

Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC)

Observations sur le

« Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante »

L'APDC, composée d'avocats français ayant une pratique régulière et confirmée en droit de la concurrence, a souhaité user de la faculté qui lui était offerte par la Commission européenne de formuler des observations sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

Elle réfute néanmoins l'idée selon laquelle les victimes d'infraction aux règles de concurrence n'obtiennent à ce jour que rarement réparation des dommages subis, et ce en raison de « divers obstacles juridiques et procéduraux ».

Ses membres sont en effet de plus en plus souvent confrontés à des actions en dommages et intérêts et considèrent qu'ils disposent pour ce faire, en France, des outils juridiques et procéduraux appropriés.

Les présentes observations ont trait à chacune des mesures proposées par le Livre blanc (2) et sont précédées d'observations générales (1).

I. Observations générales :

1. Fondement des mesures susceptibles d'être adoptées

La Commission européenne ne vise aucun fondement juridique pour les mesures qu'elle adopterait sur la base des propositions énoncées dans le Livre blanc.

L'APDC comprend qu'elle tire implicitement sa compétence de l'arrêt de la Cour de justice du 20 septembre 2001, rendu dans l'affaire C-453/99 Courage, qui posait le principe du droit à réparation pour les dommages subis du fait d'infractions au droit communautaire de la concurrence, et qui affirmait qu'« *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 et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* ».

Cette position est tout à fait discutable, car le fait pour la Cour de justice de renvoyer aux juridictions nationales et à l'ordre juridique national, en l'absence de réglementation communautaire, ne constitue pas la reconnaissance d'une compétence de la Commission.

Par ailleurs, le Livre blanc ne contient aucune indication, si ce n'est pour ce qui est de l'évaluation du dommage, du type d'acte que la Commission européenne entend utiliser pour traduire ses propositions en mesures concrètes (acte obligatoire : directive, règlement ; orientations indicatives...).

Il est indiqué aux p. 97 et 98 du « Commission staff working paper » que la Commission européenne envisage l'adoption de « mesures législatives ».

En effet, en raison de l'écart existant entre les différentes législations nationales, et, selon la Commission européenne, pour assurer l'efficacité des actions en dommages et intérêts, les propositions suivantes nécessiteraient l'adoption de mesures législatives communautaires :

- les actions collectives et représentatives,
- la divulgation des preuves inter partes,
- l'effet contraignant des décisions des ANC,
- l'exigence de la faute,
- le « passing on defence », et la présomption de transfert intégral du surcoût,
- la prescription,
- la protection des déclarations effectuées dans le cadre d'un programme de clémence.

L'APDC souligne que dans ce cadre, il importera de veiller au nécessaire respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Les autres propositions et suggestions du Livre blanc, en particulier celles concernant le calcul du dommage ou les coûts de procédure, feraient l'objet de soft-law (communication, ...).

2. Objectifs du Livre blanc

Selon la Commission européenne, l'objectif premier du Livre blanc est « *d'améliorer les conditions juridiques dans lesquelles les victimes exercent leur droit, conféré par le traité, de demander réparation de tous les dommages subis du fait d'une infraction aux règles de concurrence communautaires* ».

Dans le même temps, la Commission européenne indique que « *les mesures proposées dans le présent Livre blanc visent à mettre en place un système efficace de mise en œuvre des règles par la sphère privée s'appuyant sur les actions en dommages et intérêts qui complète, sans la remplacer ni la compromettre¹, l'action des pouvoirs publics* » dans le domaine de l'application des articles 81 et 82 du Traité.

¹ Souligné par nous.

L'APDC relève que la Commission européenne ne tranche pas expressément la question de savoir si les actions en dommages et intérêts devraient intervenir plutôt postérieurement à une décision d'une autorité de concurrence (système dit du « *follow on* ») ou si de telles actions devraient plutôt être encouragées de manière autonome (système dit du « *stand alone* »).

A titre de comparaison, le Conseil de la concurrence français a affirmé sa préférence pour le système du « *follow on* » dans son avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles :

« La procédure dite d'action complémentaire est celle qui, en termes d'articulation dans le temps, (au moins pour les pratiques les plus difficiles à démontrer) apparaît la plus satisfaisante : dans un premier temps, l'autorité de concurrence adopte une décision de condamnation et inflige des sanctions pécuniaires aux entreprises contrevenantes ; dans un second temps, la victime, en action individuelle ou en action de groupe, forte de cette décision constatant une pratique anticoncurrentielle, saisit le juge civil pour obtenir réparation de son préjudice ».

Cela étant, l'APDC constate que la Commission européenne attache du prix à ce que les décisions des ANC soient acceptées, dans le cadre d'actions civiles, comme preuve irréfutable des infractions aux règles de concurrence, ce qui privilégie, selon l'APDC, le système du « *follow on* » par rapport au système du « *stand alone* ».

Dans ces conditions, l'APDC demande à la Commission européenne de clarifier le champ respectif de l'action publique et de l'action privée, dans la mesure où les ANC ne sont pas compétentes pour statuer sur l'indemnisation des préjudices subis par les victimes.

L'APDC considère qu'une autre voie pourrait être explorée. En effet, il pourrait être envisagé de réfléchir à la possibilité de confier ces dossiers dans chaque État membre à une juridiction judiciaire spécialisée, à créer, qui aurait une vaste compétence en matière de concurrence : qualification des pratiques, prononcé de sanctions pécuniaires et de mesures comportementales (engagements, injonctions) et prononcé de dommages et intérêts (à l'image du juge pénal qui condamne au paiement d'une amende et aux versements de dommages et intérêts civils).

3. Caractère général des propositions de la Commission européenne

La Commission européenne souhaite que le Livre blanc ait une portée générale. Ce texte vise en effet toutes les « *infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante* ».

Toutefois, du point de vue de l'APDC, si les mesures et options qui figurent dans le Livre blanc sont dans la logique de l'indemnisation des victimes des cartels occultes, elles semblent moins adaptées pour d'autres pratiques qui posent des problèmes sensiblement différents, que ce soit en matière de caractérisation de la faute ou de détermination du préjudice subi par la victime.

Tel est le cas des ententes verticales, des pratiques qui ont contribué au progrès économique, voire des pratiques qui ont pu être encouragées par les pouvoirs publics.

4. Rôle dissuasif des actions en dommage et intérêts

Pour la Commission européenne,

« une amélioration des conditions de réparation des victimes produirait donc aussi, intrinsèquement, des effets bénéfiques du point de vue de la dissuasion d'infractions futures, ainsi qu'un plus grand respect des règles de concurrence communautaires ».

L'APDC considère que ce n'est pas la vocation des juridictions statuant sur des actions indemnitaires de dissuader les auteurs d'infractions aux règles de concurrence. Elle se demande même si la Commission européenne ne voit pas dans le renforcement de telles actions privées le moyen d'alléger son propre travail de gendarme de la concurrence, alors que ce rôle échoue traditionnellement en Europe aux autorités de concurrence.

L'effet dissuasif est en effet pleinement assuré par la décision et par la sanction prononcée par cette autorité : le coefficient de dissuasion des dommages et intérêts est confondu dans la sanction administrative.

En revanche, dans l'hypothèse d'une action en dommages et intérêts menée de façon autonome, on comprend que la décision judiciaire, qui statuera à la fois sur la qualification de l'infraction et sur les dommages et intérêts, puisse avoir un rôle dissuasif, et ce d'autant plus qu'aucune amende ne sera prononcée à l'encontre des contrevenants.

Un renforcement de l'efficacité des actions privées et de leur rôle dissuasif devrait dans ces conditions conduire à un réexamen du mode de calcul des amendes (et notamment pour les États, comme la France, dans lesquels le dommage à l'économie, qui tient compte partiellement des préjudices causés aux concurrents et aux clients, est un critère de la sanction prononcée par l'autorité de concurrence).

De même, la détermination de « l'enrichissement sans cause » de l'auteur de l'infraction devrait être effectuée en prenant en considération, au titre de la diminution dudit enrichissement, le montant de l'amende versée en application de la décision de l'autorité de concurrence.

5. Création d'un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun.

Pour la Commission européenne,

« ces actions en dommages et intérêts présentent, en effet, un certain nombre de caractéristiques particulières qui sont souvent insuffisamment prises en compte dans les règles traditionnelles de responsabilité et de procédure civile ».

Le Livre blanc tire la conséquence de ces particularités en proposant la mise en place de certaines dispositions.

Or, ainsi que développé ci-après, de telles dispositions seraient en contradiction avec des règles de procédure civile et de responsabilité civile en vigueur en France (et probablement également dans d'autres États) et aboutiraient à la création d'un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun en ce qui concerne la réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles, sans aucune nuance et sans tenir compte des différences pouvant exister entre ces pratiques.

En effet, les demandeurs n'auraient pas à prouver la faute (ou cette preuve serait facilitée), la démonstration du dommage serait également facilitée par des lignes directrices ou des catégories de dommages.

Il existerait donc un déséquilibre trop important et pas toujours justifié en faveur du demandeur à l'action en indemnisation.

L'APDC n'est pas favorable à la création d'un tel régime dérogatoire généralisé, ne tenant aucun compte des particularités ou des circonstances qui peuvent aboutir à certains comportements.

L'APDC, sans méconnaître le souhait des victimes de voir faciliter leurs actions par la mise en place de certaines présomptions ne souhaite pas que ces présomptions soient généralisées à toutes les pratiques anticoncurrentielles, de quelque nature qu'elles soient. Il importe en outre que le défendeur puisse toujours apporter la preuve contraire (absence de faute, absence de causalité).

Il pourrait être admis que la faute soit plus facilement établie en matière d'entente dans le cas des cartels injustifiables et, en matière d'abus de position dominante, quand le comportement qualifié d'abus est également prohibé par une disposition autre que celle du droit de la concurrence (par exemple, non respect de règles de protection du consommateur, etc.)

Pour tous les autres cas (par exemple ententes verticales), l'APDC estime que les victimes devraient apporter, de façon indiscutable, la preuve du caractère fautif du comportement

6. Absence d'éléments relatifs au lien de causalité.

La question de la démonstration du lien de causalité entre la faute et le préjudice était abordée dans le Livre vert (question N) :

« Est-il nécessaire de clarifier la condition juridique du lien de causalité pour faciliter les actions en dommage et intérêts » ?

Or, le Livre blanc ne revient pas sur ce point.

Le lien de causalité semble dans ces conditions être en quelque sorte présumé dès lors qu'il y a démonstration de la faute et du dommage.

Or, en droit français (articles 1382 et suivants du Code civil), le lien de causalité doit être prouvé.

Cette question est en effet essentielle car s'il est parfois possible de démontrer, d'une part, une pratique anticoncurrentielle et, d'autre part, une perte de chiffre d'affaires, le lien entre les deux ne va pas de soi. En effet, un dommage a souvent une pluralité de causes : l'organisation d'un marché, des règlementations particulières peuvent favoriser certains comportements anticoncurrentiels ; le comportement de la victime peut également avoir contribué au dommage.

Dans ces conditions, l'APDC suggère que la Commission européenne clarifie sa position en ce qui concerne la démonstration de l'existence d'un lien de causalité directe, et ce, dans le sens d'une exigence de démonstration dudit lien de causalité directe.

II. Observations spécifiques sur les mesures proposées par le Livre blanc

2.1. Qualité pour agir: acheteurs indirects et recours collectifs

2.1.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose de combiner deux mécanismes complémentaires afin de remédier aux problèmes d'indemnisation des consommateurs individuels et des petites entreprises :

- q **des actions représentatives**, intentées par des **entités qualifiées** telles que des associations de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnelles, au nom de victimes identifiées ou, dans des cas plutôt restreints, identifiables. Ces entités sont soit i) officiellement désignées à l'avance soit ii) habilitées par un État membre, au cas par cas pour une infraction donnée aux règles de concurrence, à intenter une action au nom d'une partie ou de la totalité de leurs membres; et
- q **des actions collectives assorties d'une option de participation explicite**, dans lesquelles les victimes **décident expressément** de mettre en commun leurs demandes d'indemnisation individuelles pour les dommages qu'elles ont subis, afin d'engager une seule action en justice.

Étant donné que les entités qualifiées ne pourront ou ne souhaiteront pas prendre en charge toutes les demandes d'indemnisation, ces deux types d'actions doivent être utilisés **de façon complémentaire**, afin d'assurer l'efficacité des recours collectifs en faveur des victimes d'infractions aux règles de concurrence. Il importe, en outre, que les victimes ne soient pas privées de leur droit d'intenter une action individuelle en dommages et intérêts si elles le souhaitent. Néanmoins, il convient de prévoir des garde-fous, de façon à éviter qu'un même dommage soit indemnisé plusieurs fois.

Ces propositions relatives aux actions en dommages et intérêts dans le domaine de la concurrence s'inscrivent dans le cadre d'une initiative plus large de la Commission visant à renforcer les mécanismes de recours collectif dans l'Union Européenne et sont susceptibles d'évoluer dans ce contexte.

2.1.2 Analyse critique

L'APDC est en accord avec la position de la Commission européenne qui consiste à retenir, pour les actions en représentation et pour les actions collectives, un système « *d'opt in* ».

En effet, il importe de veiller à la liberté individuelle des victimes et notamment des entreprises qui, lorsqu'elles ont subi un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle, ne souhaitent pas forcément engager une action indemnitaire en raison de leurs relations d'affaires.

Il convient d'éviter que certaines modalités conduisent à la mise en place d'un système « *d'opt out* » déguisé. Tel serait le cas si des actions en représentation pouvaient être engagées au nom de victimes « *identifiables* ». L'action en représentation doit donc être limitée aux victimes identifiées.

S'agissant de la proposition relative à des actions représentatives intentées par des entités qualifiées, l'APDC s'oppose à ce que les actions représentatives relèvent du monopole d'« entités qualifiées ». Il n'est pas question en effet pour elle de priver les victimes de la possibilité de confier collectivement la défense de leurs intérêts à des avocats.

Quelles que soient les entités qui mènent l'action collective, il importera d'exiger des garanties afin de s'assurer qu'elles représentent réellement les victimes de pratiques anticoncurrentielles, qu'elles ne sont pas dans une situation d'instrumentalisation de ces procédures dans un but autre que l'objectif d'indemnisation des victimes et que les sommes reçues seront employées conformément à cet objectif.

Par ailleurs, pour ce qui est des actions collectives, l'ADPC souhaite qu'une analyse globale sur l'utilité de l'action envisagée dans le Livre blanc en dépit des systèmes d'action collective en vigueur (comme par exemple l'action en représentation conjointe qui existe en droit français) soit menée préalablement à l'édiction de tout texte au niveau communautaire.

2.2. Accès aux preuves: divulgation *inter partes*

2.2.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose que dans l'ensemble de l'Union Européenne, un **niveau minimal de divulgation *inter partes*** soit prescrit pour les affaires de dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence communautaires. A l'instar de l'approche suivie dans la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle (directive 2004/48/CE), l'accès aux preuves devrait reposer sur l'**établissement des faits** et un **contrôle juridictionnel strict** de la plausibilité de la demande d'indemnisation et de la proportionnalité de la demande de divulgation. En conséquence, la Commission propose que:

- q **les juridictions nationales aient, dans des conditions déterminées, le pouvoir d'enjoindre aux parties à la procédure ou à des tiers de divulguer des catégories bien définies de preuves pertinentes;**
- q les **conditions préalables** à une injonction de divulgation **soient** notamment que le requérant:
 - o **ait présenté l'ensemble des données factuelles et moyens de preuve qu'il a pu raisonnablement obtenir**, pour autant que ces éléments fassent apparaître des **raisons plausibles** de présumer qu'il a subi un dommage imputable à une infraction aux règles de concurrence commise par le défendeur;
 - o ait montré, à la satisfaction de la juridiction saisie, qu'il n'est **pas en mesure**, en dépit des efforts que l'on peut raisonnablement attendre de lui, de **produire les preuves requises par d'autres voies;**
 - o ait défini des **catégories** suffisamment **précises** de preuves à divulguer; et
 - o ait convaincu la juridiction saisie que la mesure de divulgation envisagée est **pertinente** pour l'affaire en cause, ainsi que **nécessaire** et **proportionnée;**
- q les déclarations des entreprises effectuées dans le cadre d'une demande de clémence ainsi que les enquêtes des autorités de concurrence bénéficient d'une protection adéquate;
- q les juridictions disposent du pouvoir d'imposer des sanctions suffisamment dissuasives pour éviter la destruction d'éléments de preuves pertinents ou le refus de se conformer à une injonction de divulgation, et notamment de la faculté de tirer des conséquences défavorables dans le cadre de l'action civile en dommages et intérêts.

2.1.2 Analyse critique

L'APDC relève que le Livre blanc attache beaucoup d'importance aux questions d'accès aux preuves alors qu'aucun développement n'est consacré à celles relatives au standard de preuve.

L'APDC entend souligner que l'architecture générale du mécanisme proposé par la Commission européenne correspond en grande partie à l'article 11 du Code de procédure civile français :

*« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.
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 ».*

Quant aux mécanismes envisagés, ils sont similaires à ceux qu'offre la procédure civile française, notamment en octroyant au juge la possibilité d'enjoindre à une partie ou à un tiers de communiquer des pièces dès lors qu'il a été vérifié que la demande était pertinente, nécessaire et proportionnée (sommation et injonction de communiquer (articles 138, 142 et 145 du Code de procédure civile)).

Toutefois, elle s'en différencie par l'étendue des possibilités de production des pièces. Il existe dans la proposition de la Commission européenne des imprécisions ou réserves qui risquent de conduire à ce que ces demandes ne soient plus forcément pertinentes, nécessaires et proportionnées.

Il en est ainsi des points suivants :

- Le texte parle de divulgation « *inter partes* ». Ce droit doit donc bénéficier aux deux parties.

Il conviendrait de préciser que le défendeur à l'action en responsabilité peut, lui aussi, bénéficier de la même procédure de communication.

Cette règle consistant à faire profiter les deux parties du mécanisme de divulgation serait d'autant plus utile qu'elle permettrait ainsi de vérifier que les demandes initiales sont pertinentes, nécessaires et proportionnées, et par ailleurs contribuer à éclairer le juge sur le préjudice et le lien de causalité.

- Le texte reste silencieux sur le point de savoir s'il est susceptible d'être mis en œuvre à l'encontre des Administrations qui peuvent disposer de documents (rapports administratifs) de nature à établir ou faciliter la démonstration de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et cela hors les cas des procédures de clémence. Un certain nombre d'éléments de preuve peuvent également se trouver dans le dossier des autorités de la concurrence. Or, si certains textes (article 7 § 2 du règlement 1/2003, article 8 § 2 du règlement 773/2004) organisent partiellement le statut de tiers intéressé ou de plaignant devant la Commission européenne, qu'en sera-t-il de la victime qui n'a pas été impliquée, d'une manière ou d'une autre, dans une procédure devant une autorité de concurrence ?
- La notion de « *catégories suffisamment précises de preuves à divulguer* » est trop imprécise.

Qu'entend on par « *catégories* » ? Est ce que cela signifie que le demandeur serait en droit d'exiger la divulgation de toutes les pièces de même nature (exemple : tous les e-mails reçus ou envoyés par une personne de l'entreprise en relation avec telle entreprise ...) et cela indépendamment du sujet traité par ces pièces ?

Cela est de nature à remettre en cause le principe selon lequel c'est au demandeur à une action en responsabilité qu'il appartient de prouver la faute et le préjudice.

En outre, de par son imprécision, cette formulation risque de contredire voire de méconnaître le principe que la Commission européenne a aussi retenu et qui est que : « la mesure envisagée doit être pertinente, nécessaire et proportionnée ».

Une proposition serait de revenir à l'option 1 du Livre vert qui exposait que :

« Les preuves devraient être divulguées dès lors qu'une partie a présenté en détail les faits relatifs à l'affaire et a apporté des preuves relativement accessibles à l'appui de ses allégations (établissement des faits). Seuls des documents individuels pertinents et suffisamment identifiés devraient être divulgués et uniquement sur décision d'un tribunal »

- L'APDC suggère que la nature contradictoire de la procédure dont disposera le demandeur pour saisir le magistrat afin qu'il enjoigne un tiers à communiquer les documents soit affirmée.
- Concernant la destruction des éléments de preuve, la formulation retenue par la Commission européenne est, elle aussi, trop imprécise.

Quels sont les « *éléments de preuve* » qu'elle vise ? S'agit il de conserver des documents que l'entreprise a déjà l'obligation de conserver (factures, contrats etc.) ou au contraire tout élément susceptible de constituer une preuve (e-mail, notes des salariés, brouillons etc...) même en l'absence de toute obligation légale ou réglementaire et de toute procédure.

La proposition occulte l'hypothèse d'une impossibilité matérielle à divulguer faute d'avoir conservé ces documents en raison notamment de l'ancienneté des faits.

2.3 Effet contraignant des décisions des ANC

2.3.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose la règle suivante :

- les juridictions nationales devant statuer sur des actions en dommages et intérêts concernant une pratique visée à l'article 81 ou 82 sur laquelle une ANC du REC a déjà rendu une décision définitive concluant à l'existence d'une infraction à ces articles, ou sur laquelle une instance de recours a rendu un jugement définitif confirmant la décision de l'ANC ou constatant elle-même une infraction, ne peuvent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de cette décision ou de ce jugement.

Cette obligation doit être appliquée sans préjudice du droit, et de l'éventuelle obligation, des juridictions nationales de demander des éclaircissements sur l'interprétation de l'article 81 ou 82 en vertu de l'article 234 du traité.

La règle énoncée ci-dessus confère un effet contraignant aux seules décisions définitives, c'est-à-dire aux décisions pour lesquelles le défendeur a **épuisé toutes les voies de recours**, et ne s'applique qu'**aux pratiques et entreprises** à propos desquelles l'ANC ou l'instance de recours a constaté une infraction.

2.3.2 Analyse critique

2.3.2. 2 Sur le principe

Observation préliminaire : le Livre blanc n'envisage que les règles applicables aux juridictions. Or, un certain nombre de contentieux peuvent se développer devant des arbitres. Les questions qui se posent à propos des juridictions se posent-elles dans les mêmes termes en matière d'arbitrage ?

L'APDC suggère que la Commission européenne se prononce sur ce point.

Sur la question de l'effet contraignant des décisions des ANC au regard des juridictions, l'APDC s'interroge sur la manière dont la Commission européenne espère rendre effectives ces propositions consistant à considérer qu'une infraction à l'ordre public économique implique automatiquement une faute au sens des règles de la responsabilité civile.

En effet, si la législation anglaise (section 18 et 20 UK enterprise Act 2002 et Sections 47 A et 58 A UK Competition Act 1998) et allemande (Section 33 German Competition Act) ont imposé aux juridictions civiles de ne pas contredire les décisions rendues par les ANC, cela n'est pas le cas dans tous les autres États. Ainsi en France, les décisions du Conseil de la concurrence ne s'imposent pas aux juges français.

Vouloir imposer cette approche risque de poser de nombreux problèmes car elle méconnaît plusieurs principes :

- Si, conformément à l'article 33 du règlement du Conseil n° 44/2001, les juridictions des États membres sont liées par les jugements (devenus définitifs) des juridictions des autres États membres, les décisions administratives étrangères, et notamment celles des ANC, ne constituent pas, au sens du règlement n° 44/2001, des jugements étrangers. Ainsi, à ce jour, les mécanismes du droit international privé communautaire ne permettent pas au juge d'être lié par des décisions administratives étrangères. Comment pourraient-elles dès lors s'imposer au juge français ?
- En ce qui concerne les décisions rendues par l'autorité de concurrence, il a été jugé, en France que :

« [...] *la saisine du Conseil de la concurrence est facultative et [...] la décision qu'il est appelé à rendre ne lie pas le juge judiciaire* » (Cass. com., 15 octobre 1996, pourvoi n° 1570 P, Société pompes funèbres générales c/ Sté d'exploitation des marbreries Lescarcelle RJDA 1/97,n° 72).

La réforme voulue par la Commission européenne consiste à accorder une autorité de la chose décidée par l'autorité de concurrence au détriment de l'indépendance du juge (article 64 de la Constitution française). Il s'agit donc d'un point qui ne peut pas recevoir l'accord de l'APDC.

2.3.2.2 Sur la mise en œuvre

Outre le caractère exorbitant du droit commun de cette proposition, celle-ci ne va pas sans poser de profondes difficultés de mise en œuvre.

Comment reconnaître une autorité à toute décision d'une autorité administrative ou de recours rendue dans n'importe quel État membre alors que les règles de procédure varient d'un État à l'autre, que les standards de preuve ne sont pas les mêmes et que l'application au fond de l'article 81 et de l'article 82 peut varier considérablement d'un État membre à un autre.

Ainsi, à titre d'exemple, en France, le triple test appliqué en matière d'entes verticales de prix imposés, y compris en cas de mise en œuvre du droit communautaire, est plus sévère à l'égard des entreprises que la jurisprudence du TPICE.

Une entreprise peut être condamnée en France au titre de l'article 81 alors qu'elle pourrait échapper à une condamnation si son affaire était jugée dans un autre État membre.

L'APDC considère qu'il est impossible d'accorder dans ces conditions une autorité égale aux décisions même définitives des autorités des États membres.

A défaut d'harmonisation des règles de procédure et de preuve et de l'application au fond des règles de concurrence, la proposition du Livre blanc paraît excessive et en tout état de cause, prématurée.

Toutefois, dans l'hypothèse, où il serait légiféré sur ce point, l'APDC considère qu'il serait impératif de veiller aux points suivants :

- La Commission européenne ne précise pas ce qui dans la décision liera le juge.

Est ce la caractérisation de la pratique, son imputabilité à une entreprise, ou la détermination du marché pertinent ?

Il semble essentiel que le juge national ne puisse être lié par une décision d'une ANC que dès lors qu'elle porte sur les mêmes parties, les mêmes faits et les mêmes marchés concernés tant dans sa délimitation géographique que dans la détermination du produit.

- Les décisions des ANC qui ne constatent pas d'infraction aux règles communautaires devront aussi lier le juge national, dans les mêmes conditions. En effet, ne pas admettre ce principe conduirait à :
 - Une rupture dans l'égalité des armes puisque si le demandeur peut se prévaloir devant le juge national d'une décision d'une ANC pour établir l'existence d'une faute, le défendeur, en revanche, ne peut pas se prévaloir de l'existence d'un non lieu.
 - Compromettre l'application uniforme du droit de la concurrence et conduire à altérer la portée des décisions prises par les ANC alors même que l'objectif de la Commission européenne est de renforcer le rôle des ANC.
 - La question des décisions de non lieu fondées sur le constat d'une restriction de concurrence *de minimis* devra être traitée spécifiquement. Doit-on considérer que la décision de non lieu fondé sur le seul fait que la pratique n'a pas eu d'effet sensible sur le marché lie ou ne lie pas le juge ?
- L'approche économique du marché et la volonté de remédier à des situations de marché non efficaces sont des principes que les ANC ont tendance à faire prévaloir sur le strict établissement juridique de l'existence de la pratique.

En raison des conséquences administratives ou judiciaires qui s'attacheraient aux décisions des ANC, dans l'hypothèse de la mise en œuvre de cette réforme, un rééquilibrage entre recherche d'efficacité économique et caractérisation juridique de la pratique serait souhaitable.

2.4. Nécessité de l'existence d'une faute

2.4.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose une mesure destinée à clarifier, pour les États membres qui exigent que la preuve d'une faute soit rapportée, que :

- lorsque la victime a rapporté la preuve d'une infraction à l'article 81 ou 82, l'auteur de cette infraction doit être tenu responsable des dommages causés, sauf s'il prouve que l'infraction résulte d'une erreur véritablement excusable;
- une erreur est considérée comme excusable dans le cas où une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence.

2.4.2 Analyse critique

L'APDC est opposée à la présomption généralisée de faute et au renversement de la charge de la preuve qui en découle.

En effet, les décisions des autorités de concurrence sont souvent fondées sur un raisonnement global à partir de simples indices et de présomptions, afin de suppléer le défaut de preuve directe. Le juge civil ou pénal, par contre, doit être en mesure d'individualiser de façon précise le comportement fautif de chaque entreprise. En faisant valoir une décision fondée sur des présomptions et des indices comme faute, les droits de la défense des entreprises ne sont pas respectés.

Le raisonnement par présomption est usuel pour une autorité de concurrence. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil, la faute doit être certaine et ne saurait reposer sur des probabilités. Il importe d'apprécier de manière concrète et précise la faute individuelle de chaque entreprise impliquée.

Par conséquent, il paraît contestable d'envisager le recours à une telle présomption généralisée. Celle-ci correspondrait en pratique bien souvent à une présomption au carré (présomption d'infraction entraînant une présomption de faute civile)]

La difficulté se pose également au regard de la proposition de la Commission européenne du 30 juin dernier par laquelle elle entend instaurer une procédure de transaction dans le cadre d'une procédure d'infraction.

Les parties qui auront pris connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, pourront décider de reconnaître leur participation à l'entente et leur responsabilité.

S'en suivra une communication des griefs simplifiée et une décision finale qui reprendront, le plus souvent, les éléments de la transaction.

Les parties qui auront transigé pourront bénéficier d'une réduction de 10 % du montant de l'amende. Or, la transaction se définit en droit civil français comme la convention par laquelle chacune des parties décide d'abandonner tout ou partie de ses prétentions pour mettre fin au différend qui l'oppose à l'autre. Il semblerait juridiquement difficilement justifiable que le juge civil ou le juge pénal saisi d'une constitution de partie civile puisse se fonder sur une transaction entre une autorité publique de concurrence et l'entreprise défenderesse pour apprécier l'étendue de la responsabilité.

L'APDC comprend, par ailleurs, que le fait de ne pas avoir connaissance du caractère anticoncurrentiel d'un comportement peut être sans effet sur la caractérisation de la pratique anticoncurrentielle mais sera susceptible d'être exonératoire devant le juge national.

Cette différence ne fait donc que souligner la nécessité de délimiter très précisément ce qui dans la décision de l'ANC présente un caractère contraignant (Cf. *supra*).

Enfin, l'APDC s'interroge sur l'appréciation de l'erreur excusable. Celle-ci sera-t-elle effectuée *in concreto* ou *in abstracto* ? Des précisions de la Commission européenne à cet égard seraient bienvenues, notamment au regard des faits justificatifs pouvant être invoqués.

2.5. Dommages et intérêts

2.5.1 Proposition de la Commission européenne

Pour faciliter le calcul des dommages et intérêts, la Commission européenne a l'intention d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes pour **l'évaluation** des dommages et intérêts dans les affaires d'ententes et d'abus de position dominante, par exemple au moyen de **méthodes d'approximation** ou de **règles simplifiées pour l'estimation** des dommages subis.

2.5.2 Analyse critique

Le principe de réparation intégrale du préjudice subi énoncé par la Commission européenne est conforme au principe de stricte compensation du droit français de la responsabilité civile, lequel couvre la perte subie et le gain manqué.

Les dommages et intérêts punitifs, non reconnus en droit français, ne sont pas retenus par la Commission européenne et ne devraient donc pas entrer dans « *l'instrument législatif communautaire* » envisagé, relatif aux types de dommages que les victimes d'infraction aux règles de concurrence peuvent invoquer.

Par ailleurs, en ce qui concerne le calcul des dommages et intérêts, plusieurs méthodes d'évaluation du préjudice sont utilisées :

- Approche « avant après » : s'il existe des preuves disponibles pour suivre le développement des prix avant que la pratique anticoncurrentielle n'ait produit ses effets et après qu'elle a pris fin, il est possible de fournir une estimation raisonnable des prix qui auraient prévalu en l'absence d'entente.

- Approche comparative : lorsqu'une comparaison du marché avec ou sans l'entente n'est pas réalisable, il est possible de se tourner vers un marché géographique ou de produits comparable pour démontrer comment les prix sur le marché qui a subi la pratique anticoncurrentielle auraient pu évoluer sans celle-ci.
- Approche fondée sur les coûts : si la comparaison dans le temps et la comparaison géographique ne peuvent être mises en œuvre ou ne sont pas appropriées, une analyse des coûts de production des produits ou services peut être effectuée, à laquelle on applique une marge, déterminée à dire d'expert, pour refléter les conditions concurrentielles qui auraient prévalu en l'absence de la pratique prohibée.
- Approche dite « par régression » : lorsque les données pertinentes sont disponibles, l'analyse se concentre sur la relation entre les prix et d'autres variables, sur la base de données passées.

Le calcul des dommages et intérêts est complexe et impliquera généralement le recours à un expert ; il doit refléter au mieux l'étendue du préjudice et être le plus proche possible de la réalité.

Dès lors, qu'entend la Commission européenne par « *méthodes d'approximation* » ou « *règles simplifiées pour l'estimation* » ? Serait-il utile et réaliste de pouvoir se référer à des règles simplifiées alors même que le droit à réparation ne saurait justifier une évaluation du préjudice approximative ou non démontrée ?

L'APDC est opposée à une méthode standardisée d'évaluation du préjudice, celle-ci ne pouvant faire l'objet d'une approche globale, mais au contraire cas par cas.

Le cadre envisagé par la Commission européenne peut être utile s'il se contente, effectivement, de fournir des explications ou des exemples non contraignants pour évaluer le préjudice (par exemple mise en place d'un guide des chefs de préjudice). Il ne doit pas néanmoins servir de grille d'indemnisation.

2.6. Répercussion des surcoûts

2.6.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose que :

- les défendeurs soient en droit d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts. Le niveau de preuve requis pour ce moyen de défense ne devrait pas être inférieur à celui imposé au requérant pour prouver les dommages subis.

La Commission européenne propose également d'alléger la charge de la preuve incombant à la victime et propose que :

- les acheteurs indirects puissent se fonder sur la présomption réfragable que le surcoût illégal a été répercuté sur eux dans sa totalité.

Dans le cas d'actions conjointes, parallèles ou consécutives intentées par des acheteurs à différents niveaux de la chaîne de distribution, les juridictions nationales sont encouragées à faire plein usage de tous les mécanismes qui sont à leur disposition en vertu du droit national, du droit communautaire et du droit international, afin d'éviter une sous-indemnisation ainsi qu'une sur-indemnisation des dommages causés par les infractions au droit de la concurrence.

2.6.2 Analyse critique

L'APDC est favorable à l'admission de la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts.

En revanche, l'APDC est plus réservée sur la présomption, même, réfragable de répercussion intégrale du surcoût illégal.

En effet, cette présomption semble difficile à mettre en œuvre et paraît se heurter à des considérations à la fois juridiques et pratiques ;

- La présomption établit une certitude jusqu'à preuve du contraire.
- Le Livre Blanc indique que c'est celui qui invoque le moyen de défense, donc au défendeur, de prouver que le demandeur n'a pas subi de préjudice du fait du transfert.
- Face à des acheteurs indirects, l'auteur de l'infraction de concurrence devra prouver que le surcoût n'a pas été répercuté, ou pas dans son intégralité, sur le demandeur à l'action en réparation ; ceci reviendra à prouver/admettre que ce surcoût a été supporté par un acheteur intermédiaire.
- Que va-t-il se passer pour l'entreprise condamnée au titre du droit de la concurrence si elle doit faire face à deux actions en responsabilité, d'une part celle de son cocontractant direct et d'autre part les acheteurs indirects ?
- Enfin, le principe de réparation du dommage réellement subi implique en droit français la démonstration d'un préjudice direct et certain.

Or, les acheteurs indirects sont des victimes « par ricochet » de la pratique anticoncurrentielle ; on voit mal pourquoi leur régime d'indemnisation serait plus avantageux que celui des victimes directes.

La présomption selon laquelle les surcoûts ont été supportés en totalité par les acheteurs indirects va également à l'encontre de la nécessité de rapporter la preuve d'un dommage certain. Dès lors que l'auteur de l'infraction ne serait pas en mesure de démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur les plaignants (ce qui ne signifie pas pour autant que le dommage est certain), ces derniers bénéficieront d'une indemnisation automatique.

2.7. Délais de prescription

2.7.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose que le délai de prescription **ne commence pas à courir** :

- avant le jour où l'infraction prend fin, en cas d'infraction continue ou répétée;
- avant le moment où la victime de l'infraction peut raisonnablement être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause.

La Commission européenne propose également :

- qu'un nouveau délai de prescription de deux ans minimum commence à courir le jour où la décision constatant l'infraction, sur laquelle le requérant s'appuie pour intenter une action, est devenue définitive.

2.7.2 Analyse critique

L'APDC est en accord avec la proposition consistant à faire courir le délai de prescription à partir du moment où la victime de l'infraction peut raisonnablement être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause, qui est dans la ligne de la modification de l'article 2224 du Code civil français, intervenue par la loi du 17 juin 2008 :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

En revanche, l'APDC n'est pas favorable à un point de départ lié à la cessation de l'infraction.

L'APDC suggère également que la proposition d'ouverture d'un nouveau délai de prescription de deux ans à compter de la décision définitive constatant l'infraction ne soit pas retenue. En effet, au moment où les délais de prescription viennent d'être réduits notamment en matière de responsabilité civile délictuelle afin de rapprocher le temps du droit du temps réel de la vie économique, il paraît pour le moins déplacé et anachronique de rallonger encore les délais de prescription.

Au surplus, une telle disposition pourrait en effet avoir pour conséquence :

- la coexistence de deux régimes au sein même des actions en réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles selon que l'on se situe dans une hypothèse de « *follow on* » ou de « *stand alone* » (aucune autorité de concurrence n'étant saisie dans ce dernier cas) ;

- une trop grande incertitude juridique, dans les cas de recours successifs à l'encontre des décisions des autorités de concurrence.

En toute hypothèse, les conditions d'acquisition de la prescription absolue devraient être alignées sur celles prévues à l'article 25 § 5 du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 : la prescription absolue serait acquise dans un délai de 10 ans à compter de la connaissance de la commission de l'infraction.

2.8. Coûts des actions en dommages et intérêts

2.8.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne encourage les États membres à :

- élaborer des règles de procédure favorisant les accords transactionnels, afin de réduire les coûts;
- fixer les frais de procédure de telle manière qu'ils ne constituent pas un frein excessif à l'introduction d'actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence;
- donner aux juridictions nationales la possibilité de statuer sur les dépens par ordonnance, de préférence au stade initial de la procédure, en dérogeant, dans certains cas le justifiant, aux règles habituellement appliquées. Une telle ordonnance permettrait d'assurer que le requérant, même s'il était débouté, n'aurait pas à supporter tous les frais exposés par l'autre partie.

2.8.2 Analyse critique

L'APDC est en accord avec la volonté de favoriser le règlement des litiges par des accords transactionnels, cette solution permettant une réduction des coûts des procédures mais également un règlement et donc une indemnisation des victimes plus rapide. Elle est d'ailleurs couramment pratiquée en France.

En revanche, l'APDC n'est pas favorable à un plafonnement des frais de procédure en ce qu'un tel plafonnement pourrait notamment avoir pour conséquence une restriction de l'accès à l'expertise.

Or, ainsi qu'indiqué ci-dessus, l'expertise est un outil utilisé de façon quasi systématique pour effectuer les quantifications de préjudices subis ou pour se défendre en réponse à ces quantifications.

Par ailleurs, on ne voit pas bien en quoi les moyens de défense de la partie défenderesse, par hypothèse attaquée sans fondement, seraient « *excessifs, vexatoires...* ».

Enfin, l'APDC suggère que la mise en place des actions en représentation et des actions collectives soit prise en compte dans la réflexion sur les coûts des procédures dans la mesure où ces actions donneront des moyens accrus aux victimes.

2.9. Interaction entre les programmes de clémence et les actions en dommages et intérêts

2.9.1 Proposition de la Commission européenne

La Commission européenne propose d'assurer une **protection adéquate aux déclarations effectuées** par une entreprise **dans le cadre d'une demande de clémence contre la divulgation** de ces déclarations **dans des actions privées en dommages et intérêts**, afin d'éviter de placer l'entreprise à l'origine de cette demande dans une situation moins favorable que celle des co-auteurs de l'infraction. Cette protection s'applique :

- à toutes les déclarations d'entreprises soumises par tout demandeur de clémence en rapport avec une infraction à l'article 81 du traité CE (y compris lorsque le droit national de la concurrence est appliqué en parallèle) ;
- que la demande de clémence soit acceptée, rejetée ou ne donne lieu à aucune décision de la part de l'autorité de concurrence.

Cette protection s'applique lorsque la divulgation est ordonnée par un tribunal tant **avant qu'après l'adoption d'une décision** par l'autorité de concurrence. La divulgation volontaire des déclarations des entreprises par les auteurs de demandes d'immunité ou de réduction d'amendes devrait être interdite au moins jusqu'à ce qu'une communication des griefs soit adressée dans l'affaire.

Une autre mesure afin de garantir que les programmes de clémence restent pleinement attractifs consisterait à limiter la responsabilité civile des auteurs d'infraction auxquels a été accordé le bénéfice d'une immunité d'amendes. La Commission propose par conséquent d'examiner plus avant la possibilité de limiter **la responsabilité civile des bénéficiaires d'une immunité d'amendes aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs et indirects**.

2.9.2 Analyse critique

L'APDC est en accord avec la volonté de protection des déclarations du demandeur à la clémence exprimée dans le Livre blanc.

L'APDC suggère d'ailleurs que le bénéficiaire d'une immunité d'amende soit également bénéficiaire d'une immunité au plan pénal (par voie législative), dans les États qui prévoient la possibilité d'une sanction pénale complémentaire à celle prononcée par l'autorité de concurrence.

En revanche, l'APDC n'est pas favorable à une limitation de la responsabilité civile des bénéficiaires d'immunité d'amende.

En effet, même si un opérateur dénonce une pratique anticoncurrentielle par le biais d'une procédure de clémence, cette dénonciation ne saurait diminuer sa responsabilité dans le dommage subi par la ou les victimes de cette pratique anticoncurrentielle. Il est en effet un principe de droit français et établi par l'article 1382 du Code civil que tout demandeur a droit à ce que l'intégralité de son dommage soit réparée.

En outre, le demandeur à la clémence est déjà « récompensé » par l'attribution d'une immunité d'amende et, éventuellement, une immunité pénale.

De surcroît, une limitation de sa responsabilité aurait pour conséquence automatique une augmentation de la responsabilité des autres auteurs de l'infraction, dès lors que l'entier préjudice subi par les victimes doit être indemnisé.

Or, une telle augmentation pourrait conduire à ce que la contribution aux dommages et intérêts de chacun des coauteurs de l'infraction soit déconnectée de leur responsabilité respective dans la commission de l'infraction (« dommage punitif »).

Enfin, le calcul de cette limitation de responsabilité serait d'une difficulté insurmontable puisqu'il faudrait l'établir sur base des montants des différentes réductions accordées à chacune des entreprises dans le cadre du programme de clémence.