'évoquer de diverses dérogations ou assouplissements, dont il me semble qu'ils pourraient d'ores et déjà être mobilisés pour faciliter la réparation des dommages concurrentiels. Le temps étant compté, je me bornerai ici à en donner quelques exemples.

266. La Cour de cassation a tout d'abord consacré diverses présomptions, de dommage ou de lien causal, qui dispensent la victime de rapporter la preuve de leur existence. La plus connue est apparue précisément en matière concurrentielle ; elle concerne les actes de concurrence déloyale, dont la Cour de cassation juge qu'ils sont nécessairement générateurs d'un trouble commercial et donc d'un préjudice. Cette présomption pourrait aisément être étendue à d'autres fautes concurrentielles, par exemple aux cartels, pour lesquels il n'est nul besoin d'attendre que l'article 17 de la proposition de directive soit transposé.

267. L'exigence d'un dommage et d'un lien causal certains est abandonnée lorsqu'elle s'avère irréaliste, les juges admettant en ce cas que la preuve d'une vraisemblance est suffisante. Un très bon exemple de cet assouplissement est fourni par le contentieux des maladies démyélinisantes (telle la sclérose en plaques), dont certains malades tentent d'établir qu'elles résultent de la vaccination contre l'hépatite B. La preuve certaine est impossible, d'autant que le lien entre le vaccin et ces affections n'est pas considéré comme avéré par les autorités médicales. Pourtant, la Cour de cassation a accepté, par des arrêts de principe, que les juges du fond retiennent une causalité établie par de simples indices : il s'agit le plus souvent du fait que la victime était en bonne santé avant la vaccination et que la maladie s'est manifestée peu de temps après celle-ci. Lorsque les économistes expliquent qu'en matière de dommages concurrentiels, il est plus facile de relever des corrélations que des causalités, on se dit que le droit civil est déjà capable de s'adapter à ce type de contraintes.

268. Enfin, sur la question sensible de l'évaluation approximative, de "l'estimation" du dommage, pour reprendre les termes de l'article 17 de la proposition de directive, il faut insister sur le fait que cette pratique n'est pas contraire au principe de réparation intégrale, du moins tel que l'envisage le droit positif. L'obligation faite au juge de réparer tout le dommage mais rien que le dommage, c'est-à-dire de mesurer exactement les dommages-intérêts au préjudice, ne vaut que lorsque celui-ci est quantifiable. S'il est possible d'établir que le dommage est de 100, il serait anormal que le juge alloue à la victime une somme supérieure ou inférieure. Mais dans toutes les occurrences où le dommage n'est pas quantifiable avec précision, le droit de la responsabilité privilégie une acception dynamique de la réparation intégrale, qui commande de se rapprocher autant que possible du montant probable du dommage. Loin d'interdire le recours aux estimations, il les favorise. En matière de dommage corporel, le procédé est fréquent : lorsqu'il s'agit, par exemple, d'indemniser la perte de gains futurs d'une victime qui ne peut reprendre son activité professionnelle après l'accident, on ne peut pas procéder à une évaluation précise. Nul ne sait comment la vie professionnelle de la victime aurait évolué sans l'accident et l'incertitude est à son comble lorsque la victime est un enfant, dont on ne sait même pas quelle

³³³ L'application des règles de la responsabilité contractuelle ne peut être exclue, mais elle est sans incidence notable sur les solutions qui vont être exposées au sujet de la réparation.

³³⁴ Pour une étude plus détaillée, v. S. Carval, La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : Le point de vue d'un civiliste, *Concurrences* n° 2-2014, pp. 52-59.

³³⁵ Ou, si c'est la causalité qui est incertaine, des dommages dont il n'est pas sûr qu'ils sont résultés de la faute.

³³⁶ Deux domaines auxquels les instances européennes se sont intéressées, en adoptant deux directives aujourd'hui transposées. La directive 85/374/CEE du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, et la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

aurait été sa profession. Ce dommage est donc évalué par estimation, par référence à un profil de carrière probable.

269. En définitive, il apparaît que le droit de la responsabilité civile ne contient pas d'obstacles insurmontables à la réparation des dommages concurrentiels. Tous les outils dont la proposition de directive envisage de doter les juges nationaux – présomptions, approche souple de la preuve, pouvoir d'estimer le montant du dommage – sont d'ores et déjà à la disposition des juges et des avocats français et l'on ne doute pas que ceux qui connaissent des demandes de réparation de dommages concurrentiels en font déjà bon usage.

II. Quels responsables ?

270. L'identification des responsables soulève la question de l'imputation de la dette de responsabilité, sur laquelle il y aurait beaucoup à dire. Au regard des impératifs horaires, le choix a dû être fait de rappeler les principes régissant l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles, puis d'évoquer très succinctement les éléments de solution en droit commun de la responsabilité. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

LES DIFFICULTÉS PRATIQUES DE LA RÉPARATION

Béatrice CHARLIER-BONATTI

Présidente de chambre, Tribunal de commerce de Paris

103. Je vais donc faire le point sur les difficultés pratiques de la réparation du dommage, sachant qu'on verra un peu plus loin les diverses autres possibilités. Effectivement on a cru comprendre ce matin qu'il y avait une certaine défiance, Mme le professeur Claudel le soulevait, vis-à-vis des juridictions, donc je vais essayer de vous convaincre – surtout pour les praticiens dans la salle – du contraire.

104. J'aurais trois remarques préalables. Mme le conseiller Luc a fait remarquer ce matin qu'il y avait effectivement beaucoup d'actions directes qui étaient présentées devant les tribunaux de commerce, je ne parlerai que du tribunal de commerce de Paris que je connais. Pour vous donner une idée, sur l'année civile 2013, nous avons eu à traiter à peu près 500 dossiers. Effectivement ces décisions ne sont pas publiées. Il faut savoir que simplement 4 % d'entre elles font l'objet d'un appel et, sur ces 4 %, seules 15 % font l'objet d'une réformation. C'est ma première remarque.

105. La rapidité a été effectivement évoquée également ce matin par Mme le Conseiller Luc, vous pouvez avoir une décision dans les six à neuf mois.

106. Troisième remarque préalable, Mme le Conseiller Luc vous a fait part de la pleine compétence du juge, des mesures d'interdiction, des questions d'intérêt à agir, de recevabilité. Je ne reviendrai pas sur tous ces points au risque de faire une concurrence déloyale à Mme Luc, ce que je ne voudrais évidemment pas faire, mais j'insisterai plutôt sur certains aspects pratiques qui peuvent engendrer des difficultés pour lesquelles j'essaierai de vous donner des solutions, qui sont au nombre de cinq.

107. D'abord, il faut savoir qu'au niveau des tribunaux de commerce, il y a eu une grande modification depuis 2007, où les tribunaux de commerce connaissaient des affaires de contrefaçon et de concurrence déloyale. Les questions de contrefaçons sont passées aux tribunaux de grande instance, ce qui a eu comme effet de modifier les affaires de concurrence déloyale qui nous étaient présentées, en dehors des suites des pratiques anticoncurrentielles, et nous avons, depuis 2007, de vraies affaires de concurrence déloyale. C'était le premier point que je voulais souligner.

108. Le deuxième point, qui a fait l'objet, ces trois dernières années, d'un certain nombre de contentieux, d'échanges et de discussions, et qui est maintenant traité, est la question

d'accès aux dossiers de l'Autorité de la concurrence. Il faut savoir que, dans nos affaires, l'analyse économique qui est faite par l'Autorité est souvent très utile, et est reprise par les tribunaux de commerce puisque nous n'avons pas forcément les moyens de faire ce type d'analyse économique. Quand nous avons des rapports d'experts, ils portent plus sur le préjudice que sur l'analyse du marché.

109. Le troisième point concerne les requêtes qui se développent énormément ces cinq dernières années devant le tribunal de commerce, sur deux aspects. Premier aspect : les assignations à bref délai, où une partie vient devant un juge – c'est une procédure non contradictoire – et va demander, surtout en matière de concurrence, compte tenu de ce qu'elle considère être le risque, d'avoir une procédure extrêmement rapide et demande au juge d'accepter de signer une ordonnance lui permettant d'assigner à bref délai, ce qui va raccourcir énormément les procédures, puisqu'il ne pourra y avoir qu'un seul renvoi, et vous êtes ainsi assuré d'avoir une décision dans les quatre ou cinq mois.

110. Nous voyons également se développer de plus en plus, dans les affaires de concurrence, les affaires qui viennent en requêtes article 145 du CPC. Le président Gentin a évoqué ce matin cet article 145, et il l'a été également de nombreuses fois aujourd'hui. Là encore nous avons de plus en plus ces dernières années des demandes sur le fondement de l'article 145 de «saisies» de documents et informations, ces ordonnances pouvant parfois faire l'objet de rétractation, ou à l'analyse, comme le soulignait M^e Fourgoux, des pièces, non pas par un juge, mais par trois juges. Nous mobilisons trois juges du tribunal de commerce, plus le greffier, pour avoir l'enregistrement d'un certain nombre de points, l'huissier, l'expert informatique s'il y en a un, les avocats des parties, mais également les parties, qui sont en général plus au courant des pièces qui ont été séquestrées que les avocats eux-mêmes. C'est une pratique du tribunal de commerce de Paris qui est généralisée à un certain nombre de tribunaux de commerce, qui a le mérite de faire respecter le secret des affaires, tout en donnant l'accès à certaines pièces, et qui est de plus en plus utilisée depuis ces deux dernières années.

111. Sur la question de l'*amicus curiae*, quatrième point, qui a été évoquée ce matin, il faut savoir que, depuis une dizaine d'années, nous envoyons de la quinzième chambre à la DGCCRF, pour à peu près trois ou quatre affaires par an, des questions à la DGCCRF de législation économique.

Nous appelons la DGCCRF en qualité d'*amicus curiae* pour répondre à un point de droit très précis sur lequel le tribunal va poser une, deux, trois questions, va envoyer ces questions aux avocats en leur demandant si le libellé correspond aux problématiques qu'ils ont souhaité présenter au juge, et nous donnons un délai à la DGCCRF, en général d'un mois et demi, deux mois, pour répondre à ces questions. La DGCCRF peut demander, ou être appelée par le tribunal, à exposer à l'audience les points auxquels elle aura répondu. Ensuite, les avocats vont conclure sur la position prise par la DGCCRF. C'est une procédure, qui n'a pour l'instant pas fait l'objet d'une décision en appel, que nous développons de plus en plus.

112. Cinquième point : la conciliation, qui ne doit pas se confondre avec la médiation qui a été présentée plus tôt par Mme Outin-Adam. Au tribunal de commerce de Paris, le président Gentin développe énormément la conciliation. En matière de concurrence, il y a eu en 2013 cinquante affaires de conciliation. Les parties ne viennent pas forcément spontanément à la conciliation. C'est le rôle du juge consulaire de les y inviter, sachant qu'il a également ce rôle de conciliation. Cela concerne surtout les cas où, comme l'évoquait Mme Outin-Adam, les parties continuent à travailler ensemble. En application du principe "*qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès*", il faut essayer de faire comprendre aux parties qu'un juge conciliateur serait susceptible de les amener à un accord qui ne donnerait pas lieu à un jugement, ni à la publication de la décision. D'un point de vue pratique, si les parties acceptent cette conciliation, un juge conciliateur rattaché au tribunal de commerce de Paris sera désigné, avec un délai dans lequel il devra essayer de concilier les parties. Deux hypothèses se présentent : soit il arrive à concilier et tout va bien, soit la conciliation échoue et dans ce cas le dossier reviendra au premier juge chargé d'instruire l'affaire ou aux trois juges si c'était une affaire qui donnait lieu à une collégialité, et les trois premiers juges n'auront évidemment aucune connaissance des motifs pour lesquels la conciliation a échoué.

113. Voilà les petits points pratiques sur lesquels je voulais insister à ce stade, la parole revenant maintenant à M^e Derenne. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

RÉPARATION DU DOMMAGE CONCURRENTIEL DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET DES ÉTATS MEMBRES*

Jacques DERENNE

Avocat associé, Barreaux de Bruxelles et Paris,

Hogan Lovells International LLP, Bruxelles

114. Historiquement, l'application du droit de la concurrence en Europe a principalement reposé sur l'action publique plutôt que sur l'action privée. Sur la période allant de 2006 à 2012, seules quinze décisions de la Commission européenne sanctionnant des infractions au droit de la concurrence ont été suivies par des actions en réparation devant les tribunaux des États membres. La quasi-intégralité de ces demandes a été introduite au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Allemagne.

115. Alors que vient d'être adoptée par le Parlement européen (et le Conseil dans la foulée) la directive relative aux actions en dommages-intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne³³⁷, il est intéressant de revenir sur les règles régissant aujourd'hui la quantification du dommage (I.) et les règles régissant l'introduction d'actions en réparation au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Allemagne (II.).

I. La quantification du dommage

116. En droit de la concurrence, la quantification du dommage sert un double rôle. D'une part, elle est souvent l'un des paramètres utilisés par les autorités de la concurrence afin de calculer les amendes à infliger. Dans ce cas, c'est le dommage total supporté par l'économie qui est calculé. D'autre part, lors d'actions en réparation introduites devant les tribunaux civils, la quantification du dommage individuel est opérée dans la mesure où celle-ci permet d'estimer le montant des dommages et intérêts à octroyer au demandeur.

* La présente contribution est une refonte écrite de la présentation orale, faite sans support écrit, lors de la conférence du 13 mai 2014. Il a paru préférable pour le lecteur d'avoir une courte synthèse écrite plutôt que la transcription d'une présentation orale, même corrigée pour être lisible.

³³⁷ Résolution législative du Parlement européen du 17 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (COM(2013)0404-C7-0170/2013-2013/0185(COD)).

117. La quantification du dommage se fonde généralement sur le test du "contrefactuel". Ce test permet d'appréhender ce que serait le présent dans l'hypothèse où l'infraction au droit de la concurrence n'aurait pas eu lieu.

118. Plusieurs méthodes peuvent être utilisées pour établir un scénario contrefactuel. La plus fiable est d'utiliser une "régression économétrique". Toutefois, en raison du coût des études économétriques et du possible manque d'informations disponibles sur le marché, la réalisation d'une analyse économétrique n'est pas toujours possible. Dans ce cas, plusieurs méthodes de substitution peuvent être utilisées :

→ l'approche par les coûts : l'approche par les coûts consiste à calculer un prix fictif qui est composé du coût de production pour une unité auquel une marge raisonnable de profit est ajoutée. La différence entre le prix réel et ce prix fictif détermine le surplus payé par le consommateur. Le défaut de cette méthode est qu'elle repose sur des hypothèses fortes et des arbitrages subjectifs. Ainsi, comment déterminer à quel montant devrait être fixé la marge de profit raisonnable ?

→ l'approche par les comparateurs : la détermination du contrefactuel peut aussi se fonder sur une comparaison des prix sur le temps. La comparaison entre les prix pratiqués avant que l'infraction n'ait lieu et les prix pratiqués pendant l'infraction peut aider à déterminer le surplus payé par le consommateur. Cette méthode ignore toutefois les éléments exogènes qui auraient pu affecter les prix pendant la durée de l'infraction. En outre, il peut être difficile de trouver des repères temporels pertinents sur lesquels fonder son analyse. Est-on sûr de la date à laquelle l'infraction a commencé ? De la date à laquelle l'infraction a cessé ? La comparaison avec d'autres marchés de produits ou marchés géographiques est, elle aussi, possible. Il peut toutefois être difficile de trouver des marchés de produits ou géographiques présentant des paramètres suffisamment similaires pour permettre une comparaison pertinente.

II. La réparation du dommage au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Allemagne

119. Ainsi que le souligne le considérant 7 de la proposition de directive, “il existe des différences marquées entre les États membres en ce qui concerne les règles régissant les actions en dommage et intérêts pour infraction au droit national de la concurrence ou à celui de l’Union”. Relativement peu nombreuses, les actions en dommages et intérêts sont traditionnellement cantonnées au Royaume-Uni, à l’Allemagne et aux Pays-Bas en raison des spécificités de leur système juridique.

1. Actions de groupe

120. Le Royaume-Uni a la forme la plus complète d’action de groupe. En effet, la Section 47B du Competition Act 1998 introduit une forme d’action représentative pour les consommateurs. Cette action permet aux associations de consommateurs d’introduire des actions en dommages et intérêts au nom de plusieurs personnes physiques. Un autre type de procédure permet de directement représenter plusieurs personnes possédant le même intérêt à une demande. Ce type de procédure est toutefois assez rare dans la mesure où la démonstration du “même intérêt” est extrêmement difficile. Ces deux types actions reposent exclusivement sur la méthode de l’*opt-in*.

121. Une certaine forme d’action de groupe existe aux Pays-Bas. En effet, les associations et fondations peuvent initier des actions collectives à condition qu’elles représentent des intérêts similaires et conformes à leurs statuts. L’objet de cette action de groupe ne peut toutefois être que la demande d’un jugement déclaratoire établissant l’infraction. Les demandeurs individuels pourront par la suite se fonder sur ce jugement déclaratoire afin de voir leur action en réparation facilitée.

122. L’Allemagne ne connaît pas les actions de groupe. Cependant, plusieurs alternatives existent. Certaines associations peuvent demander des injonctions au nom de leurs membres, ou demander que les profits réalisés grâce à un cartel soient transférés au budget fédéral. Il est en outre accepté que des sociétés soient créées dans le seul but d’introduire une action en réparation au nom de leurs membres (p. ex. : CDC, Cartel Damage Claims SA, dont les actions ont été déclarées recevables en Allemagne).

2. Preuves

123. Dans ces juridictions, les décisions des autorités de concurrence lient les juridictions quant à l’établissement des faits et de l’imputation de ceux-ci aux personnes concernées. Ainsi, le demandeur n’aura qu’à prouver le dommage et le lien de causalité liant ce dommage à l’infraction perpétrée.

124. Il n’est pas nécessaire que les autorités de concurrence aient pris une décision quant à l’infraction. Toutefois, si un demandeur venait à introduire une action en réparation en

l’absence d’une telle décision, la démonstration de l’infraction lui reviendrait. Compte tenu des moyens à la disposition des demandeurs individuels, une telle tâche peut se révéler ardue.

3. Mécanisme de disclosure

125. Au Royaume-Uni et aux Pays-Bas existent des mécanismes de *disclosure* qui rendent ces juridictions attractives pour de potentiels demandeurs.

126. Au Royaume-Uni, les parties échangent une liste de documents à leur disposition qui soutiennent mais aussi affectent de manière négative leur demande. Ces documents peuvent aussi bien être les documents de la partie adverse, mais aussi les documents sur lesquels se fonde la demande d’une autre partie. Le Competition and Markets Authority peut demander la production de la version confidentielle de la décision d’infraction et des éléments de preuve sur lesquels elle se fonde.

127. Le système de *disclosure* des Pays-Bas est lui aussi assez développé. Les parties ont en effet l’obligation de produire tous les documents qui sont en leur contrôle et qui seraient pertinents à l’affaire en cours, indépendamment du fait que les documents jouent en leur faveur ou qu’ils soient nuisibles à leur cause. L’autorité de concurrence n’a en revanche aucune obligation de divulguer les documents sur lesquels elle a fondé sa décision à des personnes privées. Seule une décision de justice pourrait l’obliger à divulguer de tels documents.

128. On peut penser que ce mécanisme a rendu incontournables ces deux États membres pour les demandeurs (en schématisant à l’extrême) : soit la “justice totale” anglaise (excessivement chère, lourde, longue mais “efficace” car permettant, lorsque la défense sur le fond est impossible, un résultat : soit une condamnation, soit une transaction) ; soit la “justice pragmatique” néerlandaise (vraiment peu coûteuse par rapport à l’anglaise, rapide et efficace).

4. Montant des dommages octroyés

129. La règle générale est l’octroi de dommages et intérêts compensatoires. Ainsi, le demandeur sera rétabli dans la situation dans laquelle il aurait été si l’infraction au droit de la concurrence n’avait pas eu lieu. Au Royaume-Uni, des dommages et intérêts punitifs peuvent être octroyés. Cependant, cela reste exceptionnel dans la mesure où leur octroi n’est pas possible dans le cas d’actions collectives et si une amende a déjà été infligée par une autorité de la concurrence. En outre, les dommages et intérêts punitifs ne sont possibles que s’il est probable que les dommages et intérêts compensatoires soient inférieurs aux profits réalisés grâce à l’infraction.

130. Au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Allemagne, les dommages et intérêts compensatoires incluent les gains manqués, ce qui est conforme à l’arrêt *Créhan* de la Cour de justice.

5. Passing-on defence

131. Malgré l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Manfredi*, selon lequel les consommateurs indirects doivent pouvoir introduire une action en réparation, l'acceptation ou non de la *passing-on defence* n'est pas toujours clairement établie dans le droit des États membres. Ainsi, il n'existe encore aucun précédent établissant clairement l'acceptation de la *passing-on defence* au Royaume-Uni. Aux Pays-Bas, le rejet de cette défense dans l'arrêt *Tennet v. ABB* a semé le doute alors que celle-ci semblait en principe établie. En Allemagne, une telle défense est exclue. Néanmoins, la juridiction a la possibilité d'appliquer la règle du *set-off of benefits*, similaire à celle de la *passing-on defence*, selon laquelle la répercussion des coûts doit être prise en compte lors du calcul du dommage. Le défendeur devra toutefois démontrer avec beaucoup de détails que le demandeur a en effet répercuté le prix du cartel à ses consommateurs en raison des conditions de marché individuelles. La charge de la preuve est beaucoup plus difficile à satisfaire que dans le cas de la *passing-on defence*.

III. Conclusion

132. Ces éléments de droit interne seront substantiellement harmonisés par la directive relative aux actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Ainsi, il est possible que les futures actions en réparation pour infraction au droit de la concurrence ne soient plus exclusivement introduites dans ces trois juridictions.

(Voir également : Laurence Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales : Les leçons du droit européen de la concurrence », février 2012, *Revue Concurrences* N° 1-2012, Art. N° 41678, pp. 55-72). ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

QUELLES PROPOSITIONS DE L'UNION EUROPÉENNE POUR UNE MEILLEURE RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS ?*

Daniele CALISTI

Commission européenne,

Direction générale de la concurrence, Bruxelles

271. Pour commencer, il convient de rappeler brièvement la genèse de la directive (I.), qui constitue l'une des initiatives les plus significatives des dernières années dans le domaine de la concurrence, avant d'en présenter, dans un second temps, les principales dispositions (II.).

I. La genèse de la directive

272. Lorsque l'on reprend les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et les développements de la politique générale au sein de la Commission européenne qui ont marqué l'histoire de ce projet, il faut toujours partir de l'arrêt *BRT c/ Sabam* de 1974³³⁸, qui a marqué le véritable début du *private enforcement* en Europe. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a apporté des éclaircissements quant à l'effet direct des dispositions de concurrence du traité, qui se prêtent, par leur nature, à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces derniers en tirant directement des droits et des obligations qu'il appartient aux juridictions nationales de sauvegarder.

273. Ultérieurement, en 2001 plus exactement, dans l'arrêt *Courage c/ Crehan*³³⁹, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée explicitement, pour la toute première fois, sur l'une des conséquences principales de cet effet direct, à savoir que tout individu ayant été victime d'une infraction au droit de la concurrence de l'Union européenne a droit à réparation pour le dommage qu'il a subi. La Cour a également souligné que ce droit renforce l'efficacité des règles de concurrence de l'Union et est de nature à décourager les accords ou les pratiques interdites par le traité.

* Retranscription d'une intervention lors de la conférence intitulée "La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir". Les opinions exprimées sont propres à leur auteur, et ne sauraient engager ni la Commission européenne ni la Direction générale de la concurrence.

338 Arrêt du 30 janvier 1974, *BRT c/ Sabam*, aff. 127/73, Rec. p. 51. Comme l'a souligné Laurence Idot, il y avait déjà eu des actions devant les juridictions nationales où des particuliers avaient demandé de déclarer la nullité de plein droit de certains accords en application de l'article 101, § 2 ; v. par ex. le tout premier exemple de renvoi préjudiciel décidé par la Cour dans l'arrêt du 6 avril 1962, *De Geus c/ Bosch*, aff. 13/61, Rec. p. 89.

339 Arrêt du 20 septembre 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99, Rec. p. I-6297, 26-27.

274. Postérieurement à cet arrêt, la Commission et la Cour de justice de l'Union européenne ont poursuivi leur action en la matière. La Commission a en effet fait du développement des actions en dommages et intérêts en Europe l'un de ses objectifs de politique générale de concurrence, en consacrant successivement à cette question un livre vert (2005), puis un livre blanc (2008) et, enfin, en adoptant sa proposition de directive. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a continué à apporter des précisions et éclaircissements quant à différents aspects des actions en dommages et intérêts fondées sur la violation des règles de concurrence de l'Union européenne : cela a concerné, dans un premier temps, la conformité de certaines dispositions de droit national aux exigences d'équivalence et d'effectivité³⁴⁰, puis, dans la période plus récente, la relation entre l'application des dispositions de concurrence du traité dans la sphère publique et dans la sphère privée³⁴¹.

275. Au fil du temps et de l'attention portée à ce sujet, notamment après la publication du livre vert en 2005, la Commission a pu observer un nombre croissant d'actions en dommages et intérêts au sein de l'Union européenne.

276. Cependant, cette augmentation du nombre de procédures contentieuses ne doit pas faire oublier que le contentieux indemnitaire n'est pas encore suffisamment développé. Ainsi, lorsque l'on se réfère aux décisions de condamnation de la Commission européenne, on constate que seule une sur quatre donne lieu par la suite à une ou des actions en dommages et intérêts. À cela, il convient d'ajouter qu'il y a encore moins d'actions de suivi dans le cadre des décisions adoptées par les autorités nationales de concurrence sur le fondement du droit de la concurrence de l'Union européenne. Par ailleurs, les actions engagées en l'absence d'un constat d'infraction par une autorité nationale de concurrence (actions *stand-alone*) sont assez rares, le plus souvent introduites à l'initiative de concurrents d'entreprises dominantes.

340 V. arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jts C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619 ; arrêt du 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis et autres*, aff. C-199/11, non encore publié au Rec.

341 V. arrêt du 14 juin 2011, *Pfleiderer*, aff. C-360/09, Rec. p. I-5161 ; arrêt du 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11, non encore publié au Rec.

277. De plus, il a été constaté que le droit à réparation, en cas d'infraction à une règle de concurrence de l'Union européenne, n'était pas appliqué uniformément au sein du marché intérieur. Ainsi, les chances pour une victime d'obtenir une indemnisation au titre des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle variaient significativement selon les États membres, reflétant d'ailleurs la grande diversité entre les dispositions nationales régissant ces actions.

278. En 2013, après des années de discussion et de consultation de parties prenantes, la Commission est parvenue à adopter une proposition de directive visant à éliminer les principaux obstacles au droit à réparation des victimes des pratiques anticoncurrentielles. La proposition de directive faisait partie d'un "paquet" qui comprenait aussi des mesures non contraignantes concernant l'évaluation du dommage concurrentiel³⁴².

La directive proposée par la Commission revêt une grande importance dans le cadre de la politique générale de la concurrence, car elle vise à améliorer le système d'application des articles de concurrence de l'Union. Certains ont comparé cette initiative à l'entrée en vigueur, il y a dix ans, du règlement (CE) n° 1/2003 : tandis que ce dernier avait, du côté du *public enforcement*, décentralisé l'application des règles de concurrence de l'Union européenne, la directive pourrait porter en germe un développement de la même importance dans le cadre du *private enforcement* en concrétisant le droit à réparation des victimes. Si ce développement n'est pas une révolution, dans la mesure où ce droit avait déjà été établi depuis les arrêts de 1974 et 2001, les victimes n'avaient cependant pas réellement, en pratique, la possibilité d'obtenir une réparation intégrale du dommage subi, car les règles des systèmes juridiques des États membres rendaient difficile la réalisation de ce droit.

279. La proposition de la Commission a été transmise au Parlement européen et au Conseil pour être traitée selon la procédure législative ordinaire. À la suite d'un accord politique, les deux institutions ont élaboré un texte d'ores et déjà adopté par le Parlement, le 17 avril 2014³⁴³. C'est à ce texte que je vais faire référence aujourd'hui pour présenter les principales dispositions de la directive.

II. Les principales dispositions de la directive

280. Le cadre général de la proposition initiale de la Commission a été conservé dans le texte adopté par le Parlement. La directive vise non seulement à une plus efficace mise en œuvre du droit à réparation, mais aussi à l'optimisation de l'articulation entre les actions initiées dans la sphère publique et celles se déroulant devant les juridictions nationales de droit commun.

281. Ce dernier objectif est particulièrement visible dans les dispositions qui abordent la question de l'accès aux preuves.

282. La directive s'attache, en la matière, à faciliter l'accès aux éléments de preuve aux victimes des infractions au droit de la concurrence : les parties lésées ont typiquement besoin de présenter une grande quantité d'éléments de faits et de preuves au soutien de leur prétention pour pouvoir engager avec succès une action en dommages et intérêts devant les juridictions nationales. C'est pour cela que la directive (article 5) permet aux victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante d'obtenir, sous le contrôle du juge et moyennant un test de proportionnalité, que les juridictions nationales puissent enjoindre à d'autres parties ou à des tiers la divulgation des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession.

283. Toutefois, pour ne pas empêcher le bon fonctionnement du *public enforcement* devant les autorités nationales de concurrence et devant la Commission, la directive édicte des règles spécifiques lorsque les preuves figurent dans le dossier d'une autorité de concurrence. La directive introduit à cet égard davantage de clarté juridique : elle établit une distinction entre les documents susceptibles de faire l'objet d'une divulgation et d'une utilisation, et ceux devant, au contraire, être protégés afin de sauvegarder l'efficacité de la mise en œuvre par la sphère publique (articles 6 et 7). Même si le texte n'utilise pas ces expressions, on peut dire que la proposition originale de la Commission, reprise sur ce point dans le texte adopté par le Parlement, a établi une liste noire, une liste grise et une liste blanche.

284. Le principe général est que tout document peut faire l'objet de divulgation entre les parties de la procédure (liste blanche), à condition que le juge estime satisfaites les conditions générales établies par l'article 5 ainsi que les conditions prévues à l'article 6.

285. À un niveau supérieur de protection se trouve la liste grise, laquelle concerne des catégories de documents qui pourraient révéler la stratégie d'investigation d'une autorité nationale de concurrence, ou encore dont la divulgation pourrait être nocive à une procédure en cours devant une telle autorité. Ces documents pourront être divulgués si les autres conditions requises par la directive sont remplies, mais seulement une fois que l'autorité de concurrence concernée a clos sa procédure, par exemple en adoptant une décision. Dans cette catégorie, on retrouve, entre autres, les informations qui ont été établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure (comme la notification des griefs).

³⁴² Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE* 2013, n° C.167, p. 19 ; et Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

³⁴³ Résolution législative du Parlement européen du 17 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0451+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-10>.

286. En ce qui concerne la liste grise et la liste blanche, le texte final de la directive précise indirectement un élément très important de la proposition, à savoir que les dispositions spécifiques aux documents figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence doivent s'appliquer de façon combinée avec les dispositions générales sur la divulgation des preuves. Cela signifie, par exemple, qu'un document relevant de la liste grise ne devra pas être divulgué automatiquement au soutien d'une action en dommages et intérêts à partir du moment où la décision de l'autorité de concurrence a été adoptée. Dans ce cas de figure, il faudra aussi satisfaire les exigences prévues dans le régime général de divulgation, lequel comprend notamment un test de proportionnalité (article 5, § 3) dont les critères sont renforcés (article 6, § 4).

287. Au niveau le plus élevé de protection, on trouve enfin la liste noire. Elle concerne les déclarations effectuées par les entreprises en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction. Il s'agit de documents spécifiques, à travers lesquels les entreprises font état, devant une autorité nationale de concurrence, d'une infraction à laquelle elles ont pris part, ceci pour obtenir, selon le cas, l'immunité ou une réduction de l'amende ou bien bénéficier d'une procédure simplifiée dans le cadre d'une procédure de transaction. Ces déclarations doivent être protégées pour préserver l'incitation des entreprises à collaborer avec les autorités publiques, que ce soit dans la découverte de ces infractions, ou dans leur poursuite efficace. La Commission a estimé que si ces déclarations devenaient disponibles dans le cadre de procédures civiles, cela pouvait décourager les parties de coopérer pour l'avenir avec la Commission et les autorités nationales. Cela pouvait donc entraîner, par exemple, une réduction des déclarations de clémence spontanément produites par les entreprises et, par conséquent, une baisse de détection des cartels. Les entreprises ayant accepté de collaborer avec les autorités n'échappent pas à l'engagement de leur responsabilité civile au titre de l'infraction commise, mais elles ne pourront pas être poursuivies au civil dans des conditions plus désavantageuses que les entreprises n'ayant pas opté pour une collaboration avec l'autorité de concurrence.

288. Il faut remarquer que, dans le texte du Parlement, il a été précisé, à propos de la liste noire, que les "*citations littérales*" des documents figurant dans celle-ci doivent également être protégées de la divulgation au sein d'une procédure judiciaire (considérant 24).

289. Un autre élément important de la version finale de la directive, qui n'était pas présent dans la proposition de la Commission, tient à la précision selon laquelle il ne sera possible d'ordonner la divulgation d'un élément de preuve par une autorité de concurrence que si les parties ou d'autres tiers ne peuvent fournir les preuves demandées (article 6, § 10). Les autorités de concurrence auront, en outre, la possibilité de présenter leurs observations aux juridictions nationales en matière de divulgation de preuves (article 6, § 11).

290. L'article 9 de la directive concerne l'effet probatoire des décisions des autorités nationales de concurrence. L'objectif du texte est de faciliter la tâche probatoire des victimes

lorsqu'elles demandent l'indemnisation du dommage causé par une pratique anticoncurrentielle ayant déjà fait l'objet d'une constatation d'infraction par une autorité de concurrence, selon une décision devenue définitive. Les décisions de la Commission bénéficient déjà d'un effet liant, puisque l'article 16 du règlement (CE) n° 1/2003 dispose que les juridictions nationales, statuant sur des pratiques ayant fait l'objet d'une décision de constat d'infraction adoptée par la Commission, ne peuvent pas prendre de décisions qui iraient à l'encontre de cette décision. Dans un système d'application décentralisée du droit de la concurrence, la Commission souhaitait également établir un système de ce type pour les décisions des autorités de concurrence nationales. Quelle que soit l'autorité de concurrence ayant adopté la décision, une fois celle-ci devenue définitive, l'infraction constatée par l'autorité de concurrence n'aurait pas pu être contestée dans le cadre de l'action en dommages et intérêts.

291. Au final, la directive telle qu'approuvée par le Parlement comporte une disposition selon laquelle une décision intervenue dans la sphère publique établit, de façon irréfutable, la violation du droit de la concurrence, mais seulement dans l'hypothèse où elle a été rendue par l'autorité de concurrence du même État membre que la juridiction civile appelée à statuer sur l'action en dommages intérêts. Il n'y a donc pas d'effet contraignant "transfrontalier". Dans le cas où l'instance civile se déroule dans un autre État membre que celui dans lequel la procédure de concurrence a eu lieu, par exemple, si l'on saisit une juridiction italienne en se prévalant d'une décision adoptée par l'autorité française de concurrence, le texte final de la directive prévoit que celle-ci vaudra au moins en tant que commencement de preuve. Cela n'empêche pas les États membres d'aller au-delà et de prévoir un effet contraignant identique, dans tous les cas de figure, comme cela se fait déjà dans certains États membres tels que l'Allemagne.

292. Une autre disposition de la proposition de directive se rattache également à l'articulation entre le *public* et le *private enforcement*. L'article 11, relatif à la responsabilité solidaire, vise à éliminer les problèmes éventuellement produits par le mécanisme de la responsabilité solidaire sur les entreprises obtenant une immunité d'amende dans le cadre d'une procédure de clémence devant une autorité de concurrence. À partir du moment où cette entreprise n'exerce pas de recours contre la décision de l'autorité, celle-ci devient définitive à son égard, tandis qu'elle ne l'est pas pour les autres entreprises ayant choisi de continuer la procédure.

293. Ainsi, et dès lors que, selon le principe de la responsabilité solidaire, tous les auteurs d'une infraction sont intégralement tenus de la dette de réparation vis-à-vis des victimes, l'entreprise ayant obtenu l'immunité risque fort de devoir faire face à toutes les actions en dommages et intérêts exercées par les victimes de l'entente. Ces dernières en effet ont davantage intérêt à agir à son encontre plutôt qu'à engager des actions contre les entreprises ayant choisi de former un recours contre la décision constatant l'infraction : dans cette hypothèse, en effet, les victimes seraient exposées au risque d'une suspension de leur action au civil jusqu'à l'achèvement de la procédure de concurrence.

294. Pour éviter ce mécanisme, la Commission a prévu que les bénéficiaires d'une immunité sont en principe responsables seulement à l'égard de leurs propres acheteurs directs ou indirects. Ils seront responsables à l'égard d'autres parties lésées seulement si elles ne peuvent pas obtenir une réparation intégrale auprès des autres auteurs de l'infraction. En d'autres termes, les clients des autres membres du cartel ne pourront pas demander en principe réparation au bénéficiaire de l'immunité, sauf, par exception, si les autres auteurs de l'infraction ne sont pas en mesure de payer le montant des dommages et intérêts.

295. Dans cette même disposition relative à la responsabilité solidaire, un nouvel alinéa a été introduit, qui concerne les petites et moyennes entreprises (PME). Sous certaines conditions assez strictes, celles-ci pourront aussi bénéficier d'une limitation de leur responsabilité civile, celle-ci n'étant en principe engagée qu'à l'égard de leurs seuls cocontractants.

296. Le chapitre de la directive concernant la répercussion du surcoût (articles 12 à 16) a conservé, dans la version finale, les caractéristiques fondamentales que comportait la proposition de directive.

297. La question de la répercussion (totale ou partielle) se pose dans toutes les situations où une infraction aux règles de concurrence produit une hausse de prix (surcoût) qui est ensuite répercutée par les clients des auteurs de l'infraction sur leurs propres cocontractants. En ce cas, le dommage produit par l'infraction ne s'arrête pas au stade des clients directs, mais peut se propager le long de la chaîne de distribution, jusqu'aux acheteurs finals.

298. En la matière, le choix de la proposition de directive présentée par la Commission européenne s'est nettement démarqué de la solution retenue au niveau fédéral aux États-Unis. La Cour suprême américaine a établi deux règles selon lesquelles, d'une part, lorsqu'un acheteur direct réclame une indemnisation au titre de la hausse des prix effectuée par l'auteur de l'infraction, ce dernier ne peut pas invoquer en défense le fait que ce "surcoût" a été répercuté par les plaignants sur ses propres clients et, d'autre part, les acheteurs indirects ne peuvent agir en vue de réclamer une indemnisation à raison du surcoût répercuté sur eux.

299. C'est une approche différente qui a été choisie en Europe. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, consacrant fortement le droit à réparation du préjudice subi au profit de toute partie lésée par une pratique anticoncurrentielle, les mesures portées par la directive visent à permettre à toute victime d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

300. Il est donc nécessaire, dans cette perspective, de permettre aux acheteurs indirects de demander l'indemnisation des dommages subis du fait de la répercussion des surcoûts. La "*disposition miroir*" consiste ensuite à admettre que l'auteur de l'infraction dispose d'un moyen de défense lorsque l'acheteur direct a répercuté le surcoût sur ses propres acheteurs (*passing-on defence*). Il est néanmoins expressément précisé que ce moyen de défense laisse subsister la possibilité pour les acheteurs directs ayant répercuté tout

ou partie de la hausse de prix d'obtenir réparation pour le manque à gagner subi en raison de la baisse des ventes qu'a entraînée la hausse de leurs tarifs.

301. Par ailleurs, et dans la mesure où les acheteurs indirects sont en droit de demander réparation, il est apparu nécessaire de leur faciliter l'administration de la preuve qui leur incombe. Il est effectivement très difficile pour ces acheteurs indirects d'établir avec précision quelle portion du surcoût a été répercutée sur eux, ce qui est de nature à décourager les actions par les acheteurs indirects. C'est pourquoi la directive établit une présomption réfragable qu'un surcoût a été répercuté, lorsque plusieurs conditions qu'elle précise sont établies.

302. Pour autant demeure la question de savoir quelle fraction du surcoût a été répercutée. Dans le livre blanc, la Commission avait envisagé la possibilité d'introduire une présomption selon laquelle l'intégralité du surcoût a été répercutée, en laissant à l'auteur de l'infraction la charge de démontrer qu'une partie du surcoût a été absorbée à d'autres niveaux de la chaîne économique. Cette solution n'a cependant pas été retenue dans la proposition de directive. Celle-ci laisse finalement au juge la possibilité d'estimer, conformément aux procédures nationales, quelle portion du surcoût a été répercutée jusqu'à l'acheteur indirect.

303. Dans le chapitre concernant la répercussion du surcoût, le texte adopté par le Parlement, lorsqu'on le compare à la proposition de la Commission, apporte des éclaircissements dans le cas où plusieurs actions sont engagées aux différents niveaux de la chaîne de distribution (acheteurs directs et indirects). Il faut éviter dans ces situations qu'il y ait structurellement une sur-indemnisation ou une sous-indemnisation. La directive souligne la nécessité d'éviter toute réparation d'un préjudice qui serait supérieure au préjudice causé au demandeur par l'infraction ainsi que l'absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction.

304. La proposition de la Commission indiquait à ce propos qu'il fallait mettre en œuvre tous les mécanismes nécessaires pour éviter une telle situation, et notamment prendre en compte les jugements rendus pour le même contexte de litige, avec d'autres parties, dans un niveau différent de la chaîne de distribution.

305. Le texte final adopté par le Parlement prévoit que les États membres peuvent élaborer les règles procédurales destinées à garantir que l'indemnisation de la perte subie à un niveau de la chaîne de distribution n'excède pas le préjudice subi à ce niveau (article 12, § 2).

306. La date de l'adoption formelle de la directive dans toutes les langues par le Conseil, et sa parution au *Journal officiel*, est encore incertaine. Une fois que celle-ci sera publiée au *Journal officiel*, le délai prévu pour sa transposition dans les systèmes juridiques des États membres sera de deux ans. Dès lors, le véritable défi portera sur la façon dont la directive sera transposée dans les différents systèmes juridiques nationaux.

307. En ce qui concerne la Commission, le travail n'est pas encore terminé : à plusieurs reprises, le Parlement et le Conseil l'ont sollicitée pour qu'elle produise des lignes directrices, des textes non contraignants afin de guider les juridictions nationales sur certains sujets, comme la répercussion du surcoût (article 16), dont l'estimation pourrait être une charge assez lourde pour les juridictions nationales. Il est donc possible que la Commission soit amenée à produire ces documents. Toutefois, le plus grand défi pour la Commission consistera probablement à fortifier son cadre de coopération avec les juridictions nationales, au-delà des instruments qui sont déjà en place³⁴⁴. La nature des recours juridictionnels ne se prête peut-être pas à une coopération aussi étroite que celle existant au sein du réseau européen des autorités de concurrence depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003. Pour autant, la Commission devra certainement trouver des moyens de tenir compte de l'importance accrue du rôle des juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence de l'Union. ■

³⁴⁴ Article 15, § 3, du règlement (CE) n° 1/2003.

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

LES APPORTS DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

Bruno DEFFAINS ET LAURENT BENZONI

Professeurs, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

I. Private enforcement et responsabilité civile en droit de la concurrence

1. Cadre d'analyse

133. Le *private enforcement* comme complément ou substitut de l'action publique est un sujet de recherche en économie du droit. Le mécanisme de mise en œuvre privée décrit les situations où les activités de détection et de poursuite devant la justice sont confiées aux parties privées. La décision sur l'affaire continue en principe de relever de la sphère publique, le plus souvent dans le cadre d'un jugement rendu par un tribunal. Le mécanisme privé serait donc clairement limité à la mise en œuvre du droit. En principe, ce type de dispositif apparaît inutile puisque le mécanisme public devrait être suffisant pour atteindre l'optimum économique. En particulier, dans le domaine du droit de la concurrence, les autorités seraient en mesure de détecter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, au niveau européen, l'ensemble des dispositifs concentre historiquement le pouvoir de mise en œuvre du droit de la concurrence entre les mains de la Commission. Un tel choix implique, bien entendu, une forte centralisation. Les autorités de concurrence se doivent en effet de rechercher et de traiter l'information, d'instruire les cas et de juger les cas d'espèce. Chacune de ces étapes implique un travail complexe et hautement qualifié. En d'autres termes, la mise en œuvre du droit de la concurrence dans un tel contexte s'avère particulièrement coûteuse. C'est l'une des raisons qui ont conduit la Commission à promouvoir une participation plus active des parties privées dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. La publication en 2008 du livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante est l'illustration la plus manifeste de cette évolution. Si l'objectif affiché est clairement de fournir un mécanisme d'indemnisation des victimes de dommages causés par l'infraction, ce texte pose plus généralement la question des avantages du recours à un mécanisme de mise en œuvre privée.

134. D'une manière générale, les avantages liés à un tel mécanisme peuvent être regroupés en trois grandes catégories selon la littérature. En premier lieu, les victimes d'un

dommage sont souvent les mieux placées pour identifier ceux ou celui qui en sont à l'origine. Non que des agents publics n'y parviendraient pas, mais les agents privés bénéficient d'avantages informationnels (Polinsky et Shavell, 2000). En second lieu, les incitations des agents privés peuvent être plus efficaces pour détecter et poursuivre les comportements à l'origine des dommages dans la mesure où ils sont directement motivés par le montant des dommages et intérêts qu'ils peuvent obtenir. Enfin, les coûts relatifs à la recherche et à la détection des comportements condamnables ainsi que les coûts des poursuites pourraient être plus faibles (Posner, 1970). En effet, la détection des cartels pourrait alors passer par la surveillance des victimes plus promptes à dénoncer ces pratiques si elles y trouvent un intérêt³⁴⁵. Sur la base de ces différents arguments, la littérature s'est efforcée d'identifier les conditions de mise en œuvre optimale de mise en œuvre du droit. C'est ainsi par exemple que Garoupa et Klerman (2000) proposent un modèle général permettant de délimiter les champs respectifs des mécanismes privés et publics³⁴⁶.

135. Au regard de ces arguments de nature à la fois théorique et empirique, il semble donc que le recours à un mécanisme de mise en œuvre privée soit particulièrement adapté au droit de la concurrence. On comprend également qu'une telle procédure de rachat de créances dépasse largement ce seul champ juridique et couvre de nombreux cas de responsabilité civile. Loin d'y voir un simple mécanisme d'échange des droits de poursuite, il contribue à l'effectivité du droit. Reste que les principes juridiques trouvent-ils leur compte dans le développement de tels mécanismes qui participent, de fait, à une "marchandisation" des droits à réparation ?

136. Il nous semble que cette question appelle deux séries de commentaires. D'une part, il est clair que si ce genre de solution venait à se généraliser, on devrait voir apparaître un véritable "marché des droits" où les offreurs seraient les victimes, et les demandeurs, les entreprises spécialisées dans ce genre de contentieux en droit de la concurrence³⁴⁷. Ce risque a d'ailleurs été vu en France par exemple, où la Cour de cassation a rejeté l'action en représentation de l'UFC-Que choisir précisément au motif que l'association

345 On peut rapprocher ce phénomène de celui mis en place par les cartels eux-mêmes lorsqu'ils utilisent (...)

346 Cependant, on doit noter qu'un certain nombre d'auteurs doutent que les sanctions civiles soient ré (...)

347 V. aff. CDC.

de consommateurs se serait rendue coupable de démarchage illégal de mandats. Cependant, cet argument n'est qu'à moitié convaincant, car dès lors que l'on reconnaît que de tels droits à agir sont patrimoniaux et qu'ils peuvent être compensés au titre d'une réparation monétaire, on voit mal ce qui ferait obstacle à leur vente entre agents privés. D'autre part, il reste un argument plus décisif, celui de l'effectivité des normes. Ce problème est bien connu en droit communautaire, et notamment en droit communautaire de la concurrence. En effet, il y aurait un caractère somme toute assez paradoxal à reconnaître la possibilité d'une action en dommages et intérêts tout en ne prévoyant aux victimes aucun dispositif institutionnel pour rendre effectif ce droit ou en déclarant illégaux tous mécanismes juridiques qui joueraient un tel rôle d'effectivité (Komninos, 2008). En suivant Komninos, on peut ici faire trois remarques. Premièrement, le droit à une protection effective est un droit reconnu aux articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. Deuxièmement, et plus spécifiquement, le droit communautaire voit dans les actions privées un élément essentiel de l'effectivité du droit communautaire en faisant des agents privés les compléments de l'action publique dans la réalisation du droit communautaire. Enfin, des dispositions procédurales différentes selon les États affaibliraient l'ensemble de la construction du droit communautaire de la concurrence. Certes, il est généralement reconnu aux États membres une liberté procédurale, mais si les écarts de solutions juridiques étaient trop importants entre les systèmes juridiques, la cohérence et l'uniformité du droit communautaire seraient en jeu et ne manqueraient de créer des effets pervers par la voie de stratégies juridiques et économiques différenciées.

2. Économie et responsabilité civile

137. L'analyse économique du droit ne pose pas directement la question de l'effectivité des normes, dans la mesure où elle se concentre sur les problèmes d'efficacité. Pour autant, le sujet n'est pas ignoré. Nous en voulons pour preuve les débats relatifs à l'utilisation de la responsabilité civile comme instrument d'internalisation des risques de dommages. Les études sur le sujet cherchent à décrire les mérites respectifs des différents systèmes de responsabilité civile basés ou non sur la notion de faute. Mais une fois ces mérites constatés au plan théorique, l'analyse se concentre sur les limites rencontrées en pratique. Les problèmes d'information du Tribunal ainsi que les difficultés liées à la solvabilité des agents responsables ont ainsi souvent été mis en avant (v. p. ex. Shavell, 1987). Mais il est une autre limite qui nous ramène directement à la question de l'effectivité, celle de la probabilité que l'agent responsable aille en procès.

138. Pour illustrer notre propos, nous nous placerons dans le cas le plus simple d'un accident unilatéral avec niveau d'activité exogène (Deffains, 2000). Pour cela, on considère une situation où l'activité d'un agent impose un risque de dommages à des tiers, les victimes subissant une perte de montant D en cas d'accident. La probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. Soit $p(x)$ cette probabilité, où x représente l'effort de prévention de l'agent avec $p' < 0$ et

$p'' > 0$. Les précautions de l'agent réduisent les bénéfices qu'il retire de son activité, ce coût de prévention étant dénoté par $C(x)$ avec $C' > 0$ et $C'' > 0$.

139. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers :

$$\text{Min}_x CS(x) = C(x) + p(x)D \quad (1)$$

140. En supposant une solution intérieure à ce problème, l'effort de prévention socialement optimal x^* satisfait la condition de premier ordre :

$$C'(x^*) + p'(x^*)D = 0 \quad (2)$$

141. En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul. Dans ce qui suit, on analyse le rôle de la responsabilité civile en tant que mécanisme d'incitation à la prévention. Dans certains cas, ce mécanisme réalisera l'optimum ; dans d'autres cas, le niveau de précaution sera sous-optimal. On suppose ici que l'activité générant les risques est socialement désirable, quel que soit le degré de précaution de l'agent.

142. Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est légalement responsable des dommages qu'il provoque, quel que soit par ailleurs le degré de précaution avec lequel il exerce son activité. L'agent générateur de risques fait alors face à la fonction de coût "sans faute" :

$$K_s(x) = C(x) + p(x)D \quad (3)$$

143. En supposant la neutralité au risque, l'agent minimise ce coût, ce qui implique qu'il adopte le niveau de précaution socialement optimal.

144. Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent imposant les risques n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme ou à un standard de comportement "raisonnable" fixé par le tribunal compte tenu des caractéristiques de la situation. On suppose que la norme juridique est efficace, en ce sens qu'elle correspond au niveau de précaution optimal. Dans ce cas, l'agent fait face à la fonction de coût "pour faute" :

$$K_f(x) = \begin{cases} C(x) + p(x)D & \text{si } x < x^* \\ C(x) & \text{si } x \geq x^* \end{cases}$$

145. Avec une telle règle, l'agent adoptera donc également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le Tribunal : s'il ne respecte pas le niveau de précaution x^* , son coût privé se confond avec le coût social, ce qui n'est plus vrai à partir de x^* puisque le Tribunal ne lui impute plus la charge des dommages. L'intérêt de l'agent est donc de respecter x^* de façon à minimiser son coût privé.

146. Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le Tribunal doit en effet être en mesure de fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal. Si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop élevée, l'optimum sera encore réalisé, car son coût privé continuera d'être minimisé en x^* . En d'autres termes, l'équivalence des deux formes de responsabilité ne sera avérée que si le Tribunal détient les informations permettant de fixer la norme de comportement en x^* . Remarquons que cette équivalence concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime de responsabilité retenu. Avec la responsabilité sans faute, l'agent générateur de risque supporte la totalité des coûts ; avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

147. Ce raisonnement soulève toutefois une difficulté immédiate en termes d'effectivité. En effet, nous avons implicitement supposé tout au long de l'analyse que la probabilité de la victime d'aller devant le juge est égale à l'unité. Plus précisément, nous pourrions réécrire notre problème du coût social sous la forme :

$$\text{Min}_x CS(x) = C(x) + qp(x)D$$

$$\text{avec } q = 1$$

148. Cette hypothèse n'est pas réaliste. De ce fait, on observera que si la probabilité est strictement inférieure à 1, les incitations à prévenir le dommage sont insuffisantes. Dans notre exemple, l'effort sera strictement inférieur au niveau optimal. Il s'agit bien là d'une question d'effectivité dans la mesure où le signal reçu par l'agent à l'origine du risque s'avère inadapté. En pratique, il existe de nombreuses raisons de croire que la probabilité d'accéder au juge est strictement inférieure à 1. On peut bien entendu mettre en avant les contraintes financières de certains agents. Mais d'autres raisons peuvent également contribuer à réduire la probabilité d'agir en justice. Nous pensons plus particulièrement ici à la dispersion des dommages. En effet, lorsqu'un très grand nombre de personnes sont atteintes si faiblement que personne n'a intérêt, individuellement, à mener l'affaire devant les tribunaux, il est clair que les incitations de l'agent générateur du risque sont très insuffisantes. Imaginons par exemple que 10 000 personnes soient victimes d'un produit mis en vente par une seule entreprise et que seule la moitié de ses victimes décide d'aller devant le juge. Au mieux, les incitations seront de moitié inférieures à ce qui serait socialement souhaitable. Si l'on considère ici que le problème réside moins dans une contrainte financière des agents que dans la faiblesse de l'enjeu au niveau individuel, différents moyens d'action existent pour rétablir l'effectivité de la norme juridique. On pense notamment aux politiques agissant sur D (dommages-intérêts punitifs par exemple) ou à celles influençant directement q , notamment la possibilité d'engager des actions collectives.

149. Nous pouvons toutefois remarquer que ce problème de "sous-investissement au procès" par les victimes est d'autant plus important qu'il y a une dimension collective à l'action. En effet, dès lors que le défendeur subit une externalité négative liée au procès (le risque d'être poursuivi sur le même fondement par plusieurs victimes), il a intérêt à surinvestir dans le procès. Cela lui permet en effet de signaler à l'ensemble des victimes que la bataille judiciaire sera difficile. Au contraire, la victime seule n'investit qu'à hauteur de ses bénéfices attendus. Or, le décalage sera d'autant plus important que la victime percevra la défense agressive de l'auteur du dommage comme une probabilité plus faible d'une issue favorable. Un résultat classique en économie du droit veut d'ailleurs que l'aversion pour le risque influence négativement la probabilité d'aller devant le juge.

150. Nous avons ici décrit un phénomène bien connu dans la littérature consacrée à l'évaluation des règles de responsabilité civile. Ce phénomène nous permet de bien comprendre l'importance de la notion d'effectivité de la norme en matière économique. Nous pouvons souligner que cette question est tout aussi importante en matière pénale. La question n'est plus simplement celle de l'indemnisation des victimes de dommages, mais plus généralement celle de la sanction optimale. Si la probabilité de détection est insuffisante (en particulier si les victimes ne portent pas plainte), les auteurs d'actes criminels ou délictueux peuvent être insuffisamment dissuadés.

II. La réparation du dommage concurrentiel : Une efficacité en devenir ?

151. Comme nous venons de le voir, les principes de l'analyse économique du droit participent au fond d'une approche utilitariste du droit où l'agent prend une décision de transgression des règles en fonction des avantages *versus* inconvénients que procure cette décision³⁴⁸. Dans les affaires de concurrence, les avantages obtenus sont de nature économique – augmentation des gains à un terme plus ou moins éloigné –, tandis que les inconvénients sont jaugés à l'aune de la sanction et de la réparation potentielles en fonction de la probabilité d'être "pris" et condamné par une autorité de concurrence et de devoir verser des dommages aux victimes de la pratique. Dans cette perspective, la sanction et la réparation constituent un coût global traité comme un tout par les entreprises.

152. Un arbitrage précis entre le coût global et l'avantage d'une pratique anticoncurrentielle n'est pas explicitement effectué par les entreprises. On notera néanmoins qu'une "culture" du respect plus ou moins strict de la règle de droit peut s'établir en fonction de l'expérience collective et non de la seule expérience individuelle. En d'autres termes, si à l'examen des multiples contentieux concurrentiels il transparaît que le coût de la transgression des règles du droit de la concurrence coûte peu au regard des gains obtenus, alors la "convention" peut s'instaurer dans le monde des affaires que le respect du

³⁴⁸ L'article séminal de G. Becker, *Crime and Punishment...*

droit de la concurrence constitue une contrainte subsidiaire dans la prise de décision des entreprises. Le non-respect du droit peut alors s'ériger en une sorte de norme, car seraient au final pénalisés ceux qui le respectent.

153. En ce sens, une politique de la concurrence efficace, c'est-à-dire qui réprime et surtout prévient les comportements anticoncurrentiels, se doit donc de vérifier que la sanction et la réparation présentent ensemble un coût, ou une menace, qui contrebalance substantiellement les gains anticipés du non-respect du droit de la concurrence. La question de la réparation doit être traitée en cohérence avec celle de la sanction alors même que ces deux questions font l'objet d'un traitement juridique apparemment parfaitement distinct. Pour autant, les calculs de la sanction et de la réparation, s'ils sont effectués dans le respect des méthodes proposées par l'Autorité de la concurrence et les tribunaux de commerce, sont étroitement liés l'un à l'autre.

154. Rappelons que l'Autorité de la concurrence calcule le montant de base de la sanction en fonction (i) de la gravité des faits, (ii) du dommage à l'économie causée par la(es) pratique(s) en cause dans le cas d'espèce³⁴⁹. S'agissant du dommage à l'économie, l'Autorité en donne la définition suivante : *“Le dommage causé à l'économie (...) ne se limite pas d'ailleurs aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités (...) directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer (...), mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation. Il ne se réduit donc pas à une perte précisément mesurable”* (communiqué, § 27).

155. Partant de cette définition, l'Autorité précise immédiatement le *“dommage causé à l'économie ne se présume pas. L'Autorité en apprécie l'importance de façon objective, au vu de tous les éléments pertinents (...) sans toutefois devoir le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel”* (communiqué, § 28). En d'autres termes, l'évaluation du dommage à l'économie relève plus d'une appréciation que d'un calcul qui doit être effectué pour une demande de réparation.

156. D'ailleurs, l'Autorité précise ensuite sur cette distinction de méthode : *“Dans le cas où elle apprécie des éléments de nature quantitative (...) l'Autorité ne procède pas, ce faisant à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction”* (communiqué, § 30). L'Autorité entend bien ne pas se livrer à l'exercice hypothétique de construction d'un scénario contrefactuel nécessaire pour toute évaluation d'impact d'une pratique anticoncurrentielle.

157. En revanche, l'Autorité s'engage à examiner, donc à critiquer, l'éventuel travail de chiffrage du dommage à l'économie qui lui serait soumis par les parties : *“Lorsque*

les parties produisent (...) des études économiques visant à mesurer certains aspects du dommage ayant, selon elles, pu être causé à l'économie, l'Autorité s'engage à les soumettre à son analyse et à faire état du résultat de celle-ci dans sa décision” (communiqué, § 29).

158. Une fois le dommage apprécié, l'Autorité établit alors le montant de base de la sanction comme un pourcentage des ventes réalisées en France sur le(s) produit(s) concerné(s).

159. Sur le plan économique, il est donc possible de se livrer à un exercice de quantification du dommage à l'économie respectant la définition qu'en donne l'Autorité, lequel doit servir de base au calcul de la sanction. Pour l'Autorité de la concurrence, les accords horizontaux constituent l'infraction concurrentielle la plus grave. À ce titre l'Autorité évalue, dans ce cas, la sanction comme un pourcentage des ventes réalisées en France sur les produits concernés. En cas d'accord horizontal, infraction jugée comme la plus grave par l'Autorité, le pourcentage ne peut être inférieur à 15 % des ventes, mais ne peut dépasser le seuil de 30 % des ventes en cause.

160. S'agissant de la réparation, le principe général du droit français consiste à indemniser la victime au strict prorata du dommage subi, soit en cas d'infraction concurrentielle à compenser l'écart entre la situation de marché qui a prévalu du fait de l'infraction (le factuel) et la situation de marché qui aurait dû prévaloir en l'absence de l'infraction (le contrefactuel).

161. Sur ces bases, il est possible de se livrer à un petit exercice de simulation chiffrée pour comprendre la relation existant de facto entre la sanction et la réparation.

162. Selon une recension récente portant sur des études économiques concernant des cas de cartels, les prix pratiqués sur le marché ont augmenté en moyenne de 40 % au-dessus du prix de concurrence (v. *tableau 1*). Le prix de concurrence résulte du contrefactuel qui indique ce qui devait se passer sur le marché si l'accord de cartel n'avait pas prospéré.

Tableau 1. Extrait de la synthèse d'augmentations de prix causées par des cartels³⁵⁰

Etudes	Nombre de cas étudiés	Augmentation des prix
Werden (2003)	13 cartels	21%
Posner (2001)	12 cartels internationaux	49%
Levenstein et Suslow (2006)	22 cartels internationaux	43%
Griffin (1989)	38 cartels	46%
Connor (2006)	248 cartels (monde)	43%
Connor (2006)	64 cartels européens	53%
Bolotov, Connor (2006)	126 cartels européens	53%
	Moyenne	plus de 40%

163. Posons ainsi que le prix de concurrence d'un produit vendu sur un marché devait être de 10 €. Le cartel a pu augmenter le prix de 40 % et a ainsi vendu le produit au prix de 14 € au lieu de 10 €. Soixante unités de produit ont été achetées au prix de cartel. Les acheteurs de ces produits ont donc payé 4 € de trop chaque unité achetée, soit un trop-payé de 240 € (60 x 4 €). Ce montant de 240 € représente à la fois

³⁴⁹ Communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

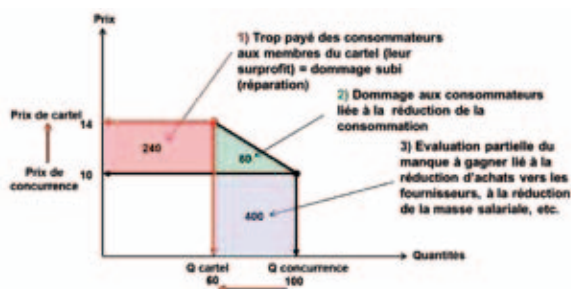
³⁵⁰ Source : d'après E. Combe et C. Monnier, Les cartels en Europe : une analyse empirique, *Revue française d'économie*, vol. XXVII, n° 2, octobre 2012.

une première composante du dommage à l'économie défini par l'Autorité (v. *supra*), mais aussi le dommage patrimonial subi par les consommateurs du produit, à savoir le trop-versé au cartel dont ils pourront demander le remboursement (v. rectangle rouge dans le *schéma 1*, *infra*).

164. Mais, le dommage à l'économie défini par l'Autorité dépasse amplement le seul surprix du produit puisqu'il englobe toutes les perturbations causées par la pratique. Ainsi, l'augmentation du prix par le cartel a engendré une moindre demande du produit. Posons qu'en cas de concurrence, au prix de 10 € la demande pour le produit aurait été de 100 unités (le contrefactuel), au lieu des 60 unités vendues constatées au prix de 14 € (le factuel)³⁵¹. Cette réduction des ventes concerne directement la demande (les consommateurs), mais aussi l'offre, car de moindres ventes impliquent une moindre production.

165. Côté consommateurs, la réduction de la demande représente de moindres achats pour un montant de 80 € (v. triangle vert dans le *schéma 1*). Côté offreurs, la perte de chiffre d'affaires est de 400 € (v. rectangle bleu sur le *schéma 1*).

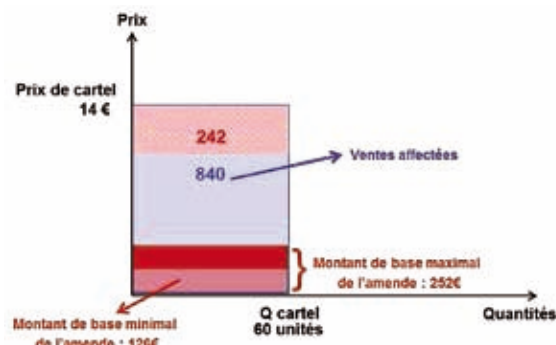
Schéma 1. Dommage à l'économie : Simulation sur un cas de cartel



166. Une part plus ou moins importante de ce chiffre d'affaires non vendu s'est traduit par de moindres achats en amont, soit un manque à gagner pour les fournisseurs du cartel, ou par de moindres flux de ventes en aval pour les distributeurs notamment, soit aussi un manque à gagner pour ces entreprises. Pour une moyenne nationale de 55 % de la part des consommations intermédiaires dans les ventes des entreprises, cela signifie que les seuls fournisseurs en amont ont subi une perte de chiffre d'affaires de 200 €.

167. Pour le calcul de la sanction, l'Autorité va changer de repère et calculer le montant de base de l'amende en fonction des ventes réalisées sans aucune référence directe au dommage à l'économie. Il reste comme indiqué précédemment que le dommage des consommateurs est bien une composante des ventes réalisées. Le *schéma 2* représente ainsi, dans l'exemple chiffré ci-dessus, l'intervalle dans lequel l'Autorité fixera le montant de base de l'amende. Celui-ci, basé sur les ventes totales réalisées, à savoir 840 €, se situera entre 126 et 252 € selon que le taux retenu par l'Autorité sera minimal (15 % des ventes) ou maximal (30 %).

Schéma 2. Montant de base de l'amende minimal et maximal



168. En tout état de cause, la sanction est inférieure au dommage causé à l'économie. Dans notre petit exemple chiffré, il faut même que l'Autorité se situe dans le haut de la fourchette pour que l'amende compense les gains empochés par le cartel. En effet, un taux minimal (15 %) conduit à une amende de 126 € à comparer au 242 € de trop-payé par les consommateurs au cartel. Or, il ressort que l'Autorité sanctionne à des taux plus proches de 20 que de 30 % en général. On retiendra que le principal avantage de la méthode de calcul de l'amende retenue par l'Autorité est d'éviter de réaliser un scénario contrefactuel. L'assiette pour réaliser le calcul de l'amende ne ressort donc pas d'un scénario hypothétique : elle est factuelle, peu contestable et simple à mettre en œuvre.

169. En revanche, il ressort que l'amende présente un fort risque d'être inférieure, voire très inférieure, aux gains récupérés par les auteurs d'infractions concurrentielles, qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante. Sur le plan économique, si l'on s'en tient à cette méthode de calcul des sanctions, une politique de la concurrence efficace doit aussi comprendre un volet "réparation" substantiel. Sur ce point, il semble que l'Europe accuse une certaine déficience.

170. Dans une étude de cas approfondie sur le cartel mondial des vitamines, l'économiste J. Connor a mesuré l'écart subsistant entre les gains obtenus par les membres du cartel et les sommes reversées sous forme d'amendes et de dommages aux consommateurs dans différentes régions du monde³⁵². Il ressort que le cartel a dû rétrocéder 85 % de ses gains indus aux États-Unis, mais seulement 15,4 % en Europe. On en déduit logiquement que, dans cette affaire emblématique, la pratique de cartel, même jugée, aura été une affaire très profitable pour les auteurs de l'infraction concurrentielle sur le marché européen.

171. L'étude de la structure de ces débours est intéressante. Pour les États-Unis, les amendes ont représenté 24,8 %, les dommages pour les acheteurs directs 51,9 %, dont 11,9 % obtenus auprès des tribunaux et 49 % par transactions, tandis que les dommages perçus par les acheteurs indirects montaient à 9,6 %, dont par 7,8 % par décisions de justice et 1,8 % par transactions. En résumé, la sanction compte pour un peu plus du quart des sommes reversées et la réparation pour les trois quarts. Plus de 80 % des dommages perçus par les victimes l'ont été à l'issue de transactions.

351 Soit, tacitement, une élasticité-arc de la demande égale à -1.

352 J. M. Connor, *The Great Global Vitamin Conspiracy: Sanction and Deterrence*, 2006.

172. En Europe, la structure des débours est totalement différente puisqu'aucune réparation, sous quelque forme que ce soit, n'a été identifiée par l'auteur de l'étude. Si ce cas du cartel des vitamines n'est pas nécessairement parfaitement représentatif, il n'en demeure pas moins qu'il révèle bien une faiblesse de la politique de la concurrence en Europe : à savoir l'insuffisante réparation des dommages. Sur ce point, il ne s'agit pas ici de se poser en défenseur des victimes lésées, mais principalement de pointer, dans la logique de l'analyse économique du droit, le fait qu'une politique efficace de concurrence doit clairement afficher que le "crime" concurrentiel ne paie pas. À défaut, les effets positifs d'une concurrence effective mue par des comportements loyaux sur les marchés seront altérés non seulement au détriment des consommateurs, mais aussi au détriment des entreprises de moindre taille qui favorisent l'animation concurrentielle (*mavericks*) et la dynamique économique (*innovation*).

173. Consciente de ces enjeux, la Commission européenne a publié en 2013 une communication sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages fondées sur les infractions concurrentielles³⁵³ accompagnée d'un guide pratique mis en ligne avec statut de "document provisoire". L'objectif de la Commission est double : d'une part, "labelliser" les méthodes permettant de produire les expertises économiques "robustes" indispensables à l'évaluation du dommage et, d'autre part, créer un référentiel commun utilisable par les différentes juridictions nationales.

174. Au-delà du principe posé dans ces documents "*Il faut réparer*" et des modalités techniques "*Comment mesurer la réparation*", il importe de revenir sur une question de fond : la notion de dommage concurrentiel est-elle compatible avec la pratique des tribunaux en France ? En effet, sur une trentaine de décisions de demande de réparation pour infraction concurrentielle présentée devant les tribunaux français au cours des dix dernières années, on relève que les indemnités accordées représentent 7 % en moyenne de la demande de dommage des victimes. Les montants de la réparation paraissent dérisoires et se traduisent par ce déséquilibre relevé plus haut dans le cas du cartel des vitamines entre gains estimés de l'infraction et montant de la réparation.

175. Or, la mesure de l'effet préjudiciel d'une infraction concurrentielle repose sur la construction d'un scénario contrefactuel qui impose nécessairement des hypothèses ; l'Autorité de la concurrence parle à ce propos de scénario "*hypothétique*" (v. citation, *supra*). Cette sémantique n'est pas neutre. En langue française, les synonymes d'hypothétique sont : aléatoire, équivoque, éventuel, douteux, spéculatif, préconçu, incertain, improbable, imaginé, etc. Des qualificatifs qui s'accordent particulièrement mal avec l'approche du dommage qui, pour être réparable, doit être certain en droit civil français. D'où la nécessité pour les victimes de montrer l'existence d'une perte ou d'une dégradation par rapport à un état antérieur avec un standard de preuve particulièrement élevé.

³⁵³ Commission européenne, 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, JOCE du 13 juin 2013.

176. La communication de la Commission et son guide pratique mentionnés ci-dessus précisent les méthodes permettant d'atteindre ces standards. Ce sont des méthodes économiques et économétriques, souvent lourdes à mettre en œuvre, donc coûteuses. Il faut alors noter que la méthode de calcul du dommage la plus simple pour répondre aux exigences du droit français, dite du "avant-après", à savoir prolonger les tendances antérieures pour déceler des ruptures à partir du moment où la pratique condamnée entre en vigueur est souvent impossible à mettre en œuvre (pas de séries de données disponibles), insuffisante, voire inopérante, car les pratiques condamnées peuvent émerger à l'occasion du lancement de nouveaux produits ou pour empêcher l'entrée sur un marché de nouveaux concurrents. Dans ces circonstances, par définition, l'antériorité n'existe donc pas.

177. En outre, pour mettre en œuvre ces méthodes, il faut requérir les compétences de cabinets économiques en sus des compétences des conseils juridiques. Une compétence qui n'est pas identifiée en tant que telle dans la liste des experts judiciaires, et une charge certaine pour les victimes face à une espérance de résultat faible au regard de la jurisprudence des tribunaux français rappelée ci-dessus. Quand on sait les pratiques des tribunaux en matière d'application de l'article 700 du code de procédure civile, versement d'un pourboire plus que remboursement des frais réellement encourus, le contexte n'incite guère à la réparation.

178. Pourquoi mal réparé au total :

- dossiers plus complexes et difficiles (lien de causalité entre la faute et le préjudice) : problème de moyens, de formation des juges, des avocats, des experts ;
- prescription courte (cinq ans) et procédures très (trop) longues : dépérissement des preuves, contrefactuel comparé au réel postinfraction (redoutable, même si c'est erroné) ;
- la *passing-on defense* annihile nombre de demandes ;
- preuves difficiles à rassembler, surtout dans les procédures négociées ;
- Parfois, le juge judiciaire ne s'estime pas tenu par la décision de l'Autorité (surtout en cas de non-contestation, le tribunal de commerce demande que tout soit redémontré) ;
- enfin, ces procès opposent souvent des victimes aux moyens limités face aux auteurs des pratiques qui disposent des conseils pour assurer par tous moyens leur défense (l'investissement dans la baisse du dommage est "rentable").

179. Comment :

- plus sanctionner (problème d'une peine disproportionnée ?) ;

- mieux réparer : l'action de groupe est un premier pas même si très imparfait ;
- faciliter la circulation de l'information entre la procédure de sanction et celle de réparation ;
- une rubrique expertise économique pour pratique anticoncurrentielle et déloyale dans la liste d'experts des tribunaux de commerce ;
- rejeter l'argument de la *passing-on defense* ;
- instaurer des dommages punitifs bien encadrés pour en conserver les vertus et en éliminer les effets pervers bien connus (Stella Awards) ; mieux appliquer l'article 700 du code de procédure civile. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

À PROPOS D'UNE ÉTUDE EMPIRIQUE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Charles METEAUT

Avocat, Redlink, Paris,

Vice-président, AFEC Jeunes

180. Tout d'abord, je tiens à remercier Mme Chagny d'avoir invité l'AFEC Jeunes à participer à ce colloque et de lui avoir permis de présenter ses travaux. Comme Mme le professeur Carval l'a indiqué, nous sommes en cours de réalisation d'une étude empirique, en partenariat avec le laboratoire DANTE et la participation active des étudiants de Mme Chagny, ayant pour objet l'invocation du droit de la concurrence devant le juge judiciaire français. Il s'agit pour nous de recueillir les décisions de justice rendues par les juridictions civiles et commerciales françaises entre janvier 2009 et avril 2014 relatives à des affaires dans lesquelles le droit de la concurrence, tel que défini ci-dessous, a été invoqué devant le juge judiciaire, en dehors des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence.

181. Le «droit de la concurrence» faisant l'objet de notre étude et, par conséquent, des statistiques que je vais vous présenter, se limite au droit des pratiques anticoncurrentielles, à savoir les ententes et les abus de position dominante. Par ailleurs, nous travaillons actuellement sur d'autres thèmes tels que la coopération commerciale, le déséquilibre significatif ou la rupture brutale de relations commerciales établies.

182. Toutefois, nous avons fait le choix d'y inclure également l'abus de dépendance économique de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce qui représente un contentieux substantiel (27 affaires sur la totalité de la période, soit 13 %) et les règles de compétences spéciales issues de l'article L. 420-7 du code de commerce.

183. À ce stade, j'insiste sur le fait que notre étude s'effectue à partir d'une part des travaux récents en la matière (Rafael Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Paris V-René Descartes, déc. 2012) et d'autre part des données rendues publiques et donc récoltées à partir des sources à notre disposition. Nous raffinons actuellement ces données, notamment eu égard aux statistiques internes des tribunaux de commerce. Or, ces statistiques font apparaître un nombre d'affaires pertinentes potentiellement beaucoup plus important que celui que nous avons pu récolter jusqu'à présent.

184. La représentativité des données que je vais vous présenter est donc limitée, mais tient malheureusement compte du trop faible nombre de jugements de tribunaux de commerce et de tribunaux de grande instance rendus publics. Il convient donc de prendre ces données comme des tendances qui, je l'espère, pourront alimenter votre réflexion. Ces données feront l'objet d'un approfondissement par la suite dans le cadre de notre étude.

I. Le droit de la concurrence invoqué à l'appui d'une demande de réparation

1. Le recours au droit de la concurrence n'est pas systématique

185. Le recours au droit de la concurrence n'est pas systématique puisque, sur la période étudiée, nous avons relevé 205 affaires, dont seulement 119 comportaient une demande de dommages et intérêts en réparation d'une infraction prétendue au droit de la concurrence, soit 58 % des affaires. Le droit de la concurrence n'est donc pas systématiquement invoqué pour soutenir une demande de dommages et intérêts.

2. Le droit de la concurrence est un moyen parmi d'autres

186. Par ailleurs, sur la totalité des affaires, fondements délictuel ou contractuel confondus, nous avons constaté que 29 % des demandes impliquaient une demande aux moyens combinés du droit des pratiques anticoncurrentielles avec une autre norme, généralement du droit français. Ces normes sont diverses, mais j'attire votre attention sur les deux chiffres à venir. En effet, sur le total des affaires, nous relevons 18,4 % des affaires qui impliquent l'article L. 442-6 du code de commerce au titre des pratiques restrictives de concurrence et 14,2 % des affaires l'article 1382 du code civil au titre de la concurrence déloyale. Cette donnée est importante, à mon sens, pour apprécier l'efficacité du droit des pratiques anticoncurrentielles invoqué devant le juge judiciaire.

187. Une autre remarque incidente : 17,6 % du total des demandes de réparation concernent la fin de la relation commerciale et notamment des demandes sur le fondement de la rupture brutale de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, mais également sur le fondement du droit commun (contentieux de la rupture abusive). Il s'agit là d'un nombre d'affaires conséquent et qui me semble remarquable au vu de la jurisprudence.

3. Le recours au droit de la concurrence se fait en majorité sur la base du droit national

188. Le recours au droit de la concurrence se fait en majorité sur la base du droit national. Que vous preniez l'ensemble des affaires ou les affaires comportant une demande de dommages et intérêts, vous constaterez qu'environ 45 % des demandes en dommages et intérêts sont formées au moyen du seul droit des pratiques anticoncurrentielles français. Vous noterez corrélativement la part importante de combinaisons entre le droit des pratiques anticoncurrentielles français ou communautaire avec une autre norme. Parallèlement, on relèvera la très faible part du droit de l'Union européenne invoqué seul (10 %), voire même en combinaison (13,4 %) sur les arrêts que nous avons pu analyser.

4. Le droit de la concurrence, souvent mal invoqué, mais bien appréhendé par le juge

189. Lorsque nous analysons globalement les arrêts, il est frappant de constater que le droit de la concurrence n'est pas toujours bien invoqué.

190. À titre liminaire, je remarque que les affaires pertinentes que nous avons relevées ont été jugées par des cours et tribunaux dans toute la France, bien au-delà donc des seules juridictions désignées comme compétentes en vertu de la spécialisation de compétence en matière de droit des pratiques anticoncurrentielles. Notamment, 88 affaires relevées, soit 55 % du total des affaires rendues par des cours d'appel l'ont été par des cours d'appel qui, en principe, ne devraient pas avoir à connaître du droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette statistique doit susciter chez nous des interrogations sur l'efficacité en première instance de la spécialisation. Sur la période étudiée, je relève par exemple un jugement du tribunal de commerce de Toulon (RG n° 2009F00494). En tant que praticien, je m'interroge à plusieurs titres : dans le chef du demandeur, sur la raison pour laquelle il n'a pas cru devoir respecter les règles de compétence spéciale ; dans le chef du défendeur, qui n'a absolument pas contesté cette règle de compétence spéciale ; enfin, dans le chef du tribunal, qui ne fait aucune remarque à ce sujet dans son jugement.

191. Le droit de la concurrence est souvent invoqué par les demandeurs comme un "gros mot" destiné à stimuler une argumentation. Il est souvent employé à très mauvais escient par des demandeurs qui n'ont souvent pas même l'ambition de démontrer les conditions requises pour pouvoir s'en prévaloir. On relève notamment beaucoup de confusion entre "concurrence déloyale", "pratiques restrictives de concurrence" et "pratiques anticoncurrentielles".

192. Souvent les demandeurs, par "droit de la concurrence" ou "pratiques anticoncurrentielles", désignent, en réalité, des comportements commerciaux déloyaux.

193. J'évoquerai pour exemple un arrêt de la cour d'appel de Nîmes, du 9 janvier 2012 (RG n° 10/02754), dans lequel une entreprise de décoration d'intérieur était en très mauvais termes avec l'un de ses concurrents également entreprise de décoration d'intérieur qui, selon elle, détournait son courrier. Il apparaît, au vu du jugement, qu'en réalité le courrier arrivait par erreur chez le concurrent et que ce dernier ne faisait pas l'effort de lui renvoyer. Cela a justifié pour le demandeur une assignation devant le tribunal de commerce d'Aubenas pour pratiques anticoncurrentielles sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce. Naturellement, le tribunal de commerce d'Aubenas a débouté le demandeur. Cet exemple constitue, il me semble, un indice du grand nombre d'affaires dans lesquelles le droit de la concurrence est très mal invoqué.

194. Parallèlement, il convient toutefois de noter que les juges, même quand ils ne sont pas compétents en vertu de la règle de compétence spéciale, ont d'excellents réflexes vis-à-vis du droit de la concurrence puisque nous nous apercevons que, très souvent, même pour statuer au rejet, les juges ont une compréhension fondamentale tout à fait correcte du droit des pratiques anticoncurrentielles qui leur permet de bien expliquer les conditions requises pour invoquer les dispositions du droit de la concurrence.

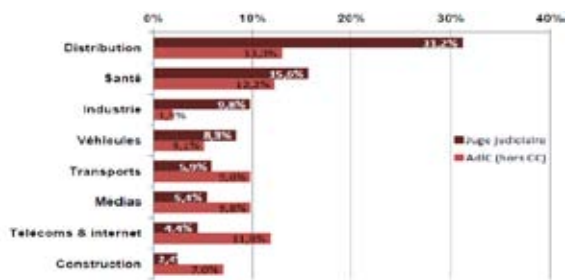
195. Je citerai comme exemple un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 2 février 2010 (RG n° 09/04652). Dans cette affaire dans le secteur de la fabrication de matériel de mesure pour le contrôle technique automobile, le juge a rappelé que, pour pouvoir démontrer un abus de position dominante sur le terrain de l'article L. 420-2 du code de commerce, fallait-il encore définir un marché pertinent, comportant une position dominante, et que par ailleurs on abuse de celle-ci. Je vous renvoie au texte de cet arrêt, très clair et bien rédigé.

5. L'activité du juge judiciaire ne porte pas en priorité sur les mêmes secteurs d'activité que l'Autorité de la concurrence

196. Nous nous sommes intéressés aux secteurs d'activité connus par le juge judiciaire et avons essayé de les comparer aux chiffres de l'Autorité de la concurrence, présentés dans ses rapports annuels. Ici encore, les données concernant l'Autorité de la concurrence sont encore parcellaires pour les années 2013 et 2014. De ce fait, ces chiffres doivent être pris avec précaution et seront présentés, ici, pour l'intérêt de la comparaison.

197. On constate que le juge judiciaire est le juge du commerce, de la distribution, et de l'industrie. En revanche, l'Autorité de la concurrence continue à connaître d'un beaucoup plus grand nombre d'affaires dans le secteur des télécoms et de l'Internet.

Figure 1: Activité du juge judiciaire par secteurs comparée à celle de l'Autorité de la concurrence



6. La faible part du *follow-on*

198. À ce stade, nous remarquons également la part très relative des cas de *follow-on*. Ici encore, les données statistiques internes des tribunaux de commerce montrent des chiffres différents et un nombre d'affaires en *follow-on*, semble-t-il, plus important que celui-ci. Il ne s'agit pas nécessairement d'une plus grande proportion d'affaires, mais en tout cas de chiffres différents.

199. Sur les affaires publiées, en revanche, nous constatons que quasiment 90 % des demandes de réparation sont présentées au juge de façon autonome en *stand-alone*. Sur l'ensemble de la période, nous avons relevé uniquement dix affaires constituant les suites d'une décision d'une autorité de concurrence sanctionnant une pratique anticoncurrentielle (cinq affaires pour l'Autorité de la concurrence, quatre affaires pour la Commission européenne et une affaire "mixte"). Sur ces dix affaires, sept concernent une demande de dommages et intérêts à la suite d'infractions, trois concernaient des sujets contentieux autres qu'à proprement parler celui de la réparation du préjudice.

II. Les réparations accordées sur le fondement du droit de la concurrence

200. À titre indicatif, nous avons établi un "top cinq" des montants de dommages et intérêts accordés sur la période étudiée :

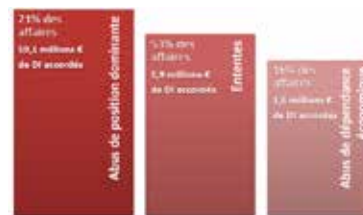
Figure 2: Classement des 5 plus importants montants de dommages et intérêts accordés par le juge judiciaire (2009-2014)

Rang	Affaire	Entreprise demanderesse	DI obtenus	Fondement	Secteur
1	T. Com. Paris 13 février 2014 RG 2013013551	SFR	51 830 000 €	L. 430-7	Télécoms & Internet
2	CA Paris 21 décembre 2012 RG 1105000	COMES (SABIECO)	7 000 000 €	L. 430-7	Télécoms & Internet
3	CA Paris 27 février 2014 RG 20124283	DOXA	1 612 947 €	L. 420-L, L. 420-2, 101, 102	Élevage de volailles
4	CA Paris 13 novembre 2013 RG 13027089	BALISI DISTRIB.	922 888 €	L. 420-2 2°	Transport
5	T. Com. Nanterre 2 novembre 2013 RG 2009016425	SPHARAGE	600 000 €	L. 420-2 2°	Télécoms & Internet

201. Dans ce tableau, deux éléments me semblent remarquables. Le premier est la forte présence du secteur des télécoms et Internet qui occupe trois rangs sur cinq de ce classement. Le second est le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, qui concerne non seulement l'abus de position dominante (aux deux premières places), mais également l'abus de dépendance économique, qui, malgré le moindre intérêt qu'il suscite chez les commentateurs, entre tout de même directement en positions quatre et cinq sur cette période.

1. L'abus de position dominante, matière sensible sur le terrain de la réparation

202. L'abus de position dominante est en effet une matière sensible puisque, sur le terrain de la réparation, nous constatons que cette matière, qui ne représente que 21 % des affaires relevées, a généré à elle seule 59,1 millions d'euros de dommages et intérêts accordés par le juge. Dans le même temps, les affaires d'ententes, représentant 53 % des affaires, n'ont généré que 2,9 millions d'euros de dommages et intérêts.



2. Le droit national, fondement privilégié de la réparation

203. Sur la question des fondements, nous retrouvons les écarts que je vous ai présentés précédemment. Le droit national reste le fondement privilégié de la réparation puisque nous constatons que le droit français des pratiques anticoncurrentielles invoqué seul a généré sur la période 8,8 millions d'euros. Parallèlement, le droit des pratiques anticoncurrentielles français ou communautaire, combiné à une autre norme du droit français, représentant seulement 27,7 % des affaires, génère 54,5 millions d'euros de dommages et intérêts. En revanche, le droit de l'Union seul, voire même en combinaison avec le droit français, ne génère finalement que très peu de dommages et intérêts. ■

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

L'IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES ANTI-CONCURRENTIELLES

Jacques DERENNE

Avocat associé, Hogan Lovells, Bruxelles et Paris

204. Une fois la ou les pratique(s) anticoncurrentielle(s) établie(s) à l'égard d'une entreprise donnée, les autorités de concurrence doivent répondre à la question de savoir quelle est l'entité juridique qui va devoir en assumer la responsabilité. Les présentes notes discutent brièvement des règles d'imputabilité développées en droit européen de la concurrence.

I. Imputabilité de l'infraction en droit de l'Union européenne

205. En droit de l'Union européenne, l'amende est infligée à l'entreprise responsable de l'infraction. La notion d'entreprise est définie comme étant toute entité exerçant des activités de nature économique sur un marché donné, indépendamment de son organisation juridique et financière³⁵⁴.

206. Ainsi, l'infraction commise par une filiale peut être imputée à la société mère dans la mesure où celles-ci constituent une seule entreprise au sens du droit de la concurrence.

207. La responsabilité de la société mère est établie lorsqu'en principe, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur sa filiale et a effectivement exercé cette influence. Toutefois, la pratique décisionnelle de la Commission européenne et la jurisprudence européenne ont établi diverses présomptions de responsabilité de la société mère pour l'infraction commise par une autre personne morale qu'elle est censée contrôler, même lorsque la société mère n'a aucunement participé à l'infraction et n'avait même pas connaissance de celle-ci.

1. Filiales détenues à 100 %

208. Dans le cas des filiales détenues à 100 %, il existe une présomption (dite "réfragable") qu'une société mère est en mesure d'exercer une influence déterminante sur sa filiale et a effectivement exercé cette influence. Ainsi, une société mère détenant 100 % d'une filiale ayant enfreint le droit de la

concurrence de l'Union européenne se verra automatiquement imputer la responsabilité de cette infraction.

209. Cette présomption peut être renversée en établissant que la filiale s'est comportée de manière autonome sur le marché : *"Dans le cas particulier où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption simple selon laquelle ladite société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (...) et qu'elles constituent donc une seule entreprise au sens de l'article [101 TFUE]. Il incombe, dès lors, à la société mère contestant devant le juge communautaire une décision de la Commission de lui infliger une amende pour un comportement commis par sa filiale de renverser cette présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'autonomie de cette dernière."*³⁵⁵ Mais, les termes de ce principe ne doivent pas faire illusion : cette présomption est en réalité impossible à renverser. En effet, la Cour de justice ajoute ensuite *"que le comportement de la filiale sur le marché ne saurait constituer le seul élément permettant d'engager la responsabilité de la société mère, mais qu'il est seulement l'un des signes de l'existence d'une unité économique. (...) [il convient également de prendre en considération] l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent cette filiale à la société mère, lesquels peuvent varier selon les cas et ne sauraient donc faire l'objet d'une énumération exhaustive"*. Ensuite, à l'objection fondée sur la création d'une responsabilité sans faute, la Cour répond par un raisonnement circulaire qui découle de l'opposition entre les notions d'"entreprise" et de "personnalité juridique" qui ne peuvent se marier facilement lorsqu'on évoque une question de responsabilité fondée sur des millénaires de raisonnement juridique : *"(...) le droit communautaire de la concurrence repose sur le principe de la responsabilité personnelle de l'entité économique ayant commis l'infraction. Or, si la société mère fait partie de cette unité économique, qui (...) peut être constituée de plusieurs personnes juridiques, cette société mère est considérée comme solidairement responsable avec les autres personnes juridiques constituant cette unité des infractions au droit de la concurrence. En effet, même si la société mère ne participe pas directement à l'infraction, elle exerce, dans une telle hypothèse, une influence déterminante sur les filiales qui*

³⁵⁴ C-41/90, *Höfner*, 23 avril 1991 : "La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement."

³⁵⁵ C-97/08P, *Akzo*, 11 septembre 2009, § 60.

ont participé à celle-ci. Il en résulte que, dans ce contexte, la responsabilité de la société mère ne saurait être considérée comme étant une responsabilité sans faute” (pt 77).

210. La Cour de justice a refusé jusqu'à présent de procéder à un revirement de jurisprudence pour faire preuve de plus de sagesse (revirements qu'elle pouvait encore décider dans les années 1980, à plusieurs reprises d'ailleurs). Une société mère ne peut donc renverser la présomption, sauf à établir l'inexistence de son groupe de sociétés. Seuls des principes fondés sur le concept de négligence des sociétés mères à l'égard de leurs filiales pourraient être conformes aux traditions juridiques précitées ou alors déclarer la présomption clairement irréfragable.

211. Dans l'arrêt *Quimica*³⁵⁶, cette présomption fut étendue aux grands-parents, c'est-à-dire aux sociétés possédant 100 % d'une société détenant 100 % de la société auteure de l'infraction au droit de la concurrence. Dans les arrêts *Arkema*³⁵⁷ et *Elf Aquitaine*³⁵⁸, cette présomption fut ensuite étendue aux sociétés mères détenant un peu moins de 100 %.

2. Participation majoritaire dans la société responsable de l'infraction

212. Dans le cas où une société mère a une participation majoritaire dans une société ayant commis une infraction au droit de la concurrence sans pour autant en détenir 100 % (par exemple 60 %), selon l'arrêt *FLS Plast*³⁵⁹, la Commission doit satisfaire le double test afin d'imputer la responsabilité de l'infraction à la société mère. Elle doit prouver que : (i) la société mère est en mesure d'exercer une influence déterminante sur sa filiale et (ii) qu'elle a effectivement exercé cette influence.

213. Toutefois, la tâche lui est grandement facilitée dans la mesure où elle doit simplement prouver le contrôle exclusif de la société mère sur sa filiale afin de prouver qu'elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur sa filiale.

3. Participation minoritaire dans la société responsable de l'infraction

214. La situation est similaire à celle où la société mère possède une participation majoritaire dans la société responsable de l'infraction. Ainsi, toujours selon l'arrêt *FLS Plast*³⁶⁰, la Commission doit prouver que l'actionnaire minoritaire a, de fait, un contrôle exclusif sur la filiale, et qu'il a effectivement exercé cette influence déterminante en se fondant sur des éléments de preuve factuels. À ce jour, il n'existe pas de précédent.

³⁵⁶ C-90/09P, *Quimica*, 30 janvier 2011.

³⁵⁷ C-520/09P, *Arkema*, 29 septembre 2011.

³⁵⁸ C-521/09P, *Elf Aquitaine*, 29 septembre 2011.

³⁵⁹ C-243/12P, *FLS Plast*, 22 octobre 2012.

³⁶⁰ C-243/12P, *FLS Plast*, 22 octobre 2012.

4. Entreprise commune 50-50

215. Dans les arrêts *DuPont*³⁶¹ et *Dow Chemicals*³⁶², la Cour de justice a établi que, dans la mesure où une entreprise commune est notifiée et est autorisée par la Commission européenne au regard du contrôle sur les concentrations, cela signifie que les sociétés mères possèdent un contrôle conjoint sur celle-ci. Ainsi, le fait que les sociétés mères sont en mesure d'exercer une influence déterminante sur leur entreprise commune est présumé.

216. La Commission doit alors prouver que les sociétés mères ont effectivement exercé cette influence déterminante. Suivant ces arrêts, elle peut le prouver en démontrant que les sociétés mères prennent certaines décisions stratégiques comme l'approbation du budget ou du plan d'affaires de l'entreprise commune. Les sociétés mères n'ont pas à être impliquées dans la gestion journalière de l'entreprise commune pour être présumées la contrôler. Il est donc très improbable que la Commission ne soit pas en mesure d'imputer la responsabilité d'une infraction aux deux parents de l'entreprise commune ayant commis l'infraction.

217. La jurisprudence *DuPont/Dow Chemical* crée par ailleurs une grande insécurité juridique par rapport à l'application de l'article 101, au-delà de cette question d'imputabilité, en énonçant que "*l'autonomie dont jouit une entreprise commune au sens [du droit des concentrations] (...) ne signifie pas que cette entreprise commune jouit également d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de décisions stratégiques et qu'elle n'est donc pas sous l'influence déterminante de ses sociétés mères au regard de l'article [101 TFUE]*" (pt 52 de l'arrêt *DuPont*). Le mot "autonomie" aurait donc plusieurs acceptions selon les situations.

II. Imputabilité et transfert d'actifs

218. Le changement de forme juridique et de nom d'une entreprise n'entraîne en principe pas la "perte" de la responsabilité. Le principe de la continuité économique s'applique. Dès lors, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise ayant commis ces infractions subsiste juridiquement, même si matériellement les personnes ne sont plus les mêmes, cette personne morale reste tenue d'assumer la responsabilité des infractions. De même, lorsqu'une entreprise transfère entièrement son activité à une autre entreprise qui en assure la continuité économique et fonctionnelle, la société cédante reste tenue des infractions commises par l'entreprise cédée, avant le transfert, pourvu qu'elle en contrôlait le comportement sur le marché.

219. En vertu du principe de responsabilité individuelle, la responsabilité doit être imputée à la personne morale contrôlant l'entité responsable de l'infraction. Tant que cette personne morale existe, sa responsabilité doit être établie³⁶³.

³⁶¹ C-172/12P, *DuPont*, 26 septembre 2013.

³⁶² C-179/12P, *Dow Chemicals*, 26 septembre 2013.

³⁶³ C-49/92P, *Anic*, 1999 et C-280/06P, *ETI*, 2007.

220. Toutefois, dans le cas où la personne juridique responsable de l'infraction disparaît, en vertu du principe de continuité économique, la Commission peut identifier *“l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter que, en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de la commission de l'infraction, l'entreprise puisse ne pas répondre de celle-ci”*³⁶⁴. C'est le principe de continuité économique.

221. Ainsi, lorsque des actifs impliqués dans la commission de l'infraction sont transférés, l'entreprise précédemment propriétaire de ces actifs continue à être responsable de l'infraction, en vertu du principe de responsabilité individuelle, jusqu'à ce qu'elle cesse d'exister. C'est seulement lorsque cette entreprise cesse d'exister que l'acquéreur des actifs devient responsable de l'infraction du droit de la concurrence ayant été commise avant même qu'il n'acquière les actifs.

III. Conclusion

222. La jurisprudence européenne a doté la Commission d'outils efficaces pour sanctionner les infractions au droit de la concurrence, quitte à prendre certaines libertés avec des principes millénaires de la responsabilité. La charge de la preuve est substantiellement allégée pour la Commission qui n'a, dans la plupart des cas, qu'à démontrer des liens structurels afin de tenir une société mère conjointement et solidairement responsable d'une infraction au droit de la concurrence commise par sa filiale.

223. Ces présomptions entrent en conflit direct avec les principes d'individualité des peines et de sécurité juridique, droits fondamentaux que la jurisprudence a toutefois déclaré ne pas être méconnus par ses principes jurisprudentiels relatifs aux règles d'imputation des infractions. Le fait qu'aucun demandeur ne soit jamais parvenu à renverser une présomption d'influence déterminante sur une filiale détenue à 100 % fait douter de la nature véritablement réfragable de la présomption *Akzo*. En outre, ces présomptions font prendre le “grand écart” à la notion d'entreprise. En effet, comment considérer que les sociétés mères d'une entreprise commune constituent une seule et même entreprise au sens du droit de la concurrence sans se détacher complètement de la réalité économique ? ■

³⁶⁴ T-6/89, *Enichem*, § 237.

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir | Paris, 13 mai 2014

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

APERÇU SUR LES SOLUTIONS DU DROIT COMMUN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Suzanne CARVAL

Professeure, Université de Rouen,

Responsable master 2 droit des assurances,

Codirectrice, Centre universitaire rouennais d'études juridiques

224. Un premier point doit être rappelé : dans les règles du code civil, la responsabilité ne pèse pas sur les entreprises, mais sur les personnes. Selon l'interprétation traditionnelle qui est faite des textes du code civil, le débiteur de la réparation est la personne, physique ou morale, qui a commis la faute à l'origine du dommage. L'imputation de la responsabilité se fait donc selon un principe différent – et généralement moins favorable aux victimes – que celui qui préside à l'attribution de la responsabilité concurrentielle.

225. Cependant, le droit civil est loin d'être hermétique à un élargissement de l'imputation, et plusieurs procédés sont déjà utilisés pour élargir, au bénéfice des victimes, l'éventail des personnes responsables.

226. Parmi ces procédés, on trouve tout d'abord celui qui consiste à condamner *in solidum* toutes les personnes qui ont pris part à un comportement collectif, s'il s'avère que ce comportement de groupe est fautif et dommageable. C'est une responsabilité collective pour faute qui est retenue, dont l'avantage est de faire supporter à chaque membre du groupe la charge de l'entier dommage, alors même – et tel est l'intérêt de la notion – qu'il n'est pas possible de déterminer avec précision le rôle causal de chacun des participants dans la survenance du dommage.

227. Mais c'est surtout le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui qui peut permettre de condamner à réparation une personne autre que celle dont la faute a causé le dommage, dès lors que ces personnes sont unies par un lien d'autorité reconnu par le droit positif. Aujourd'hui, les responsabilités du fait d'autrui sont consacrées de façon limitative et la liste existante ne comporte pas de cas susceptibles de s'appliquer aux dommages de concurrence. La situation pourrait toutefois évoluer, à l'initiative de la jurisprudence ou du législateur. La Cour de cassation pourrait par exemple utiliser à cette fin l'article 1384, alinéa 1, du code civil, qu'elle a déjà "activé" afin de consacrer la responsabilité des associations (éducatives ou sportives), du fait des dommages causés par leurs membres. Les termes de ce texte sont si larges qu'ils permettent toutes les audaces jurisprudentielles : "*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son*

propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre (...)". Quant au législateur, il pourrait évidemment s'engager lui aussi sur ce terrain, comme l'y invitent les auteurs de la récente proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre³⁶⁵. Il reste bien sûr à déterminer quelle devrait être la nature de cette responsabilité du fait d'autrui : responsabilité pour faute présumée ou responsabilité de plein droit ?

228. En définitive, le droit civil est certainement capable, en développant les moyens qui sont les siens, de suivre le droit de la concurrence sur le terrain d'une responsabilité qui s'affranchit des contraintes des personnalités morales pour s'imposer aux "entreprises" auteurs des infractions concurrentielles. Sur le terrain de l'imputation de la responsabilité, le droit civil a toujours été en avance sur le droit pénal : il est en effet plus facile de dépasser le principe de personnalité à des fins indemnitaires qu'à des fins punitives. Il serait donc curieux qu'en matière de concurrence, le droit de la réparation reste en retrait du droit de la sanction, qui relève, sinon du droit pénal, du moins de la "matière pénale". ■

³⁶⁵ Proposition de loi n° 1524, enregistrée le 6 novembre 2013 à la Présidence de l'Assemblée nationale.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor,
Dominique de Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Muriel Chagny, Valérie Durand,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré,
Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,
Ianis Girgenson, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky
Jérôme Gstalter

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Centre de Recherche en Droit Public
Jean-Philippe Kovar
Francesco Martucci
Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara,
Pierre Kobel, Silvia Pietrini,
Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne
Descoubes, Marianne Faessel-Kahn,
François Souty, Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	467,25 €	560,70 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	488,25 €	585,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	729,75 €	875,70 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	645,75 €	774,90 €
--	----------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	834,75 €	1001,70 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	939,75 €	1127,70 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions andlor Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France