

UNIVERSITE PANTHEON ASSAS INSTITUT DE DROIT COMPARE

MASTER 2 DE DROIT EUROPEEN DES AFFAIRES 2015-2016

**Les défenses des entreprises face à une action en dommages intérêts pour atteinte au
droit de la concurrence**

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Louis Vogel

Aliénor Estrade

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Résumé

L'introduction en droit européen de la directive 2004/104 du 26 novembre 2014 est amenée à modifier profondément les stratégies de défense mises en œuvre par les entreprises. En effet, celles-ci devront organiser en amont leur défense face à des actions en réparation de dommages et intérêts anticoncurrentiels, qui sont facilitées par la directive. Par ailleurs, en France particulièrement, les actions individuelles peuvent se révéler de plus en plus efficaces.

Or, les défenses procédurales classiques se sont vues amoindries par les évolutions jurisprudentielles, et perdent encore de leur efficacité avec la directive 2014/104, notamment concernant la limitation de l'accès aux preuves. Toutefois, cette directive accroît la sécurité juridique des entreprises, en opérant une distinction entre les documents pouvant faire l'objet de divulgation et ceux devant être protégés. Les entreprises ayant adhéré à un programme de clémence ou ayant accepté une proposition de transaction jouissent d'une protection renforcée. Cet aspect pourra orienter leur prise de décision en amont de la procédure devant les autorités de concurrence.

Concernant les défenses au fond, la directive 2014/104 introduit un effet contraignant des décisions des autorités de concurrence sur la juridiction civile d'un même Etat. Elle crée une présomption irréfragable de faute dès lors qu'une infraction aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est constatée, toutefois dénuée d'effets transfrontaliers. Par ailleurs, le moyen de la répercussion des surcoûts, qui jusqu'alors était extrêmement efficace pour les entreprises, perd de sa force. En effet, la charge de la preuve de la répercussion des surcoûts pèse désormais sur les entreprises.

Ces différentes évolutions du droit de l'Union européenne complexifient la mise en place d'une défense des entreprises contre ces actions civiles de concurrence. Cependant, la difficulté pour les parties civiles de prouver les dommages anticoncurrentiels subis, eu égard simplement à des facteurs temporels et matériels, et la faiblesse actuelle des actions de groupe à la française viennent nuancer une telle difficulté.

Résumé.....	2
Introduction	4
I. Origine et développement du <i>private enforcement</i> européen	4
II. L’action de groupe en France.....	5
III. Des actions individuelles efficaces	9
IV. Articulation entre action publique et action privée.....	10
V. Problèmes.....	12
Titre I : Les défenses procédurales.....	14
CHAPITRE I : Défenses procédurales classiques.....	14
I. Les exceptions d’incompétence.....	14
II. Les restrictions des fins de non-recevoir de droit commun.....	17
Chapitre II : La limitation de l’accès aux preuves.....	22
I. L’accès à la preuve prévu par la directive 2014/104/CE	22
II. L’accès à la preuve dans le droit positif français.....	32
Titre II : Défenses au fond	40
CHAPITRE I : Contestation de la faute	40
I. Les différentes infractions au droit de la concurrence communautaire et français engendrant une faute.....	40
II. Non contestation des griefs et reconnaissance de faute.....	41
III. Les conséquences d’une condamnation pure et simple d’une autorité de concurrence sur la reconnaissance de la faute.....	45
CHAPITRE 2 : Contestation du préjudice	51
I. La difficulté d’établissement de la preuve du dommage	51
II. Les contestations liées à la détermination du montant du dommage.....	53
III. La répercussion du surcoût : une défense efficace.....	56
CHAPITRE III : Contestation du lien de causalité	64
Conclusion	68
Bibliographie.....	71

Introduction

I. Origine et développement du *private enforcement* européen

L'arrêt BRT c/ Sabam de 1974¹ 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 sauvegarder². Ultérieurement, dans l'arrêt Courage c/Crehan, La Cour de justice s'est prononcée explicitement 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 a droit à réparation pour le dommage qu'elle a subi.

Puis la commission et la cour de justice de l'Union européenne ont poursuivi ce développement, la commission ayant consacré à la question des actions en dommages et intérêts en Europe un livre vert (2005) puis un livre blanc (2008). La Cour de justice a également apporté des précisions notamment sur la conformité de certaines dispositions du droit nationales aux exigences d'équivalence et d'effectivité³, puis la relation entre l'application des dispositions dans la sphère publique et dans la sphère privée⁴.

Toutefois, un nombre limité de décisions de condamnation de la commission européenne donne lieu à des actions en dommages et intérêts. En 2007, le Parlement européen relevait « la rareté et le caractère exceptionnel du recours à des actions civiles devant les juridictions des Etats membres »⁵. Il y a encore moins d'actions de suivi et les actions *stand alone*, c'est-à-

¹ 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.

² CALISTI, Daniele, « Quelles propositions de l'Union Européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? » Colloque du 13-05-2014, Revue Concurrences n°3-2014

³ 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.

⁴ V. arrêt du 14 juin 2011, Pfeleiderer, aff. C-360/09, Rec. p. I-5161 ; arrêt du 6 juin 2013, Donau Chemie, aff. C-536/11.

⁵ COUTRELIS, Nicole, ZIVY, Fabien, « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence, Davantage d'avantages pour le règlement consensuel des litiges ou la négociation plutôt que la confrontation », RLC 2834, Numéro 44, Juillet-Septembre 2015

dire déployées en l'absence de la constatation d'une infraction, sont très rares. On constate de plus une disparité des chances de succès d'une action en dommages et intérêts selon les Etats membres.

La directive 2014/104/CE du 26 novembre 2014⁶

En 2013, la commission a adopté une directive spécifique au sein d'un « paquet qui contenait également des mesures non contraignantes concernant l'évaluation du dommage concurrentiel »⁷. Auparavant, les victimes n'avaient pas la possibilité en pratique d'obtenir la réparation intégrale de leur dommage. Celle-ci a été adoptée le 26 novembre 2014.

La directive vise non seulement à une plus efficace mise en oeuvre 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, notamment à travers la question de l'accès aux preuves⁸ et de l'effet contraignant d'une décision d'une autorité nationale de concurrence sur les juridictions civiles de cet Etat-membre.

II. L'action de groupe en France

La loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 a créé l'action de groupe en France, mise en application par le décret n°2014-1081 du 24 septembre 2014.

A) Origine de l'action de groupe

1. Les raisons d'être de l'action de groupe

En matière de consommation, l'action de groupe est une réponse face à l'inégalité du rapport de force entre les collectivités de consommateurs lésés, dont les préjudices individuels ne sont pas suffisamment importants pour justifier une action individuelle, et les professionnels

⁶ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

⁷ 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, no 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.

⁸ JENNY, Frédéric, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

considérés comme fautifs⁹. Elle peut ainsi constituer un véritable levier à l'efficacité des sanctions civiles et contribuer véritablement à l'assainissement des pratiques commerciales¹⁰. La clef de son succès réside ainsi dans le grand nombre de consommateurs qu'elle parvient à rassembler et pour lesquels elle obtient une indemnisation, d'autant plus si le système adopté est celui de l'opt in.

2. Une orientation donnée par la Commission

Outre la directive du 11 juin 2003 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence, la Commission européenne a émis une recommandation de la même date relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation du droit de l'Union¹¹. La Commission y énonce les principes que les Etats membres devraient mettre en œuvre dans leurs systèmes nationaux d'ici le 26 juillet 2015.

Ainsi, elle suggère aux Etats membre de désigner des entités représentatives susceptibles d'engager des actions en représentation sur la base de conditions clairement définies (article 4) et de prévoir qu'il soit vérifié, au stade le plus précoce possible du contentieux, que les demandes pour lesquelles les conditions d'exercice d'une action collective ne sont pas réunies et les demandes manifestement non fondées sont rejetées (article 8). Elle affirme également sa faveur pour l'opt-in (article 21) et pour les modes alternatifs de règlement des litiges (article 26). Elle a aussi le souci de rassurer contre les dérives américaines des class actions, notamment en recommandant aux Etats membres de veiller à ce que la rémunération des avocats et son mode de calcul n'incite pas à engager des procédures judiciaires ne correspondant pas au niveau du préjudice subi (article 12 §2).

B) L'action de groupe à la française

1. L'action de groupe instaurée par la loi Hamon

L'action de groupe telle qu'elle a été créée par la loi Hamon est réservée aux seules associations agréées de consommateurs, qui sont seulement dix-sept en France¹².

⁹ AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ 2013/396/UE

¹² AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

Selon l'article L. 423-1 du code de la consommation, l'action de groupe a pour objet « la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs », préjudices qui doivent être patrimoniaux et résulter de dommages matériels. Ce texte est généralement interprété comme ouvrant des actions en responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, de droit commun ou spéciales au consommateur. Ainsi, si l'action de groupe est une action en justice, c'est aussi et avant tout une action en responsabilité civile¹³. Pour certains auteurs, l'article L. 423-1 « ne vise que des actions en responsabilité civile »¹⁴. Cette interprétation est d'ailleurs confortée par l'article L. 423-3, qui évoque à deux reprises la « responsabilité » du professionnel¹⁵. Toutefois, on pourrait envisager un champ plus large à l'action de groupe, non réservée à la responsabilité civile, comme le montre la circulaire du 26 septembre 2014 qui présente le remboursement d'une partie du prix comme un mode de « réparation des préjudices »¹⁶. Ainsi, le terme « responsabilité » semble ici renvoyer au fait, pour le professionnel de devoir assumer les conséquences civiles de sa faute. Le terme « réparation » désigne tous les moyens de rétablir le consommateur dans ses droits¹⁷. Ainsi, les actions intentées semblent viser le plus souvent le remboursement de sommes indûment payées, davantage que le versement de dommages et intérêts¹⁸.

L'article L. 423-3, en son deuxième alinéa, dispose que : « Le juge détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices ». Ce texte prévoit deux modalités de détermination des préjudices, soit par consommateur, soit par catégorie de consommateur. Dans ce deuxième cas, le juge identifie les consommateur dont les dommages sont

¹³ BACACHE, M. Action de groupe et responsabilité civile, RTD civ. 2014. 450 ; CHONE-GRIMALDI, A. S. et RASCHEL, L., « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! »

¹⁴ REBEYROL, V, La nouvelle action de groupe, D.2014. 940

¹⁵ AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

¹⁶ Circ. n° JUSC1421594 C., citée dans AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

¹⁷ AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

¹⁸ *Ibid.*

suffisamment proches pour faire l'objet d'un traitement unique, ce qui peut être compris comme validant implicitement le recours aux forfaits¹⁹. Cela correspond à une possibilité prévue par le *Consumer Rights Act* en Grande Bretagne²⁰.

L'article L. 423-22 semble laisser l'opportunité aux victimes qui auraient subi un préjudice plus important d'agir pour le surplus, puisqu'il dispose que le consommateur qui adhère au groupe conserve le droit de demander réparation « des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge ». Ainsi, si la décision rendue sur l'action de groupe réserve expressément le cas des dommages plus importants que ceux qu'ils réparent, ceux-ci sont nécessairement hors du champ qu'il définit.²¹

La publicité du jugement, prévue aux articles L. 423-4, R.423-6 et R. 423-13, permet au groupe de victimes de connaître l'existence de la procédure et de se rassembler. Le délai laissé aux consommateurs pour se manifester est entre deux et six mois après la publicité du jugement.

Selon l'article L. 423-4, le juge doit ordonner des « mesures adaptées pour informer de [sa] décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe ».

Ainsi, ce texte ébauche la naissance d'une action de groupe en France. Toutefois, près d'un an et demi après leur création, les actions de groupe se révèlent un échec complet : seules 7 d'entre elles ayant été initiées²². En effet, au-delà de son champ d'application limité et des critiques que peuvent soulever sa conception, elle est rendue inutile par des actions de droit commun bien plus efficaces²³.

2. Les faiblesses de l'action de groupe à la française

Une des premières faiblesses de l'action de groupe telle qu'elle a été instaurée en France est la restriction de la qualité pour agir aux seules associations agréées. En effet, le monopole des

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Schedule 8, section 6 : « The Tribunal may make an award of damages in collective proceedings without undertaking an assessment of the amount of damages recoverable in respect of the claim of each represented person ».

²¹ AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

²² « L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ? » la lettre CDC Concurrence Distribution Consommation du cabinet Vogel et Vogel n°3, Mars 2016

²³ *Ibid.*

actions d'associations de consommateurs apparaît peu pertinent dans la mesure où il n'existe que 17 associations de consommateurs agréées en France. Les associations risquent dès lors de fonder leur choix d'action sur des considérations politiques et sur des impératifs statutaires²⁴.

La loi exclut totalement les avocats de l'organisation et la coordination de telles actions alors qu'ils sont les moteurs des *class actions* dans les autres pays où elles existent.

L'action semble de plus inadaptée au dommage anticoncurrentiel. La loi Hamon a prévu une réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs dans deux cas : à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services (i) ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles (ii). La deuxième branche n'est pas applicable en pratique. En effet, lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le droit de la concurrence, sa responsabilité dans le cadre d'une action de groupe ne peut être prononcée que sur le fondement d'une décision rendue par les autorités de concurrence nationales et européennes, qui constate les manquements et n'est plus susceptible d'être recourue pour la partie relative à l'établissement des manquements²⁵.

III. Des actions individuelles efficaces

Les actions individuelles peuvent être plus faciles et rapides, car le droit français permet aux justiciables de saisir très facilement et presque sans coût le tribunal d'instance ou de proximité pour de petits litiges. Les consommateurs obtiennent ainsi gain de cause beaucoup plus facilement et rapidement par une action individuelle que par l'adhésion à une action de groupe²⁶.

Par ailleurs, il est possible pour un avocat de se faire mandater par des milliers de consommateurs pour exercer une action en justice. C'est d'ailleurs ce qui se passe en pratique et qui est facilité par la création de sites Internet permettant de s'inscrire en ligne et de donner mandat pour introduire une action. Le tribunal est alors saisi par un professionnel diligent, compétent et motivé, qui fait aboutir les intérêts qui lui sont confiés beaucoup plus facilement, en agissant également pour des professionnels si nécessaire, sans être soumis au

²⁴ AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », Recueil Dalloz 2015 p.2136

²⁵ « L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ? » la lettre CDC Concurrence Distribution Consommation du cabinet Vogel et Vogel n°3, Mars 2016

²⁶ *Ibid.*

carcan des actions de groupe²⁷.

IV. Articulation entre action publique et action privée

Le Conseil de la concurrence a été saisi en 2006 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 rendu, il s'est exprimé à propos de l'action en réparation de dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles²⁸.

En Europe, la répression des pratiques anticoncurrentielles est principalement assurée par le *public enforcement*. Des autorités spécialisées, dotées d'un pouvoir de sanction administratives, mettent en œuvre une action publique contre des entreprises supposées être en infraction avec le droit de la concurrence. Ces autorités, plus précisément la commission et les autorités nationales de concurrence sont réunies au sein d'un réseau européen depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1/2003.

Dans ce contexte, l'action privée en réparation devant les juridictions nationales 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 publique²⁹. Régulièrement, les autorités de concurrence rappellent qu'elles n'ont pas la charge de la défense des intérêts privés.³⁰ Toutefois, une action privée bien contrôlée peut renforcer l'efficacité de l'action publique. En effet, elle peut être un moyen de plus de lutter contre des pratiques abusives. Ainsi, les actions privées ont à la fois une fonction de réparation et un caractère dissuasif³¹, bien que le droit français ne reconnaisse pas les dommages et intérêts punitifs. La directive 2014/104/CE, non encore transposée précise : « 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 »³². Elles contribuent à un système efficace de répression des

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles

²⁹ FAVRE, Claire, « La concurrence des institutions et des actions : quelle articulation optimale ? », Paris, colloque du 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

³⁰ CLAUDEL, Emmanuelle Colloque « La concurrence des institutions et des actions : quelle articulation optimale ? », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

³¹ *Ibid.*

³² Considérant 5 de la directive 2014/104/CE

infractions. Un auteur relève ainsi la « complémentarité » entre action civile et action publique³³.

Le Conseil de la concurrence fait référence dans son avis à l'arrêt Courage du 20 septembre 2001. Cet arrêt a renforcé la place donnée au droit de la responsabilité dans le cadre de la sanction attachée aux pratiques anticoncurrentielles. Toute personne doit en effet pouvoir « effectivement » demander la réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement restrictif de concurrence³⁴.

Un exemple de la délicate articulation entre action publique et action civile est l'introduction du principe général de responsabilité solidaire des entreprises, à l'article 11 de la directive 2014/104/CE. En vertu de ce principe, chacune des entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence est tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité et la victime a le droit d'exiger de chacune d'elle la réparation intégrale de ce préjudice³⁵.

L'article 11 vise à prévenir les problèmes générés par le mécanisme de responsabilité solidaire des entreprises, notamment pour les entreprises ayant adhéré à un programme de clémence³⁶. 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. Or, comme, 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 bénéficié de la clémence pourrait avoir à faire face à toutes les actions *follow-on* engagées par les victimes. En effet, en engageant une action contre elle, les victimes sont assurées de ne voir pas leur action suspendue jusqu'à l'achèvement de la procédure concurrence.

Pour prévenir cette éventualité, la Commission a prévu que les bénéficiaires d'une immunité sont en principe responsables seulement à l'égard de leurs propres acheteurs directs et indirects. La seule exception est lorsque les clients des autres entreprises ne peuvent pas obtenir une réparation intégrale auprès des autres auteurs de l'infraction.

³³ JENNY, Frédéric, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ FAVRE, Claire, The competition between institutions and civil actions : What articulation is optimal? (Antitrust damages actions in France and in Europe : Current situation and upcoming changes, Paris, 13 May 2014), Colloque, Concurrences n°3-2014

Dans cette même disposition, un nouvel alinéa a été introduit, qui concerne les petites et moyennes entreprises (PME), qui peuvent également bénéficier d'une limitation de leur responsabilité civile à leurs seuls cocontractants, sous certaines conditions strictes.

L'article 11 est complexe et introduit ce qu'un auteur a pu qualifier d'« objet juridiquement non identifié »³⁷.

L'exemple de la mise en jeu du principe de responsabilité solidaire montre les liens entre articulation de l'action civile et de l'action publique et les défenses qui peuvent être mises en œuvre par les entreprises, dans ce cas précis celles qui bénéficient d'une immunité.

Cette articulation n'est pas évidente et le développement européen et français du droit de la concurrence doit concilier différents objectifs. Il vise, d'une part, à faciliter la mise en œuvre de l'action privée. D'autre part, il a pour fin l'articulation des procédures, entre les différentes autorités de concurrence et entre public et private enforcement³⁸. L'importance accordée progressivement à l'action privée ne doit pas se faire au détriment de l'action publique.

V. Problèmes

Plusieurs problèmes se posent lorsqu'on apprécie les défenses des entreprises face à une action en dommages intérêts pour atteinte au droit de la concurrence.

Tout d'abord, parmi les défenses que l'on peut opposer, certaines sont spécifiques au droit de la concurrence, comme par exemple la répercussion du surcoût (*passing-on defence*). Celle-ci consiste à soutenir que le préjudice a été transmis à l'aval à l'acheteur indirect et ne peut donner lieu à réparation. La question se pose de l'acceptabilité d'une telle défense, et des implications que peuvent avoir le déplacement de la charge de la preuve.

Ensuite, la question se pose de si la décision de la Commission ou de l'Autorité de la concurrence nationale s'impose au juge civil, alors que le *private enforcement* est indépendant de l'action administrative. La directive 2014/104 introduit une présomption d'effet contraignant (*binding effect*) d'un jugement d'une juridiction nationale de concurrence sur les tribunaux de cet Etat. La question se pose des implications d'une telle présomption sur les défenses qui peuvent être soulevées par les entreprises.

³⁷ MASMI-DAZI, F., « Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes », RLC 2013, n°37, p.78 et 79

³⁸ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

Plus particulièrement, la question de la détermination de la faute pose la question de la distinction entre action privée et action publique. En effet, la faute est étroitement liée à l'infraction, qui est le plus souvent avant tout déterminée par les autorités spécialisées. Par ailleurs, les autorités de concurrence ne peuvent se désintéresser de la cessation de l'illicite, à laquelle l'action en réparation contribue pour partie.

L'action privée est parfois conçue comme secondaire en contentieux de concurrence, déjà par le fait qu'elle intervient après l'action publique, ce qui permet de l'appeler action *follow-on*. La question se pose de si l'action civile peut exister en l'absence d'action publique, voire de si des règlements alternatifs des conflits peuvent intervenir.

Enfin, les entreprises peuvent tirer parti d'un accès aux preuves limitées dans les procédures civiles en droit de la concurrence, ce qui crée une asymétrie d'information. La question se pose de si la directive 2014/104/CE facilite cet accès aux preuves, exposant davantage les entreprises à la réussite d'actions privées à leur encontre.

Toutefois, la limite qui semble s'opposer au développement des actions civiles de concurrence est l'efficacité de l'action publique. Ainsi la question se pose de l'articulation des programmes de clémence avec le risque d'actions en dommages et intérêts ultérieures, et ainsi des bénéfices pour les entreprises d'adhérer à un programme de clémence, notamment en termes d'immunité à une action civile de concurrence.

Nous étudierons d'abord les défenses procédurales (Titre I) puis les défenses au fond (Titre II) invocables par les entreprises.

Titre I : Les défenses procédurales

CHAPITRE I : Défenses procédurales classiques

En dehors des exceptions pour nullité d'un acte de procédure, pour vice de forme ou pour irrégularité au fond, la procédure recèle d'autres moyens de défense classiques invocables contre une action en dommages et intérêt pour infraction au droit de la concurrence.

I. Les exceptions d'incompétence

A) La compétence territoriale en France

En France, seuls huit tribunaux de grande instance et de commerce sont compétents dans le domaine des actions civiles de concurrence³⁹ qu'il s'agisse de statuer au fond ou en référé⁴⁰ sur les questions relevant de l'application du droit de la concurrence français (code du commerce, articles L 420-7 et R 420-3) et communautaire (articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne) et des pratiques restrictives prévues à l'article L 442-6 du code du commerce. Il est fait référence à ces huit tribunaux à l'article R 420-4 du code du commerce, qui renvoie au tableau de l'annexe 4-1 : il s'agit des tribunaux de Grande Instance et de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes⁴¹. Leur compétence est impérative pour tout ce qui est du domaine du droit de la concurrence. L'Autorité de concurrence, qui n'a compétence que pour connaître des dommages « économiques »⁴² ne peut être saisie en vue de la réparation d'un dommage « concurrentiel ».

Pour qu'une compétence spécialisée s'applique, il est simplement requis que soit invoquée comme moyen de défense du droit des pratiques anticoncurrentielles, même s'il s'agit d'un moyen de défense superflu⁴³. Le caractère sérieux du moyen allégué est indifférent au caractère impératif de cette application⁴⁴. Dès lors que le caractère spécialisé a été évoqué,

³⁹ MAINGUY, Daniel, RESPAUD, Jean-Louis, DEPINCE Malo, « Droit de la concurrence », Litec, 2010, p.63, n°70

⁴⁰ Tribunal de commerce d'Albi, réf 28 Oct.2009, Jurisdata n°2009-014828

⁴¹ VOGEL, Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages et intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 mars 2013, n°12

⁴² DE LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'une infraction au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°41, 10 octobre 2013, 732

⁴³ CA Douai, Chambre 2-1, 4 avril 2012, Jurisdata n°2012-006709, JCP 2012 1149

⁴⁴ Cour de cassation, Chambre commerciale 9 novembre 2012, n°10-10 937, Jurisdata n°2010-020763

seul un des huit tribunaux précédemment cités est compétent pour juger. Le défendeur a également la possibilité de tacitement demander l'application de la compétence spécialisée pour soustraire le contentieux à une juridiction locale qui pourrait conférer un avantage au demandeur.

Le choix de la juridiction compétente sera d'autant plus déterminant au niveau international, dans la mesure où il aura une incidence sur le droit applicable au litige. Une marge de manœuvre demeure en effet pour les défendeurs, ce que certains critiques ont pu qualifier de forum shopping, ou *law shopping*⁴⁵. Or, 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. En effet, dans une majorité de cas, la loi applicable est la loi du juge saisi, la *lex fori*⁴⁶.

En effet, la *lex fori* est applicable tout d'abord aux questions de procédure. Les questions d'intérêt et de qualité pour agir, soit tout ce qui concerne la recevabilité de l'action relèvent de la *lex fori*⁴⁷. 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 domaine⁴⁸. Mais, sur les questions de fond, la *lex fori* joue également. 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 2009⁴⁹.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, l'article 6, § 3, du règlement s'applique. Celui-ci comporte deux alinéas, distinguant selon que la pratique anticoncurrentielle affecte un ou plusieurs marchés. 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. Dans la majorité des situations internationales, et en particulier pour les pratiques relevant des articles 101 et 102

⁴⁵ IDOT, L., Private enforcement 2013 : entre actions de contournement et forum shopping, NFA, 2013, 3e table-ronde, Concurrences no 2-2013.

⁴⁶ IDOT, Laurence, « Choisir sa loi et son juge, quelles possibilités ? », La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir, Colloque du 13 mai 2014, Revue Concurrences N° 3-2014

⁴⁷ NIBOYET-HOEGY, M.-L., L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé, Paris, Economica, 1986.

⁴⁸ FONGARO, E., La loi applicable à la preuve en droit international privé, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004

⁴⁹ IDOT, Laurence, « Choisir sa loi et son juge, quelles possibilités ? », La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir, Colloque du 13 mai 2014, Revue Concurrences N° 3-2014

TFUE, plusieurs territoires sont le plus souvent affectés, 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 situations. S'il y a un seul défendeur (cas de l'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. En présence d'une pluralité de défendeurs (cas des cartels internationaux), il est encore possible de se fonder sur la *lex fori* si le marché de la juridiction saisie est directement substantiellement affecté par l'acte en cause. Dans une majorité de situations, la *lex fori* est donc applicable, bien que celle-ci soit limitée et encadrée par le droit de l'Union⁵⁰.

B) La compétence matérielle

La Commission européenne et les autorités nationales de concurrences sont matériellement compétentes pour connaître des infractions au droit de la concurrence et uniquement de celles-ci⁵¹. Leurs attributions ne comprennent pas l'indemnisation des victimes de comportement en infraction au droit de la concurrence. Elles peuvent simplement prononcer des injonctions et sanctions administratives.

Les juridictions civiles, commerciales, administratives et pénales françaises sont compétentes pour connaître d'une action en dommages et intérêts en vue de la réparation d'un préjudice concurrentiel. Pour les juridictions pénales, cette compétence est restreinte aux hypothèses de mise en jeu de la responsabilité pénale de l'entreprise, en application de l'article L 420-6 du code du commerce⁵².

L'invocation d'une erreur de compétence peut permettre un gain de temps pour le défendeur, qui peut aussi correspondre à la durée de la prescription de l'action du requérant. Dans ce cas, l'entreprise pourrait invoquer une fin de non-recevoir. Toutefois, la directive du 26 novembre 2014, ainsi que la loi Hamon du 17 mars 2014 restreignent les fins de non recevoir de droit commun dans les procédures civiles de réparation d'un dommage concurrentiel.

⁵⁰ IDOT, Laurence, « Choisir sa loi et son juge, quelles possibilités ? », La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir, Colloque du 13 mai 2014, Revue Concurrences N° 3-2014

⁵¹ VOGEL, Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages et intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 mars 2013, n°12

⁵² *Ibid.*

II. Les restrictions des fins de non-recevoir de droit commun

A) La mise en œuvre des fins de non-recevoir de droit commun

Les fins de non-recevoir en droit français sont définies comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable dans sa demande sans examen au fond pour défaut de droit d'agir »⁵³. Elles se distinguent par leur nature hybride car elles ne s'opposent pas à la demande sur le fond mais l'immobilisent, à la manière d'exceptions⁵⁴. Toutefois, leurs conséquences sont plus radicales, en ce qu'elles font définitivement échec à l'action. Les fins de non recevoir à la disposition du défendeur sont énoncées à l'article 122 du code de procédure civile : défaut de qualité, défaut d'intérêt, prescription, délai prefix et chose jugée. Cette arme permet au défendeur de ne pas avoir à démontrer un grief, comme il lui suffit d'évoquer le défaut de droit d'agir pour faire échec à l'action du demandeur⁵⁵. De plus, une fois que le juge a déclaré l'existence d'une fin de non-recevoir, il n'a plus autorité pour examiner le fond de l'affaire⁵⁶. A la différence des exceptions de procédure, les fins de non-recevoir n'ont pas à être soulevées *in limine litis*, mais peuvent l'être en tout état de cause, d'après l'article 123 du code de procédure civile⁵⁷.

En droit français, l'intérêt à agir doit être né et actuel⁵⁸ et son absence constitue une fin de non-recevoir qu'il n'est pas possible de régulariser, alors même que certaines fins de non-recevoir sont susceptibles de régularisation. Cela n'empêche pas toute action ultérieure si le défaut d'intérêt à agir a disparu.

Le défendeur aura ainsi la possibilité de mettre en œuvre toutes les fins de non-recevoir de droit commun⁵⁹, dont la liste en droit français n'est pas exhaustive⁶⁰.

⁵³ GUINCHARD, Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, « Procédure civile, droit internet et droit de l'Union Européenne », DALLOZ 2012, 31^{ème} édition, p 290 n°327

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ GUINCHARD, Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, « Procédure civile, droit internet et droit de l'Union Européenne », DALLOZ 2012, 31^{ème} édition, p 299 n°338

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ JULIEN, Pierre, FRICERO, Nathalie, Procédure civile, LGDJ, 2011, 4^e édition, p67 n°113

⁵⁸ GUINCHARD, Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, « Procédure civile, droit internet et droit de l'Union Européenne », DALLOZ 2012, 31^{ème} édition, p 298 n°336

⁵⁹ VOGEL, Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages et intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 mars 2013, n°12

⁶⁰ GUINCHARD, Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, « Procédure civile, droit internet et droit de l'Union Européenne », DALLOZ 2012, 31^{ème} édition, p 298 n°336

Le principe de concentration des moyens est applicable comme fin de non recevoir aux actions civiles de concurrence⁶¹. Le 7 juillet 2006, l'arrêt Cesareo a bouleversé la procédure civile, imposant au demandeur d'exposer tous les moyens de nature à fonder sa demande. Instaurant le principe de concentration des moyens, il empêche le demandeur d'assigner le défendeur une nouvelle fois sur de nouveaux fondements. Or, la directive du 26 novembre 2014 impose l'effet contraignant des décisions des autorités nationales de concurrence envers les juridictions civiles des Etats-membres. Dès lors, le fait que le juge civil soit lié par la décision de la juridiction économique, pourrait amener, en application de la jurisprudence Cesareo, à l'interdiction de l'ajout de nouveau moyen devant la juridiction civile.

B) L'inefficacité de certaines fins de non-recevoir dans une action civile de concurrence

1. La disparition de la prescription comme défense à une action civile de concurrence

a) Un allongement du délai de prescription

En application de l'article 2224 du code civil, les actions en responsabilité civile délictuelle fondées sur l'article 1382 du code civil se prescrivent au bout de cinq ans, à compter du jour de la connaissance des faits, ou du jour où ils auraient du être connus. Cela explique le rejet récent d'une action en dommages et intérêts pour la réparation d'un dommage concurrentiel résultant d'agissements plus de quinze ans auparavant⁶².

La directive 2014/104 fixe le délai de prescription à cinq ans au minimum, ce qui ne pose pas de problème au regard de l'article 2224 du code civil. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 10 dispose que le délai de prescription ne commence pas à courir « avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance : 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'auteur de l'infraction ».

Ainsi, même si la rédaction est proche de celle de 2224, le législateur devra définir de manière explicite les conditions cumulatives à réunir pour faire courir le délai de prescription. De plus, l'article 2224 vise le « titulaire d'un droit » alors que l'article 10 évoque simplement « le

⁶¹ Tribunal de Grande Instance, référé, 15 janvier 2009,

⁶² TGI Paris, 17 déc. 2013, n° 10-03480, affaire de la construction et de la rénovation des lycées d'Ile-de-France

demandeur », qui n'est pas nécessairement la partie lésée par une infraction au droit de la concurrence⁶³. Par ailleurs, alors que l'article du code civil fait référence aux « faits litigieux », la directive, par souci de sécurité juridique, impose la qualification d'infraction au droit de la concurrence⁶⁴. Enfin, l'article 10 comprend une « part de subjectivité »⁶⁵ sur le fond et laisse une marge d'appréciation au juge quant à l'état d'ignorance du demandeur.

b) Interruption et suspension de la prescription

i. En cas d'action engagée consécutivement à la procédure administrative

Au niveau communautaire, l'article 10.4 de la directive du 26 novembre 2014 prévoit un délai de prescription qui n'est plus laissé à la libre appréciation des Etats-membres. Il dispose ainsi que « le délai de prescription (est) suspendu ou, selon le droit national, interrompu par tout acte d'une autorité de concurrence visant à l'instruction ou à la poursuite d'une infraction au droit de la concurrence à laquelle l'action en dommages et intérêts se rapporte. Cette suspension prend fin au plus tôt un an après la date à laquelle la décision constatant une infraction est devenue définitive, ou à laquelle il a été mis un terme à la procédure d'une autre manière »⁶⁶.

En droit français, l'article L 426-7 du code de commerce a été complété par un nouvel alinéa 4 qui prévoit que la prescription d'une action de groupe en réparation est interrompue par toute procédure engagée devant les autorités nationales de concurrence ou devant la Commission⁶⁷. L'interruption, contrairement à la proposition de directive de la commission, supprime le délai écoulé et fait partir un nouveau délai à compter de la décision de l'Autorité

⁶³ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ KRIEGK, J-K, « La réforme de la prescription des obligations », *Revue Lamy de droit de la concurrence* 2009, n°58, étude 3357.

⁶⁶ Directive votée le 26 novembre 2014 par le Parlement relative à l'action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles

⁶⁷ D'ALES, Thibaud, CONSTANS, Arnaud, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *La Semaine juridique Entreprises et Affaires* n°23, 5 juin 2014, 1306, n°13

de la concurrence⁶⁸. L'objectif de cet article est d'éviter « des problèmes cornéliens de computation des délais »⁶⁹.

La prescription de l'action individuelle en dommages et intérêts sera suspendue pendant la procédure de l'action de groupe. L'article L 423-20 *nouveau* du code de la consommation prévoit que le délai de prescription de l'action individuelle recommencera à courir pour une période minimale de 6 mois à partir du jugement définitif concernant l'action de groupe⁷⁰.

Ainsi, le délai de cinq ans de l'action individuelle a été allongé : d'abord interrompu pendant la procédure de concurrence et recommençant lorsque la décision définitive est rendue par la juridiction économique, il est également suspendu si une éventuelle action de groupe est engagée. Enfin, si le délai restant pour agir était inférieur à six mois, il restera malgré tout six mois à la victime pour agir devant le juge civil.

En pratique, le délai pourra être fortement allongé pour les actions individuelles, ce qui pose aussi la question de leur efficacité, notamment eu égard à la conservation des preuves⁷¹. Au-delà de cette hypothèse, le mécanisme de l'interruption de la prescription pose la question de l'indépendance entre action publique et action civile. En effet, le fait que la procédure devant l'autorité de concurrence ait un effet interruptif implique que « la décision publique crée le droit à réparation »⁷².

ii. En cas de règlement amiable

L'article 18 instaure une prescription de l'action civile en cas de règlement consensuel des litiges au profit des parties qui participent ou ont participé à la procédure de règlement consensuel ou y ont été représentées.

⁶⁸ FRANCOIS-MARTIN, Laurent, DALOUEDE Inès, « Introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitudes pour les entreprises », Contrats Concurrence et Consommation, n°1^{er} Mai 2014, dossier n°5, n°13

⁶⁹ AMRANI-MEKKI, S., « Action de groupe, mode d'emploi », Procédures 2014, étude 16, §13

⁷⁰ FRANCOIS-MARTIN, Laurent, DALOUEDE Inès, « Introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitudes pour les entreprises », Contrats Concurrence et Consommation, n°1^{er} Mai 2014, dossier n°5, n°13

⁷¹ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

⁷² AMRANI-MEKKI, S., « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : le point de vue d'un processualiste, Concurrences 4-2008, p 11 et 21

Si aucune action en réparation n'a été engagée, le délai de prescription doit être suspendu pendant la durée de la procédure de règlement consensuel⁷³.

Si une action en réparation a été engagée mais que les parties amorcent une procédure de résolution consensuelle, le juge peut suspendre la procédure « pendant une période allant jusqu'à deux ans »⁷⁴. La directive crée ainsi une passerelle entre les différentes voies procédurales qu'elle prévoit. Cette « porte d'échappement »⁷⁵ permet ainsi aux parties de trouver une solution amiable alors même qu'une procédure juridictionnelle est en cours, tout en conservant la possibilité de revenir devant le juge si la procédure amiable échoue.

En droit positif, l'article 2238 du code civil prévoit déjà un mécanisme de suspension obligatoire lorsque procédure amorcée « après la survenance d'un litige », mais il est réservé aux cas de médiation, conciliation et convention de procédure participative. La transposition devra inclure une généralisation de ces dispositions à tous les modes alternatifs de règlements des différends, et sera l'occasion d'harmoniser les dispositions concernant l'action de groupe, limitées au cas de médiation.

iii. *En cas de « clémence civile »*⁷⁶

Dans le cadre de l'aménagement de la responsabilité solidaire pour les bénéficiaires d'un programme de clémence, la directive précise que le délai de prescription doit être « raisonnable et suffisant »⁷⁷, laissant une marge d'appréciation importante au juge.

2. La disparition de la défense « *nemo auditur* » dans le cadre d'une action concurrentielle

EN droit commun, la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », qui signifie que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude, est invocable par un défendeur à l'encontre d'une victime qui aurait commis un fait répréhensible. Mais cet règle est inopposable à un requérant en réparation d'un préjudice concurrentiel. Cette règle est inopposable à une partie à

⁷³ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

⁷⁴ Article 18 de la directive

⁷⁵ COUTRELIS, Nicole, ZIVY, Fabien, « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence, Davantage d'avantages pour le règlement consensuel des litiges ou la négociation plutôt que la confrontation », RLC 2834, Numéro 44, Juillet-Septembre 2015

⁷⁶ CHAGNY, M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles. Changements en vue en droit français de la concurrence... de la procédure et de la responsabilité civile ? », D.2013, p.2532

⁷⁷ Article 11.4 de la directive

l'entente illicite car la nullité de cette dernière est d'ordre public⁷⁸. Ainsi, la partie à l'entente illicite pourra aussi se fonder sur l'illicéité de l'entente pour demander une indemnisation constituée par des dommages et intérêts⁷⁹.

Chapitre II : La limitation de l'accès aux preuves

I. L'accès à la preuve prévu par la directive 2014/104/CE

A) Accès aux preuves détenues par les parties

1. Principe général de divulgation sous conditions

La directive s'attache à faciliter l'accès aux éléments de preuve aux victimes des infractions au droit de la concurrence⁸⁰. 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.

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 5⁸¹. Cet article fixe deux conditions de plausibilité (la demande de dommages et intérêts doit être fondée) et de proportionnalité.

La production forcée peut porter non seulement sur certains éléments de preuve « bien précis »⁸², mais également sur des « catégories pertinentes de preuves » qui sont « circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible, sur la base de données factuelles raisonnablement disponibles dans la justification motivée »⁸³. Cette justification contient les « données factuelles » et « les preuves raisonnablement disponibles suffisantes pour étayer la plausibilité de la demande en réparation ». Cela implique toutefois que les

⁷⁸ BRAULT, Dominique, « Politique et pratique du droit de la concurrence en France », LGDJ, 2004, p477, n°1103

⁷⁹ Cour de justice de la communauté européenne, 20 septembre 2001, affaire C-453/99 Crehan c/Courage

⁸⁰ CALISTI, Daniele, « Quelles propositions de L'union européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? », colloque La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir, Paris, 13 mai 2014, Revue Concurrences N° 3-2014

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Considérant 16 de la directive

⁸³ *Ibid.*

parties ne pourront pas faire une « pêche aux informations », en présentant des demandes non spécifiques ou trop vastes d'informations⁸⁴.

2. L'office du juge renforcé

Le juge contrôle l'ensemble du processus en évaluant la pertinence et la proportionnalité de la demande d'accès aux pièces⁸⁵. Pour cela, il évalue les « intérêts légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés »⁸⁶, notamment : le développement des motivations qui justifient la demande de production, l'étendue et le coût de la production de preuves, l'existence d'informations confidentielles et l'existence ou non de moyens de protection de ces informations⁸⁷. Les entreprises, auxquelles une demande de production de preuves est adressée, ont la possibilité d'être entendues avant l'injonction de production et d'invoquer le secret professionnel⁸⁸.

L'accès aux informations confidentielles peut être autorisé si le juge l'estime « utile »⁸⁹. Par ailleurs, bien que cela ne puisse aller à l'encontre de l'exercice du droit à réparation, des mesures de protection de ces informations doivent être prises. La directive évoque « la possibilité d'apporter des modifications aux passages sensibles dans les documents, de conduire des audiences à huis clos, de limiter les personnes autorisées à prendre connaissance des preuves et de faire injonction à des experts de produire des résumés des informations sous une forme globale ou sous une autre forme non confidentielle »⁹⁰. Enfin, l'article 8 indique que des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » seront appliquées, par exemple en cas de destruction de preuves, de non-respect d'une injonction de production de preuves, de violation des restrictions prévues pour l'utilisation des preuves. Le juge peut notamment tirer des conclusions défavorables et a la faculté de prononcer une condamnation aux dépens.

⁸⁴ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

⁸⁵ HAASBEEK, L., *La directive sur les actions en dommages et intérêts pour violations au droit de la concurrence* : *Contrats conc. consom.* 2015, dossier 5, p. 26

⁸⁶ *Article 5.3 de la directive*

⁸⁷ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Article 5.4 de la directive*

⁹⁰ *Considérant 18 de la directive*

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.

3. Un mécanisme incitant à la transaction

Le dispositif élaboré d'injonction judiciaire devrait constituer un puissant incitatif à la négociation. Tout d'abord, les auteurs d'infraction auront intérêt à s'orienter vers une solution amiable avec les victimes avant que celles-ci n'introduisent leur action en indemnisation, et tandis qu'il existe une asymétrie d'information à la faveur du défendeur⁹¹.

Ensuite, dans le cas où l'action en réparation a déjà été engagée, les entreprises auteurs d'infraction auront intérêt à rechercher une transaction avant que le juge ne leur enjoigne de communiquer les pièces⁹². Elles bénéficieront pour cela du mécanisme permettant de suspendre la prescription pendant une durée maximale de deux ans en vue de parvenir à un règlement consensuel⁹³.

En effet, les victimes, du fait du bénéfice de ce mécanisme de prescription, seront plus enclines à négocier une transaction. Les défendeurs seront quant à eux incités à rechercher une solution amiable du fait des risques posés pour eux par la facilitation de l'accès aux pièces qu'ils détiennent.

B) Limitation des transmissions des preuves par une Autorité de la concurrence

1. La production de preuves détenues par une autorité de concurrence

Dans le prolongement de l'accès aux preuves détenues par les parties et les tiers, la directive envisage également, dans ses articles 6 et 7, la production de preuves détenues par une autorité de concurrence⁹⁴. Dans cette perspective, la directive fait apparaître de manière claire que « le private enforcement ne doit en aucun cas remettre l'efficacité du public enforcement ».

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

⁹¹ COUTRELIS, Nicole, ZIVY, Fabien, « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence, Davantage d'avantages pour le règlement consensuel des litiges ou la négociation plutôt que la confrontation », RLC 2834, Numéro 44, Juillet-Septembre 2015

⁹² *Ibid.*

⁹³ Article 18 de la directive

⁹⁴ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

devant, au contraire, être protégés afin de sauvegarder l'efficacité de la mise en œuvre par la sphère publique (articles 6 et 7)⁹⁵. Elle a, pour une commentatrice, établi sans le dire une « liste noire, une liste grise et une liste blanche »⁹⁶. La directive adopte ainsi une « démarche graduée »⁹⁷.

En effet, l'article 6 classe les documents pouvant être détenus par l'Autorité de la concurrence en trois catégories. La liste noire contient les documents ne pouvant pas faire l'objet « à aucun moment » d'une divulgation : il s'agit des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et des propositions de transaction, y compris les citations littérales de déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ou de propositions de transaction comprises dans d'autres documents⁹⁸. La liste grise protège l'investigation en cours, en prévoyant que les informations préparées aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence ou établies par celle-ci au cours de sa procédure et les propositions de transaction qui ont été retirées peuvent être divulguées seulement une fois que la procédure de l'autorité de concurrence est close⁹⁹. La liste blanche comprend toutes les preuves qui existent en dehors d'une procédure engagée par l'Autorité de la concurrence et dont la divulgation peut être demandée à tout moment. L'article 7 concerne l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et retient « des principes symétriques à ceux retenus en ce qui concerne la divulgation »¹⁰⁰.

2. Détail de la classification opérée par la commission

a) La liste blanche et les limites au principe de divulgation

Deux limites sont imposées au principe de divulgation. Tout d'abord, la production de preuves de la part d'une autorité de concurrence ne peut être ordonnée que si ces preuves ne peuvent être raisonnablement obtenues d'une autre partie ou d'un tiers. Lorsque c'est le cas, il existe

⁹⁵ CALISTI, Daniele, « Quelles propositions de l'Union Européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? » Colloque du 13-05-2014, Revue Concurrences n°3-2014

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ F. Masmi-Dazi, Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes : RLC 2013, n° 37, p. 78 et spéc. p. 79.

⁹⁸ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ HAASBEEK, L, La directive sur les actions en dommages et intérêts pour violations au droit de la concurrence, préc., p. 27.

ensuite une limite supplémentaire qui est que l'utilisation de ces éléments est limitée à la personne physique ou morale qui a initialement obtenu l'accès et à ses successeurs légaux. L'objectif est d'éviter que ces preuves ne servent de « monnaie d'échange »¹⁰¹.

Le juge effectue un contrôle de proportionnalité et tient compte dans son appréciation de l'intérêt d'une mise en oeuvre effective du droit de la concurrence par la sphère publique¹⁰². Des observations peuvent être présentées au juge par l'autorité de concurrence qui se voit enjoindre de produire des éléments de son dossier¹⁰³. Le considérant 30 précise que l'autorité de concurrence devrait pouvoir être informée des demandes de production d'informations en cours lorsque le destinataire de l'injonction est concerné par l'enquête de l'autorité de concurrence¹⁰⁴. Cela correspond à la volonté indiquée dans la directive de promouvoir « les principes de la coopération juridique et administrative en vertu du droit de l'Union ou du droit national »¹⁰⁵.

b) La liste grise

Les catégories de documents qui pourraient révéler la stratégie d'investigation d'une autorité de concurrence, ou dont la divulgation pourrait être nocive à une procédure en cours devant une telle autorité jouissent d'un degré supérieur de protection à celui des documents précédemment évoqués.

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).

Le texte final de la directive précise indirectement 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 de ces catégories ne devra pas être divulgué automatiquement au

¹⁰¹ Considérant 32 de la directive

¹⁰² PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ considérant 15 de la directive

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)¹⁰⁶.

c) La liste noire : l'accès aux preuves dans le cadre d'un programme de clémence ou d'une proposition de transaction

i. *Protection des déclarations en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction*

Au niveau le plus élevé de protection établi par la directive du 26 novembre 2014 se trouvent les déclarations effectuées par les entreprises en vue d'obtenir la clémence et les propositions 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.

Il faut remarquer que, dans le texte du Parlement, il a été précisé que les "citations littérales" des documents doivent également être protégées de la divulgation au sein d'une procédure judiciaire (considérant 24). Néanmoins, même dans ce cas, le juge exercera un contrôle : il pourra accéder aux informations figurant dans la liste noire afin de vérifier si le contenu de celles-ci sort du cadre des définitions des notions de « déclaration effectuée en vue d'obtenir la

¹⁰⁶ CALISTI, Daniele, « Quelles propositions de l'Union Européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? » Colloque du 13-05-2014, Revue Concurrences n°3-2014

clémence » et de « proposition de transaction ». Il pourra alors permettre la divulgation du contenu sortant du cadre de ces définitions¹⁰⁷.

ii. Le règlement sur les déclarations d'entreprises

Dans le prolongement d'arrêts récents mettant en cause la production de documents issus de procédures de mise en œuvre d'un programme de clémence dans le cadre de procédures judiciaires nationales¹⁰⁸ et dans la continuité de l'adoption de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne¹⁰⁹, la Commission a décidé de modifier et d'adapter cinq textes : le règlement 773/2004 relatif aux procédures de concurrence ainsi que les communications sur la clémence, sur la transaction, sur l'accès au dossier et sur la coopération avec les juridictions nationales¹¹⁰.

Cette réforme confère désormais une protection aux "déclarations d'entreprises", qu'il s'agisse des "déclarations établies spécifiquement pour être présentées à la Commission en vue d'obtenir une immunité ou une réduction d'amendes au titre de son programme de clémence"¹¹¹ ou des "propositions de transaction [...] spécifiquement établies par les entreprises concernées sous forme de demande formelle adressée à la Commission pour qu'elle adopte une décision dans leur affaire selon la procédure de transaction"¹¹².

Le règlement 773/2004 contient désormais un nouveau chapitre VI bis, limité à un seul article 16 bis, qui pose les "limites à l'utilisation des informations obtenues au cours d'une procédure de la commission". D'une part, il est prévu que les informations ainsi obtenues devront être utilisées exclusivement aux fins des procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des articles 101 et 102 du traité¹¹³. D'autre part, l'accès aux déclarations

¹⁰⁷ Considérant 27 et article 6.7 de la directive

¹⁰⁸ LACRESSE, Alexandre, « Procédures », Chroniques, Concurrence n°4-2015, pp 172-190

¹⁰⁹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE 2015, L 349, p. 1, Revue Concurrences n° 1-2015, p. 168

¹¹⁰ LACRESSE, Alexandre, « Procédures », Chroniques, Concurrence n°4-2015, pp 172-190

¹¹¹ Article 4 bis, paragraphe 2 du règlement 773/2004

¹¹² Nouvelle rédaction du troisième alinéa de l'article 10 bis, paragraphe 2 du règlement 773/2004

¹¹³ Article 16 bis, paragraphe 1 du règlement 773/2004 et nouveau point 48 de la communication sur l'accès au dossier

d'entreprise ne sera accordé qu'aux fins de l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée devant la Commission¹¹⁴.

Elles ne pourront être utilisées par une partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'une action introduite, soit devant les juridictions de l'Union européenne contre une décision de la Commission, soit devant les juridictions des États membres dans une affaire directement liée à celle de la Commission et seulement si cette affaire concerne la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par cette dernière ou le contrôle juridictionnel d'une décision par laquelle une autorité de concurrence nationale constate une infraction à l'article 101 du TFUE¹¹⁵.

Afin de matérialiser l'accès restreint aux déclarations d'entreprise, l'article 15 du règlement 773/2004 prévoit, dans un nouveau paragraphe 1 ter, un accès possible uniquement "dans les locaux de la Commission" et sans possibilité pour les entreprises ou leurs représentants d'en prendre copie.

En outre, la Commission s'engage à ne transmettre, à aucun moment, des déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence à une juridiction nationale dans le cadre d'une action en dommages et intérêts pour violation des articles 101 et 102 TFUE, sauf aux fins de l'évaluation des éléments de preuve par cette juridictions (voir art. 6, para. 7, de la directive 2014/104). Il en ira de même des propositions de transaction (nouveaux points 39 de la communication sur la transaction et 26 bis de la communication sur la coopération avec les juridictions nationales).

Toutefois "les informations préexistantes, à savoir les preuves existant indépendamment de la procédure de la Commission et présentées à celle-ci par une entreprise dans le cadre de sa demande d'immunité ou de réduction d'amendes" (art. 4 bis, para. 3) ne seront pas couvertes par une protection spécifique. Les informations obtenues dans le cadre de procédures de concurrence, autres que les déclarations d'entreprises, pourront être utilisées devant les juridictions nationales, mais seulement une fois que la Commission aura clos sa procédure contre toutes les parties faisant l'objet de l'enquête en adoptant une décision (constat d'infraction, engagements ou inapplication) ou d'une autre manière¹¹⁶. Il s'agit notamment

¹¹⁴ LACRESSE, Alexandre, « Procédures », *Chroniques, Concurrence* n°4-2015, pp 172-190

¹¹⁵ Article 16 bis, paragraphe 2

¹¹⁶ *Ibid.*

des “informations préparées par d’autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure engagée devant la Commission” et des “informations établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure”¹¹⁷.

L’article L-464-2 du code de commerce énonce 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. » Le législateur a entendu garantir un accès « gradué » aux dossiers de l’Autorité pour les parties à l’instance en réparation du préjudice née d’une pratique anticoncurrentielle en fonction du type de procédure suivi par l’autorité : procédure de clémence, de transaction, d’engagements, rôle initial joué par le plaignant dans le cadre de la procédure administrative.

Dans le domaine de la procédure de transaction, le paragraphe 1 bis de l’article 15 est modifié afin de permettre à l’entreprise, en cas d’échec des discussions avec la Commission, de se voir accorder l’accès au dossier lorsqu’une communication des griefs lui a été adressée¹¹⁸.

En outre, la communication sur la transaction prévoit dans ce cas que “la Commission ne tiendra aucun compte des éléments reconnus par les parties dans la proposition de transaction”, qui ne pourront être utilisés comme preuves contre aucune des parties à la procédure. Partant, l’entreprise concernée se verra accorder, sur demande, un délai pour présenter sa défense à nouveau et notamment demander une audition (nouveau point 27)¹¹⁹. Il en ira de même si la Commission adopte une position finale qui s’écarte de la position initiale qu’elle a exprimée dans sa communication des griefs entérinant les propositions de transaction (nouveau point 29)¹²⁰.

iii. La fin d’une longue hésitation concernant la clémence

Si les dispositions de la directive du 26 novembre 2014 mettent un terme à la longue indécision de la Cour de Justice de l’Union Européenne concernant l’accès aux preuves dans

¹¹⁷ article 16 bis, paragraphe 3 du règlement 773/2004 et nouveau point 26 ter de la communication sur la coopération avec les juridictions nationales

¹¹⁸ LACRESSE, Alexandre, « Procédures », Chroniques, Concurrence n°4-2015, pp 172-190

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

le cadre de la procédure de clémence, la persistance de ces hésitations manifeste l'ambiguïté au cœur de la volonté de concilier incitation à la clémence dans la volonté de réprimer des comportements anticoncurrentiels et souci de réparer les préjudices subis par les victimes de ces pratiques.

Dans les arrêts Pfeiderer /Bundeskartellamt du 14 juin 2011 et Donau Chemie¹²¹ du 6 juin 2013, La Cour de Justice a considéré qu'en l'absence de dispositions du droit européen concernant l'accès aux informations fournies dans le cadre de la procédure de clémence, il appartenait aux juridictions nationales de déterminer, sur la base de leur droit interne, au cas par cas, les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance de intérêts justifiant la communication des informations et la protection de ces dernières fournies volontairement par le demandeur de clémence¹²².

Dans l'arrêt Pfeiderer/Bundeskartellamt, la Cour de justice rappelle la nécessité pour les programmes de clémence de demeurer attractifs, et ainsi de lutter contre les comportements susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, mais l'oppose au droit des requérants à une action en dommages et intérêts à obtenir réparation de leur préjudice, action qui participe aussi à affermir le caractère opérationnel du droit de la concurrence communautaire et interne en décourageant les comportements anticoncurrentiels¹²³.

Si elle a souligné, au point 42 de l'arrêt Donau Chemie du 6 juin 2013¹²⁴, 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

¹²¹ 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).

¹²² VOGEL, Louis, « Les actions civiles de concurrence Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », EPA, 2013, p.87

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Arrêt de la Cour (première chambre) du 6 juin 2013, Bundeswettbewerbsbehörde contre Donau Chemie AG et autres, Demande de décision préjudicielle, point 42

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"¹²⁵.

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.

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".

II. L'accès à la preuve dans le droit positif français

A) La position ferme française

1. Le principe du secret de l'instruction

Les pièces versées au dossier d'instruction de l'Autorité de la concurrence sont par principe couvertes par le secret de l'instruction tel que défini à l'article L.463-6 du code de commerce.

Les tiers-victimes ne peuvent donc en principe pas avoir communication du dossier d'instruction pour fonder leurs actions en indemnisation devant le juge civil.

En cas d'identité des parties à la procédure devant l'Autorité de la concurrence et devant les juridictions civiles, la divulgation des preuves réunies devant la première procédure est très difficile à obtenir devant la seconde. L'article 50 de la loi du 17 mai 2011 modifiant l'article 6 de la loi du 17 juillet 1998 dispose que « les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision (...) ne sont pas communicables ». L'article L 463-6 du code de commerce prévoit

¹²⁵ *Ibid.*

que « 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 » est sanctionnée pénalement. La sanction est assez sévère¹²⁶ dans la mesure où elle peut s'élever à 15 000 euros et d'un an d'emprisonnement pour une personne physique¹²⁷ et à 75000 euros pour une personne morale¹²⁸. Les entreprises parties à une procédure devant l'Autorité de la concurrence faisaient face à l'interdiction de transmettre à qui que ce soit, même au juge judiciaire, les pièces obtenues au cours de la procédure devant la juridiction économique au risque sinon de se voir punir par une sanction pénale¹²⁹. Cette disposition du code de commerce gèle totalement la possibilité d'une communication des pièces obtenues par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'un programme de clémence¹³⁰.

2. Le refus de transmission des pièces issues de programmes de clémence en France

Le conseil de la concurrence, dans son avis relatif à l'introduction d'une action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, a penché pour une garantie de confidentialité des documents recueillis par une autorité de concurrence dans le cadre d'un programme de clémence. Il a précisé en 2006 que le minimum était que l'entreprise ne soit pas mise dans une situation « moins favorable devant le juge civil »¹³¹. Le principe général en ce qui concerne la procédure de clémence est celui de la confidentialité¹³². Toutefois, cette défense peut être contournée par les articles 11 et 138 du code de procédure civile prévoyant la communication de pièces par injonction judiciaire qui peut s'appliquer dans le cas d'une action en réparation d'un dommage concurrentiel. La mise en jeu de cet article permettrait la divulgation des

¹²⁶ VOGEL, Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages et intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 mars 2013, n°12

¹²⁷ Article 226-13 du code pénal

¹²⁸ JAUNET, Vincent, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale », Contrats concurrence et consommation, n°5, 1^{er} Mai 2013, Dossier 9, n°5

¹²⁹ DE LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°41, 10 octobre 2013, p. 732

¹³⁰ MARECHAL, Camille, Fasc 25, « Les Grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », JurisClasseur Concurrence-Consommation, 15 juin 2014, n°126

¹³¹ Conseil de la concurrence, avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, §73

¹³² VOGEL, Louis, « Les actions civiles de concurrence Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », EPA, 2013, p.66 n°111

documents par une injonction judiciaire soit contre une partie, soit contre l'Autorité de la concurrence¹³³.

Le droit de la concurrence français s'oppose toutefois à ce que l'Autorité de la concurrence communique les documents dont elle dispose¹³⁴. L'accès aux documents administratifs a été limité¹³⁵. L'article L 462-4 introduit par la loi Lurel du 20 novembre 2012 a établi une interdiction pour l'Autorité de donner accès au juge à toute pièce qui lui a été communiquée dans le cadre d'un programme de clémence. Il dispose 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 ».

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 » de ne pas devenir des proies « faciles » dans le contentieux de la réparation¹³⁶.

Le point 21 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français indique : « 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 preuve qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée. »

L'Autorité de concurrence rappelle dans son communiqué : « l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordées 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 l'article 81 du traité CE » (pt 47). Ainsi, le législateur a entendu protéger le fait que les demandeurs de clémence auront l'assurance que les pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-3 ne seront pas communiquées par l'Autorité.

¹³³ DE LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°41, 10 octobre 2013, p. 732

¹³⁴ VOGEL, Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages et intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 21 mars 2013, n°12

¹³⁵ Article 50 de la loi du 17 mai 2011 modifiant l'article 6 de la loi n°78-753 du 17 Juillet 1988

¹³⁶ *Ibid.*

L'interrogation de savoir si cette exclusion générale et absolue est compatible avec le droit et la jurisprudence de l'Union Européenne se pose et notamment avec la directive du 26 novembre 2014.

B) Une jurisprudence plus favorable aux parties à la procédure « concurrence »

1. L'accès aux pièces du dossier de l'autorité de la concurrence pour le défendeur

Une première voie d'accès aux documents de l'Autorité de la concurrence est toutefois ouverte via participation préalable de la partie au procès civil à la procédure de l'Autorité ou injonction du juge judiciaire.

La cour de cassation, par un arrêt SEMAVEM de la chambre commerciale du 19 janvier 2010¹³⁷, a consacré une exception à ce principe. Elle a autorisé la communication des pièces à condition que la partie prouve qu'elle est essentielle au respect de ses droits de la défense¹³⁸. En effet, dans cet arrêt, elle accepte la divulgation de pièces qui devaient normalement être couvertes par le secret de l'instruction, si et seulement elle est nécessaire pour l'exercice de la défense¹³⁹. Elle a énoncé 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 ses droits».

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.

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

¹³⁷ Cour de cassation, chambre commerciale, 19 janvier 2010, n°08-19.761 Jurisdata n°2010-051192 Bulletin civ. 2010 IV, n°8 cité par CLARENC Christophe, CHRISTOL Renaud, « Transmission des dossiers de l'Autorité de la concurrence dans les procédures indemnitaires », La Semaine juridique Entreprises et Affaires n°2, 10 janvier 2013, act. 8

¹³⁸ VOGEL, Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages et intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 mars 2013, n°12

¹³⁹ JAUNET, Vincent, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale », Contrats Concurrence-Consommation, n°5, 1^{er} Mai 2013, Dossier 9, n°6

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".

Toutefois, ce principe permet au défendeur, sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile, une procédure d'accès aux documents de l'Autorité de la concurrence bien plus rapide que celle qu'il aurait dû suivre en droit commun. En effet cet article autorise une partie à demander au juge d'enjoindre à un tiers de produire les pièces qu'elle considère indispensables à l'expression de la vérité¹⁴⁰.

Par cet arrêt, la Cour de cassation est venue préciser que la protection de la confidentialité du dossier d'instruction n'est pas absolue et peut être levée dès lors que des éléments du dossier sont nécessaires dans le cadre de l'exercice des droits de la défense.

2. L'accès aux pièces du dossier de l'Autorité de la concurrence pour le demandeur

a) Demandeur partie à la « procédure concurrence »

La production des pièces détenues par l'Autorité de la concurrence est généralement plus facilement admise par la juridiction civile ou commerciale lorsqu'il y a identité des parties à la procédure de concurrence en vue de l'indemnisation du dommage à l'économie et à la procédure de réparation du dommage concurrentiel¹⁴¹.

Le tribunal de commerce a repris la décision de la cour de cassation en l'étendant au demandeur partie à la procédure de l'Autorité dans une procédure d'indemnisation.

Il a ainsi autorisé le demandeur à produire des pièces issues de la procédure concurrence à laquelle il était partie, sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile, à condition qu'il démontre que ces pièces sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense¹⁴².

¹⁴⁰ JAUNET, Vincent, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale », Contrats concurrence et consommation, n°5, 1^{er} Mai 2013, Dossier 9, n°5

¹⁴¹ VOGEL, Louis, « Les actions civiles de concurrence Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », EPA, 2013, p.66 n°111

⁹⁴ Tribunal de commerce de Paris, 24 août 2011.

Le tribunal de commerce souhaitait amplifier la portée de la décision de la cour de cassation en l'étendant aux informations « non confidentielles » portant sur une procédure d'engagement concernant les parties à la procédure concurrentielle. Il a reconnu le pouvoir du juge judiciaire de contraindre l'Autorité de la concurrence à les communiquer au demandeur¹⁴³.

La cour d'appel de Paris a toutefois infirmé cette décision. Elle apporte ainsi deux précisions. Le demandeur partie à l'instance concurrence a la faculté de produire lui-même les éléments du dossier de procédure d'instruction devant l'Autorité de la concurrence, sans invoquer l'article 138 du code de procédure civile, à charge pour lui d'apprécier si la communication de ces documents est nécessaire à l'exercice de sa défense et justifie une exception au secret de l'instruction¹⁴⁴. Elle précise également que l'Autorité de la concurrence n'a pas à prendre le risque du secret de l'instruction et peut se prévaloir de « l'empêchement légitime » sur le fondement de l'article 141 du code de procédure civile.

Ainsi, dans le cas où il est partie à la procédure devant l'Autorité, le demandeur peut produire lui-même les éléments du dossier, sans se fonder sur le droit commun de la procédure civile, à condition qu'il démontre que leur production est nécessaire à l'exercice de sa défense.

Ainsi, le tribunal de commerce de Paris, dans un jugement du 24 août 2011¹⁴⁵, a amplifié la portée de

b) Difficulté d'accès aux preuves pour le demandeur non partie à l'instance « concurrence »

La loi du 20 novembre 2012¹⁴⁶ prévoit un régime favorable au demandeur non partie à l'instance « concurrence » et qui vise à obtenir réparation d'un dommage concurrentiel devant les juridictions civiles. Si le demandeur ne possède aucune pièce permettant d'établir

¹⁴³ Tribunal de commerce de Paris, 16 mars 2012, SAS Ma Liste de Courses.

¹⁴⁴ Cour d'appel de Paris, 20 novembre 2013, Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS Ma Liste de Courses.

¹⁴⁵ Tribunal de commerce Paris, 24 août 2011, Lawlex201100001427JBJ

¹⁴⁶ Loi Lurel n°2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, JO 21 novembre 2012

l'existence présumée de la faute, alors il dispose de la possibilité de demander la communication de documents à l'Autorité de la concurrence¹⁴⁷.

Dans le cas où il n'est pas partie à la procédure devant l'Autorité, le demandeur peut demander à la juridiction judiciaire, sur le fondement du droit commun de la procédure civile, d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence la production forcée d'éléments de son dossier. Il se fonde alors sur l'article 145 du code de procédure civile, 138 du même code si l'Autorité est tiers au procès civil et 142 du même code dans les rares cas où elle y est partie.

Toutefois, des dispositions spécifiques au droit judiciaire de la concurrence sont prévues.

L'article L.462-3 du code de commerce dispose en effet 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. »

Si l'accès aux pièces détenues par l'Autorité de la concurrence est simplifié, il requiert néanmoins que la demande soit faite par le biais d'une juridiction à l'Autorité de la concurrence, cette demande pouvant être refusée.

La communication des pièces en relation avec un programme de clémence et d'informations « qui ne sont pas déjà à disposition d'une partie à l'instance » est toutefois interdite. Toutefois, les éléments n'étant pas à la disposition d'au moins une partie à l'instance sont très peu nombreux dans la mesure où la procédure devant les juridictions civiles implique au moins une des parties à la procédure « concurrence »¹⁴⁸.

Le défendeur jouit ainsi d'un avantage notable, du fait qu'il était partie à la procédure « concurrence ».

3. Les changements opérés par la directive 2014/104

¹⁴⁷ DE LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°41, 10 octobre 2013, p. 732

¹⁴⁸ CLARENC, Christophe, CHRISTOL, Renaud, « Transmission des dossiers de l'Autorité de la concurrence dans les procédures indemnitaires », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°2, 10 janvier 2013, act. 18

La directive 2014/104 aura un impact majeur sur le droit français. La partie qui fait une demande de production forcée de preuves ne devra plus viser précisément les pièces réclamées comme c'est le cas actuellement¹⁴⁹. La possibilité d'être entendu sur la production de preuves ne sera plus postérieure à l'injonction de production de ces éléments et ne se limitera plus aux tiers¹⁵⁰. La protection des informations confidentielles est également étendue par la directive. Enfin, la typologie des sanctions prévues par la directive et les cas auxquels elles s'appliquent sont plus larges qu'en droit français¹⁵¹.

À l'heure actuelle, en vertu de l'article L. 462-3 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence a le pouvoir de transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies dans le cadre de la procédure de clémence¹⁵². En outre, le tiers à la procédure devant l'Autorité « n'a d'autre choix que de demander les pièces au juge, qui lui, a la faculté de les demander à l'Autorité »¹⁵³. La directive introduit un changement majeur dans la mesure où l'autorité de concurrence a une simple faculté de soumettre ses observations au juge pour qu'il évalue la proportionnalité de la production de preuves contenues dans le dossier. Elle devra ainsi perdre son pouvoir de décision quant à la transmission des pièces. Certes, la jurisprudence avait évolué pour faciliter les actions en réparation¹⁵⁴. Toutefois, la directive leur semble plus favorable, afin de contourner l'asymétrie d'information caractéristique de de l'action en réparation.

¹⁴⁹ D'après une jurisprudence selon laquelle, « en application des articles 138 et suivants du CPC, une partie peut demander au juge la production des pièces détenues par une autre partie si elles sont nécessaires à la solution du litige et si elles sont suffisamment déterminées pour que l'existence puisse en être vérifiée » (CA Paris, 25 nov. 2010, RG 08/15478).

¹⁵⁰ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ CLAUDEL, E in « La question de la preuve » in *Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne*, RLC 2015 n°42, p 182

¹⁵⁴ VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 21 Mars 2013 n° 12

Titre II : Défenses au fond

L'action civile de concurrence en droit français ou le « private enforcement » nécessite la réunion de 3 critères : conformément à l'article 1382 du Code civil, l'établissement d'une faute de l'entreprise consistant en une infraction au droit de la concurrence français ou européen (article L 420-1 et L 420-2 C.com ou art 101 et 102 TFUE), l'établissement d'un dommage et d'un lien de causalité¹⁵⁵ sont nécessaires pour obtenir la réparation du préjudice résultant d'une violation du droit de la concurrence interne ou communautaire. Le défendeur pourra donc contester sur le fond tous les éléments constitutifs de l'action civile de concurrence. Il niera l'existence de la faute (Chapitre I), même s'il pourra en être empêché en partie par l'effet contraignant de décisions de l'Autorité de la concurrence. Il récusera l'existence du dommage et l'évaluation de son montant (Chapitre II). Pour consolider les dénégations précédentes, le défendeur pourra objecter qu'il n'existe aucun lien de causalité entre le prétendu dommage et la faute et invoquera des conséquences extérieures (Chapitre III).

CHAPITRE I : Contestation de la faute

I. Les différentes infractions au droit de la concurrence communautaire et français engendrant une faute

Dans un arrêt du 11 septembre 2012¹⁵⁶, la cour de cassation souligne la nécessité de l'existence d'une faute pour engager la responsabilité civile personnelle d'une société, à la différence des exigences requises pour engager la responsabilité pénale¹⁵⁷.

Une violation du droit de la concurrence communautaire, notamment des articles 101 et 102 du TFUE constitue une faute délictuelle pouvant donner lieu à réparation sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Il en va de même pour une infraction au droit de la concurrence français (article L.420-1 et L.420-2 du code de commerce).

Des pratiques d'ententes anticoncurrentielles, des pratiques d'éviction, des ententes, des abus de position dominante, des abus de dépendance économiques peuvent constituer une faute¹⁵⁸.

¹⁵⁵ BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHELAMSELLEM Valérie, VIALENS J, « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », LGDJ 2008, p 587 n° 643

¹⁵⁶ Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11/14620, Carrefour c/ Jean-Marc Valensi.

¹⁵⁷ CHAGNY Muriel, « Rétrospectives 2012 et prospectives : pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives – Rapport introductif » Contrat concurrence Consommation n° 5, Mai 2013 dossier 2, n° 26

La démonstration de la faute au niveau administratif facilite la reconnaissance de la faute civile lorsqu'est engagée la responsabilité civile¹⁵⁹. Toutefois, si le défendeur a démontré que le comportement soupçonné d'être anticoncurrentiel contribuait au progrès économique, il ne pourra plus constituer une faute délictuelle¹⁶⁰.

Le choix de la procédure devant l'Autorité de la concurrence a toutefois une incidence sur la reconnaissance de la faute.

II. Non contestation des griefs et reconnaissance de faute

A) **Prise d'engagements et reconnaissance de la faute**

La procédure d'engagement permet à une entreprise une réduction de l'amende à laquelle elle est condamnée en contrepartie d'un engagement à mettre fin à ses pratiques anticoncurrentielles. En droit français, elle est prévue par l'ordonnance du 4 novembre 2004. L'entreprise s'engage à interrompre toute pratique en infraction au droit de la concurrence pour bénéficier d'une indulgence et se soustraire à une sanction pécuniaire. L'entreprise escompte obtenir la clôture de la procédure sans être condamnée à une amende¹⁶¹.

L'entreprise qui adhère à une procédure d'engagement n'a à aucun moment admis¹⁶² avoir participé à des pratiques en infraction avec le droit de la concurrence français ou européen. Dès lors, le demandeur à une action civile de concurrence ne pourra se fonder sur cette reconnaissance pour démontrer qu'il s'est rendu coupable d'une infraction au droit de la concurrence. La charge de la preuve repose alors entièrement sur le demandeur lors de la procédure devant les juridictions civiles.

Toutefois, la prise d'engagement accompagne une condamnation rendue par une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs. Ainsi, les effets de

¹⁵⁸ DECOCQ André, DECOCQ Georges, « Droit de la concurrence Droit internet et Droit de l'Union européenne », LGDJ, 2012 p 459 n° 343

¹⁵⁹ MULLER Anne-Catherine, « Le rôle des autorités européennes dans la réparation des dommages », Revue de droit bancaire et financier, n° 4, 1er juillet 2012, dossier 35, n° 12

¹⁶⁰ BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHELAMSELLEM Valérie, VIALENS J, « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », LGDJ 2008, p 587 n° 643

¹⁶¹ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, « Droit de la concurrence », Précis droit privé Dalloz-Sirey, 2006, 1ère édition, p 272 n° 212

¹⁶² VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

la non-contestation des griefs, ou transaction, sur la reconnaissance de la faute doivent être évalués.

B) Procédure de non-contestation des griefs et reconnaissance de la faute

1. La procédure de non-contestation des griefs ou transaction

La non-contestation des griefs est une possibilité donnée aux entreprises mises en cause dans une affaire d'entente ou d'abus de position dominante de renoncer à contester les griefs qui lui sont notifiés et éventuellement de prendre des engagements pour l'avenir.

La transaction à la française a été introduite par la loi Macron à l'article L.464-2 III du code de commerce en substitution de la procédure de non-contestation des griefs issue de la loi NRE de 2001¹⁶³. Cette procédure, qui permet à l'Autorité de s'abstenir de rédiger un rapport et donc d'accélérer la procédure, a pour contrepartie une exonération partielle de la responsabilité de l'entreprise concernée¹⁶⁴. Elle lui permet de bénéficier d'une réduction d'amende dans le cadre d'une transaction proposée par le Rapporteur.

L'article L.464-2-III du code de commerce, tel que modifié par la loi Macron d'août 2015, dispose en effet que :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction ».

¹⁶³ REILLE, Emmanuel, « Mise en Œuvre de la Procédure de Transaction », *Regards Croisés*, Gide Loyrette Nouel, 20.06.2016

¹⁶⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, « Droit de la concurrence », *Précis droit privé Dalloz-Sirey*, 2006, 1ère édition, p 272 n° 212

Pour l'entreprise, cette procédure a donc principalement pour intérêt de **réduire l'amende qu'elle encourt**. A titre indicatif, la non-contestation des griefs peut conduire à une réduction d'amende d'environ 10%, qui peut être augmentée si l'entreprise prend certains engagements comportementaux¹⁶⁵.

Toutefois, pour inciter davantage les entreprises à dénoncer beaucoup plus en amont les pratiques auxquelles elles se livrent (et favoriser ainsi la procédure de clémence qui est beaucoup plus utile pour l'Autorité), le droit positif s'est abstenu de prévoir, en matière de non-contestation des griefs, un certain nombre de mécanismes protecteurs qui existent pour la clémence.

C'est ainsi que les entreprises qui choisissent de ne pas contester les griefs qui leur sont notifiés ne bénéficient d'aucune immunité s'agissant d'éventuelles actions civiles ultérieures à la décision de l'Autorité.

2. L'absence d'immunité contre une action civile en cas de procédure de transaction

Il convient avant tout de souligner que le juge judiciaire n'est aucunement lié par la décision de l'Autorité et n'est donc pas contraint de reconnaître automatiquement l'existence d'une faute civile lorsque l'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise pour violation du droit de la concurrence.

Toutefois, les juges de la réparation vont rarement à l'encontre de la position retenue par l'Autorité de la concurrence pour apprécier l'existence d'une faute. L'on peut donc penser que la non-contestation des griefs, qui permet à l'Autorité de caractériser l'infraction, facilitera d'autant plus la caractérisation de la faute par le juge civil.

Néanmoins, en principe, la non-contestation est avant tout une facilité procédurale pour l'entreprise et l'Autorité et ne devrait donc pas emporter de conséquences sur les actions civiles de nature à exposer systématiquement les entreprises n'ayant pas contesté les griefs à des demandes d'indemnisation ultérieures.

¹⁶⁵ BEAUMEUNIER, Virginie, « Mise en Œuvre de la Procédure de Transaction », *Regards Croisés*, Gide Loyrette Nouel, 20.06.2016

C'est d'ailleurs le message qu'a fait passer dans un premier temps l'Autorité de la concurrence. Dans son rapport annuel de 2005 notamment, l'Autorité de la concurrence avait en effet précisé que :

*« La non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité. Elle ne pourra pas être utilisée, au cours de la procédure du Conseil, contre les entreprises ou organismes non-parties à la transaction. Le Conseil ne s'estime d'ailleurs pas lié, dans son appréciation des faits, par la non-contestation des griefs. Il lui est ainsi arrivé de déclarer non-établies des pratiques non contestées par les entreprises (05-D-70). **Devant les juridictions civiles, les entreprises victimes de pratiques ne pourraient se prévaloir de cette non-contestation des griefs.** Par ailleurs, la non-contestation de pratiques anticoncurrentielles ne pourrait servir de base à l'accusation pesant contre le chef d'entreprise poursuivi pour avoir pris une part déterminante aux pratiques dénoncées sur le fondement de l'article L.420-6 du code de commerce. Dans cette dernière hypothèse, aucune passerelle n'étant prévue entre les deux procédures, l'admission d'une entreprise au bénéfice de cette procédure de non-contestation des griefs ne garantit aucune atténuation de peine au chef d'entreprise éventuellement poursuivi sur le fondement de cet article. ».*

L'Autorité invitait donc à considérer que la non-contestation des griefs ne constituait ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité.

Cette analyse a d'ailleurs été consacrée par la Cour d'appel de Paris qui a repris les termes employés par l'Autorité dans son rapport de 2005 en soulignant, dans un arrêt du 29 janvier 2008, que « *la non-contestation des griefs, qui fait partie intégrante de la procédure devant le Conseil, ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité* »¹⁶⁶.

Si cette position n'impliquait pas une immunité pour les entreprises, cela signifiait néanmoins que seule pouvait être utilisée devant les juges la décision de l'Autorité statuant sur les griefs, sans que l'existence d'une non-contestation puisse être invoquée d'une manière ou d'une autre par les tiers victimes.

Cette position a, depuis, évolué au détriment des entreprises qui opèrent ce choix de ne pas contester les griefs qui leur sont notifiés.

¹⁶⁶ Cour d'appel de Paris, 29 janvier 2008, *Le Goff Confort*.

D'une part, il est apparu que certaines décisions rendues à la suite de non-contestation comportaient des éléments incriminants pour les entreprises. L'Autorité a notamment pu considérer que des « *faits dont ni la matérialité, ni la qualification ou l'imputabilité ne sont contestés par les entreprises en cause constituent une entente prohibée par l'article L.420-1 du code de commerce* », ce qui laisse entendre que les entreprises avaient en quelque sorte « reconnu » les infractions qui leur étaient reprochées¹⁶⁷.

D'autre part, l'Autorité a pu inviter les victimes de pratiques anticoncurrentielles à exiger la réparation de leur préjudice à la suite d'une procédure de non-contestation des griefs¹⁶⁸.

Surtout, la position selon laquelle la non-contestation des griefs ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité semble être profondément remise en cause par la Cour de cassation depuis un arrêt « *Travail temporaire* »¹⁶⁹. Aux termes de cette décision, la Cour a jugé que « *ayant relevé que les sociétés Adia, Adecco, Groupe Vedior France et VediorBis n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée* ». En empêchant les entreprises qui avaient choisi de contester les griefs notifiés de faire valoir leurs droits, eu égard à la qualification de l'infraction, cette décision semble conférer une valeur probatoire à la non-contestation des griefs qui était jusque-là perçue comme une simple mesure de coopération procédurale. Cette jurisprudence a été consacrée par le communiqué procédure du 10 février 2012.

Cette évolution jurisprudentielle est donc sans aucun doute de nature à faciliter la caractérisation d'une faute civile par d'éventuelles victimes.

III. Les conséquences d'une condamnation pure et simple d'une autorité de concurrence sur la reconnaissance de la faute

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

¹⁶⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n°08-D-13 du 11 juin 2008 relative à relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux, §61.

¹⁶⁸ Communiqué de presse accompagnant la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010 concernant un cartel dans le secteur des panneaux de signalisation routière verticale.

¹⁶⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 mars 2011, n°10-12.913 (rejetant le pourvoi contre l'arrêt de cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France ea., n°2009/03532, p 10).

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)¹⁷⁰.

La question se pose de l'effet de cette appréciation sur les juridictions civiles.

A) Les effets des décisions de l'autorité de concurrence sur les actions privées en droit français

1. L'effet contraignant d'une décision de la Commission sur les juridictions nationales

Les décisions de la Commission bénéficient d'un effet contraignant sur les juridictions nationales. En effet, l'article 16 du règlement (CE) no 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. Ainsi, dans le cadre d'une action follow-on, les juridictions civiles d'un pays membre de l'union européenne doivent établir la présence d'une infraction au droit européen de la concurrence et donc la présence d'une faute si la Commission a conclu à une violation des règles européennes de concurrence.

Toutefois, il existe plusieurs conditions pour que soit reconnu cet effet contraignant.

Tout d'abord, les deux décisions doivent porter sur un objet identique. L'arrêt Masterfood de la CJCE du 14 décembre 2000 précise qu'il doit être identique et non simplement comparable : «identité absolue quant au cadre juridique et factuel ».

Ensuite, la décision de la commission doit être définitive. L'effet contraignant n'existe ni en cas de décisions provisoires, ni pour les décisions faisant l'objet d'un recours, ni pour les communications, avis ou engagements relatifs à l'article 9 du règlement¹⁷¹.

Enfin, l'effet contraignant ne concerne que certains types de décisions : les accords, décisions ou pratiques relevant de l'article 101 du TFUE. Il s'agit de la constatation de cessation d'une infraction (art 7 du règlement), de la constatation d'une inapplication (art 10 règlement) du

¹⁷⁰ FAVRE, Claire, Colloque « La concurrence des institutions et des actions : quelle articulation optimale ? », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

¹⁷¹ VOGEL Louis, « Les actions civiles de concurrence Union européenne », - France – Allemagne, Royaume-Uni, Italie – Suisse – Etats-Unis, EPA, 2013, p 73 n° 121

retrait individuel (art 29 règlement), des astreintes (art 24 règlement), des décisions relatives aux amendes (art 23 règlement.)

La contrainte pour les juridictions étatiques réside dans le simple fait qu'elles sont dans l'impossibilité de rendre un jugement qui serait contraire à la décision retenue par la Commission¹⁷².

La Commission grâce à ces décisions sur le fondement de l'article 101 du TFUE exerce une influence forte sur les juridictions civiles des Etats membres.

Le même effet contraignant n'existe pas pour les décisions de l'Autorité de la concurrence française à l'égard des juridictions civiles nationales.

2. L'indifférence de la condamnation de l'Autorité de concurrence sur l'établissement de la faute par les juridictions civiles

L'effet des décisions de l'Autorité de la concurrence sur les juridictions civiles n'est pas clair en droit français.

En raison de leur nature administrative et de l'indépendance organique caractérisant les relations entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires¹⁷³, les décisions de l'Autorité de la concurrence française, ne s'imposent pas aux juges judiciaires qui peuvent rendre une décision en opposition à la décision prise par l'Autorité de la concurrence. L'existence de cette indépendance organique entière entre les juridictions et l'Autorité de la concurrence prive les décisions de cette dernière d'effet contraignant sur le juge civil ou commercial¹⁷⁴. Seules les décisions administratives qui ont force de chose jugée peuvent avoir une influence mesurée sur les décisions des juges judiciaires, sans avoir pour autant lier ces derniers¹⁷⁵.

Toutefois, en pratique, la faute pourra être présumée ou caractérisée à la suite de la condamnation par l'autorité de la concurrence française. Les juridictions civiles peuvent en

¹⁷² VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

¹⁷³ VOGEL Louis, « Les actions civiles de concurrence Union européenne », - France – Allemagne, Royaume-Uni, Italie – Suisse – Etats-Unis, EPA, 2013, p 77 n° 125

¹⁷⁴ BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHEL-AMSELLEM Valérie, VIALENS J, « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », LGDJ 2008, p 589 n° 647

¹⁷⁵ D'ALES Thibaud, CONSTANS Arnaud, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°23, 5 juin 2014, 1306, n°18

effet déduire d'une condamnation de l'Autorité de la concurrence la preuve cruciale de la commission d'une infraction¹⁷⁶. La décision de l'autorité de la concurrence peut donc constituer une présomption d'infraction ou atténuer la charge de la preuve lors d'une action en dommages et intérêts.

Toutefois, la loi Hamon a établi l'effet contraignant d'une décision de l'Autorité de la concurrence dans le cadre des actions de groupe.

3. L'existence d'une présomption irréfragable de faute dans le cadre des actions de groupe instaurée par la loi Hamon.

L'article L.423-1 du code de la consommation dispose que :

« Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de [l'article L. 411-1](#) peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles [...] lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

L'article L.423-17 du code de la consommation prévoit en outre que :

« Lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel 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.

Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de [l'article L. 423-3](#). »

¹⁷⁶ VOGEL Louis, « Les actions civiles de concurrence Union européenne », - France – Allemagne, Royaume-Uni, Italie – Suisse – Etats-Unis, EPA, 2013, p 77 n° 125

Il résulte de ces textes que, lorsque des manquements au droit de la concurrence sont constatés par l'Autorité de la concurrence, **ces manquements sont réputés établis de manière irréfragable pour la reconnaissance de la responsabilité de son auteur dans le cadre d'une action de groupe.**

Cette présomption n'est bien entendu à ce jour limitée qu'aux actions de groupe et donc aux éventuels recours de consommateurs, mais elle devrait être étendue à l'ensemble des recours en indemnisation lors de la transposition de la directive 2014/104/UE.

B) Une généralisation de l'effet contraignant des décisions par la directive du 26 novembre 2014

Le droit européen qui jusqu'alors laissait aux Etats membres le soin de déterminer eux-mêmes les règles applicables en fonction de leur droit interne, vient de supprimer l'autonomie procédurale de ces derniers¹⁷⁷.

La directive n°2014/104/UE du 26 novembre 2014 prévoit de faciliter le *private enforcement* en prévoyant une présomption irréfragable de faute dans le cadre d'une action en dommages et intérêts dès lors qu'une infraction aux articles 101 et 102 du Traité est constatée. L'article 9 concerne l'effet probatoire des décisions des autorités nationales de concurrence. Il dispose en effet que « *Les États membres veillent à ce qu'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou par une instance de recours soit considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts introduite devant leurs juridictions nationales au titre de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou du droit national de la concurrence.* »

Le premier objectif du texte est ainsi 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 définitive¹⁷⁸.

¹⁷⁷ D'ALES Thibaud, CONSTANS Arnaud, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°23, 5 juin 2014, 1306 n° 33

¹⁷⁸ Claire Favre, Colloque « La concurrence des institutions et des actions : quelle articulation optimale ? », Colloque Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

Le second objectif de ce texte concerne l'articulation entre l'application du droit de la concurrence par les juridictions et par les autorités de concurrence. En effet, cet effet contraignant existait déjà pour les décisions de la commission mais est ainsi étendu, dans une logique d'application décentralisée du droit de la concurrence¹⁷⁹. 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 ne peut plus être contestée dans le cadre de l'action en dommages et intérêts¹⁸⁰ introduite devant les juridictions civiles du même Etat.

Cette disposition vise en particulier les décisions de condamnation et les décisions rendues dans le cadre d'un programme de clémence. La question se pose toutefois de la force des décisions issues d'autres procédures, notamment la procédure de non contestation des griefs devenue procédure de transaction en droit français. En effet, dans ce cas, un auteur a souligné que « la renonciation suffit à fonder un constat d'infraction » alors qu'« un véritable débat contradictoire a manqué sur l'existence de l'infraction et le principe de la culpabilité »¹⁸¹.

Toutefois, la directive introduit une limitation à ce principe. En effet, elle contient 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 intérêts¹⁸². 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, l'article 9 §2 prévoit que la décision de condamnation vaudra « au moins en tant que preuve *prima facie* », à analyser parmi d'autres éléments de preuve. Elle vaudra ainsi au moins comme commencement de preuve¹⁸³. Les décisions qui n'ont pas constaté d'infraction, si elles n'exercent pas de force contraignante, peuvent toutefois

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ CLAUDEL, E in « La question de la preuve » in Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne, RLC 2015 n°42, p 182, cité dans PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ FAVRE, Claire, Colloque The competition between institutions and civil actions : What articulation is optimal? (Antitrust damages actions in France and in Europe : Current situation and upcoming changes), Paris, 13 May 2014), Colloque, Concurrences n°3-2014

servir d'éléments 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'Allemagne¹⁸⁴.

L'effet liant concerne « la nature de l'infraction ainsi que sur sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale »¹⁸⁵. Il pose la question de l'équivalence entre faute concurrentielle et faute délictuelle, mais également celle de savoir quelle partie de la décision produira cet effet¹⁸⁶.

La transposition de la directive en droit français conduira à généraliser l'effet liant prévu seulement pour les actions de groupe et ne peut bénéficier qu'aux consommateurs¹⁸⁷. La question se pose de l'office du juge civil face à une telle influence des décisions des autorités de concurrence nationales¹⁸⁸.

CHAPITRE 2 : Contestation du préjudice

D'abord la preuve du préjudice puis sa quantification

I. La difficulté d'établissement de la preuve du dommage

La mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle en droit français requiert, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, l'existence d'un préjudice né, certain et direct¹⁸⁹.

La preuve du caractère certain du dommage se caractérise par la difficulté à différencier le dommage imputable au comportement anticoncurrentiel de ce qui est attribuable au jeu

¹⁸⁴ FAVRE, Claire, Colloque « La concurrence des institutions et des actions : quelle articulation optimale ? », Colloque Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

¹⁸⁵ considérant 34 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014

¹⁸⁶ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ D'ALES, T., CONSTANS, A. Le futur arsenal au bénéfice des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ou quand l'office du juge n'est plus de juger mais d'indemniser : *JCP E 2015, 1164*.

¹⁸⁹ VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

habituel et légitime de la concurrence¹⁹⁰. La question se pose de la distinction entre dommage licite et dommage illicite.

Distinction entre dommage à l'économie et préjudice subi dans le cadre d'une action en réparation

L'évaluation du dommage à l'économie par l'Autorité et la quantification du préjudice subi dans le cadre d'une action en réparation renvoient à deux dommages distincts¹⁹¹. Le dommage à l'économie et le préjudice individuel sont deux notions différentes. La quantification est donc rendue complexe par le fait que, dans le cadre de comportements anticoncurrentiels, l'infraction est de nature économique. En effet, le dommage à l'économie 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. Il est dès lors complexe d'évaluer la situation du demandeur en absence d'une telle infraction, et en conséquence le dommage que le requérant a subi dans les faits²⁰⁴.

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, no 2007/18040, p. 4)¹⁹².

Toutefois, 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)¹⁹³.

¹⁹⁰ BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHEL-AMSELLEM Valérie, VIALENS Jürgen, « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », LGDJ 2008, p 595 n° 650

¹⁹¹ FAVRE, Claire, The competition between institutions and civil actions : What articulation is optimal? (Antitrust damages actions in France and in Europe : Current situation and upcoming changes, Paris, 13 May 2014), Colloque, Concurrences n°3-2014

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

Comme pour toute action en dommages et intérêts de droit commun, l'action en dommage concurrentiel impose au demandeur de démontrer précisément¹⁹⁴ l'existence d'un dommage certain et direct. Une imprécision dans l'établissement du préjudice peut entraîner un rejet de la demande.

Les difficultés liées à la quantification du dommage favorisent la contestation par le défendeur du montant du dommage.

II. Les contestations liées à la détermination du montant du dommage

A) Les difficultés liées à la quantification du dommage

En pratique, il est presque impossible de déterminer le montant exact du dommage subi par la victime car il existe trop de facteurs inconnus, en commençant par le prix hypothétique de référence, qui aurait été pratiqué sans infraction aux règles de concurrence¹⁹⁵. La quantification du préjudice nécessitant une analyse au cas par cas, il est généralement indispensable de procéder à des expertises dont le coût et la durée de mise en œuvre tendent à dissuader les victimes d'engager une action en réparation¹⁹⁶.

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 commise¹⁹⁷. En droit de l'Union, dont l'acquis est repris dans la directive (art. 2), comme en droit national avec la notion d'entier préjudice¹⁹⁸, le droit à réparation est celui de la réparation intégrale. Il porte sur la perte subie

¹⁹⁴ CA versailles 24 juin 2004 n°220-07434 Vérimédia/Médiamétri. T Com. Nanterre 11 mai 2006 Arkopharma

¹⁹⁵ BEHRENS Peter, HARTMANN-RÜPPEL Marco, HERRLINGER Justus, «Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder », Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht / Hamburger Forum Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010 p 19

¹⁹⁶ de LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Edition Générale n°38, 16 septembre 2013, 976

¹⁹⁷ FAVRE, Claire, « The competition between institutions and civil actions : What articulation is optimal? » (Antitrust damages actions in France and in Europe : Current situation and upcoming changes, Paris, 13 May 2014), Colloque, Concurrences n°3-2014

¹⁹⁸ 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.»

et le manque à gagner imputables à l'infraction ainsi que le paiement des intérêts courants à compter du moment où le dommage est survenu¹⁹⁹.

Pour les actions de groupe plus spécifiquement, l'article L. 423-1 du code de la consommation introduit par la loi Hamon sur l'action de groupe indique qu'elle « ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».

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 intérêts²⁰⁰.

Pour sa part, la Commission européenne, bien avant l'adoption de la directive du 26 novembre 2014, 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).

Le 13 juin 2013, 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 TFUE²⁰¹. 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). Cette communication établit différentes méthodes permettant de représenter le fonctionnement habituel du marché en l'absence d'infraction au droit de la concurrence²⁰².

B) Les méthodes de quantification et les stratégies de défense associées

La commission 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

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ FAVRE, Claire, The competition between institutions and civil actions : What articulation is optimal? (Antitrust damages actions in France and in Europe : Current situation and upcoming changes), Paris, 13 May 2014), Colloque, Concurrences n°3-2014

²⁰¹ Communication n° C(2013) 3440 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 ».

²⁰² MULLER Anne-Catherine, « Le rôle des autorités européennes dans la réparation des dommages » Revue de droit bancaire et financier, n° 4, 1er juillet 2012, dossier 35, n° 19

contient en particulier des informations sur les méthodes et techniques utilisables pour quantifier ces préjudices en fonction des types de pratiques²⁰³.

1. Défenses possibles en fonction des méthodes d'estimation du dommage

Ce guide propose 3 méthodes principales pour estimer le montant d'un dommage difficile à déterminer : la méthode comparative, la méthode de simulation et la méthode fondée sur les coûts.

La méthode comparative consiste « à comparer les prix pratiqués pendant la période de l'infraction avec un prix contrefactuel établi sur la base de données de prix observés :

- sur le même marché au cours d'une période ayant précédé et / ou suivi de celle de l'infraction ou
- sur un marché géographique distinct mais analogue
- ou sur un marché de produits distinct mais analogue»²⁰⁴.

Le défendeur pourra argumenter que des facteurs extérieurs expliquent les différences entre le marché étalon le marché affecté et que ce n'est pas son infraction qui en est responsable.

Il pourra aussi arguer que l'élément de référence ne peut être comparé et ne peut représenter le modèle auquel le prix pratiqué doit être mesuré²⁰⁵.

La méthode de simulation consiste à estimer les résultats probables des répercussions sur le marché à partir de modèles économiques de comportement des marchés²⁰⁶.

Contre cette méthode de simulation, le défendeur pourra contester le modèle utilisé et argumenter contre l'existence d'un dommage²⁰⁷.

²⁰³ Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne accompagnant la Communication n° C(2013) 3440 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»

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

²⁰⁶ Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne accompagnant la Communication n° C(2013) 3440 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»

La méthode fondée sur les couts « consiste à partir d'une évaluation du coût unitaire de production à l'augmenter d'une marge bénéficiaire jugée raisonnable dans le scénario contrefactuel puis à comparer ce prix unitaire contrefactuel au prix effectivement pratiqué pour obtenir une estimation du surcout²⁰⁸ ».

Concernant cette dernière méthode, le défendeur contestera sa fiabilité, notamment au regard de la marge bénéficiaire raisonnable. Il argumentera que la méthode de calcul est trop vague pour être appliquée.

2. Une minoration du préjudice en pratique

Le juge sera souvent amené, par mesure de précaution à minorer le préjudice subi par les victimes de dommages concurrentiels parties à une action civile. En effet, les dommages et intérêts punitifs étant interdits en France, le juge reste lié par le principe selon lequel la réparation accordée à la victime ne peut outrepasser le montant du préjudice²⁰⁹. Une réduction moyenne de 10% de la somme est observée entre la réparation accordée par le juge civil et le montant préalablement revendiqué par le demandeur²¹⁰.

III. La répercussion du surcoût : une défense efficace

A) Enjeux de la recevabilité du « passing-on defence »

Le passing on peut se définir comme la capacité dont dispose la victime directe d'une pratique anti-concurrentielle à reporter sur ses propres clients (dénommés victimes « indirectes ») tout ou partie du surprix qu'elle a elle-même supporté²¹¹. Ainsi, si le « passing-on » est une notion proprement économique, il en va différemment du « passing-on defence », qui porte sur la recevabilité devant le juge civil de cet argument afin de minorer le surcoût subi par la victime

²⁰⁷ VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

²⁰⁸ Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne accompagnant la Communication n° C(2013) 3440 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 »

²⁰⁹ VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

²¹⁰ VOGEL Joseph, « Le paquet législatif prévu par la Commission pour renforcer les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles est-il suffisant et cohérent ? », 28 juin 2013, <http://www.vogel-vogel.com>

²¹¹ COMBE, Emmanuel, « Le « Passing-on defence », Une Introduction économique », Revue Concurrences 4-2011, n°19

directe²¹². En effet, si l'opérateur économique répercute la majoration des prix sur ses propres prix, l'existence de son propre dommage devient douteux²¹³. La répercussion des coûts, renvoie à la question de la conciliation de différentes actions à différents niveaux de la chaîne de valeur²¹⁴.

Aux Etats-Unis, la question de la recevabilité du passing-on defence s'est posée dans les affaires Hanover Shoe (1968) et Illinois Bric (1977), qui ont conclu au rejet de ce moyen de défense²¹⁵. Toutefois, cette question renvoie à un débat plus fondamental et plus normatif sur la place et les objectifs assignés à l'action privée par rapport à l'action publique²¹⁶.

D'une part, si l'on considère que l'action civile est la continuation de l'action publique, qui doit être efficace et dissuasive, alors la répartition du préjudice entre les victimes doit également être envisagée à travers ces objectifs. Dès lors, Landes et Posner (1979)²¹⁷ s'opposent fermement au « passing-on defence », au nom de l'efficacité de l'action en réparation. Les victimes directes disposant de davantage d'informations sur les pratiques incriminées que les victimes indirectes, l'action en réparation devrait être circonscrite aux seules victimes directes. Dans le cas contraire, le risque serait de complexifier l'estimation du préjudice et de diminuer l'incitation à l'action en réparation²¹⁸. Un autre argument peut être mobilisé pour rejeter le « passing-on defence » : ainsi, Werden et Schwartz (1984)²¹⁹ soulignent que, comme les victimes directes et indirectes se trouvent en concurrence pour le partage du montant de la réparation, l'incitation est plus faible que lorsque les victimes

²¹² *Ibid.*

²¹³ IDOT, Laurence, PRIETO, Catherine, « Les entreprises face au droit des pratiques anticoncurrentielles, BRUYLANT, 2006

²¹⁴ CARPAGNANO, Michele, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

²¹⁵ COMBE, Emmanuel, « Le « Passing-on defence », Une Introduction économique », Revue Concurrences 4-2011

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ LANDES, W., POSNER, R. (1979), "Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust laws ? an economic analysis of the rule of Illinois Brick", University of Chicago Law Review, pp. 608-625

²¹⁸ COMBE, Emmanuel, « Le « Passing-on defence », Une Introduction économique », Revue Concurrences 4-2011, n°19

²¹⁹ WERDEN G., SCHWARTZ, M. (1984), "Illinois Brick and the deterrence of antitrust violations : an economic analysis", Hastings Law Journal, pp. 629-638

directes se voient octroyer l'exclusivité de l'action en réparation²²⁰. Ils font remarquer que les victimes indirectes sont en général plus nombreuses que les victimes directes, qui évoluent souvent sur des marchés concentrés, et qu'il leur sera plus difficile de s'organiser, l'incitation étant plus faible d'autant que chaque victime récupèrera une fraction seulement du montant de la réparation. Dans cette lignée, 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.

D'autre part, l'objectif d'équité et le fait qu'il ne saurait y avoir d'enrichissement sans cause peut conduire à admettre le passing-on defence dans la mesure où il permet d'établir précisément la répartition du préjudice entre chaque acteur de la chaîne de valeur. Ainsi, Harris et Sullivan (1980)²²¹ plaident pour une présomption en faveur du « passing on » : en effet, lorsque la demande est faiblement élastique au prix, les clients finaux sont en réalité les premières, voire les uniques victimes, c'est-à-dire celles qui doivent obtenir réparation de leur préjudice²²². Dans le cas où est envisagée la répercussion des surcoûts, 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 finals²²³. Cette approche correspond à l'approche communautaire de la répercussion des surcoûts. Le fait que l'on ne puisse pas avoir de dommages et intérêts punitifs est un élément important²²⁴. En effet, aux Etats-Unis, on peut avoir des dommages et intérêts punitifs, et dès lors, le fait qu'il y ait pass on importe peu au regard de la répression de comportements anticoncurrentiels.

²²⁰ COMBE, Emmanuel, « Le « Passing-on defence », Une Introduction économique », Revue Concurrences 4-2011, n°19

²²¹ HARRIS, R., SULLIVAN, L. (1980), "Passing on the monopoly overcharge : a response to Landes and Posner", University of Pennsylvania Law Review, pp. 1280-1290

²²² COMBE, Emmanuel, « Le « Passing-on defence », Une Introduction économique », Revue Concurrences 4-2011, n°20

²²³ CALISTI, Daniele, « Quelles propositions de l'Union Européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? » Colloque du 13-05-2014, Revue Concurrences n°3-2014

²²⁴ JENNY, Frédéric, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

B) Le « passing on defence », moyen utile au défendeur en droit français

L'argument de la répercussion des surcoûts demeure le meilleur moyen de défense dont dispose le défendeur dans une action civile concurrentielle en vue de la réparation d'un dommage résultant d'une infraction au droit de la concurrence interne ou communautaire²²⁵.

La répercussion des surcoûts est un argument admis par le droit français dans les procédures civiles de réparation du préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles. Elle permet de réduire partiellement ou d'exonérer totalement une entreprise de sa responsabilité. Cette immunité ou diminution de responsabilité sera justifiée par le fait que l'entreprise qui a répercuté les surcoûts auprès de ses clients ne peut se prévaloir du préjudice total dont elle réclame réparation²²⁶.

Ainsi, dans un jugement du 18 mai 2006, le Tribunal de commerce de Nanterre²²⁷ a rejeté une demande en indemnisation au motif que l'état du marché laissait subsister la possibilité que le demandeur ait répercuté les surcoûts subis en raison du prix d'achat des matières premières sur son prix de vente. De même, la cour de cassation, dans un arrêt du 15 juin 2010²²⁸ a cassé la décision d'une cour d'appel ayant accordé à un acheteur direct une réparation du préjudice subi au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché s'il y avait eu une répercussion des surcoûts par celui-ci et de ce fait une indemnisation supérieure au préjudice subi constituant un enrichissement sans cause²²⁹. Cette jurisprudence est confirmée par un arrêt en date du 15 mai 2012²³⁰.

Dans son arrêt du 15 mai 2012, la cour de cassation rejette le pourvoi formé contre le jugement de cour d'appel n'ayant pas admis la réparation de l'acheteur intermédiaire en se

²²⁵ HOEPFNER-LEGER, Isabelle, « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°48, 30 novembre 2006, 2710, n°2-23

²²⁶ VOGEL, Louis, « Les actions civiles de concurrence Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », EPA, 2013, p.44 n°61

²²⁷ Tribunal de commerce de Nanterre, 18 mai 2006

²²⁸ Cour de cassation, chambre commerciale, 15 juin 2010

²²⁹ VOGEL, Louis, « Les actions civiles de concurrence Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », EPA, 2013, p.44 n°61

²³⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, 15 mai 2012

fondant sur le fait que la répercussion des surcoûts constitue la conduite commerciale coutumière et reproche au requérant de ne pas prouver qu'il n'a pas répercuté la majoration des prix sur les prix qu'il a fixé pour ses propres clients²³¹. La cour de cassation semble ainsi avoir renversé la charge de la preuve au profit du défendeur. Au vu de cet arrêt il appartient au demandeur qui agit en réparation de son préjudice, de prouver qu'il n'a pas répercuté le surcoût sur l'acheteur indirect.

La conséquence principale de la possibilité pour le défendeur d'invoquer ce moyen concerne la preuve de la quantification du dommage pour le requérant²³².

C) La répercussion des surcoûts en droit communautaire :

1. La recevabilité de la répercussion des surcoûts

La directive votée le 26 novembre 2014 par le parlement reconnaît la théorie du « passing-on defence ». 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 directive²³³.

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. 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. L'article 12 de la directive énonce que le demandeur en réparation peut être « un acheteur direct ou indirect d'un auteur de l'infraction » y compris le consommateur qui est en aval de la chaîne de distribution et obtenir

²³¹ CHAGNY, Muriel, « Rétrospectives 2012 et prospectives : pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives- Rapport introductif », Contrat Concurrence Consommation n°5, Mai 2013, dossier 2, n°29

²³² HOEPFNER-LEGER, Isabelle, « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°48, 30 novembre 2006, 2710, n°2-24

²³³ Proposition de directive du 11/06/2013 Com (2013) 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 Etats membres et de l'Union Européenne

« réparation pour manque à gagner en raison de la répercussion partielle ou totale du surcoût »²³⁴.

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.

2. Présomption réfragable de répercussion des surcoûts

Afin de permettre aux acheteurs indirects d’obtenir 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 en réparation. C’est pourquoi la directive établit une présomption réfragable qu’un surcoût a été répercuté, lorsque plusieurs conditions qu’elle précise sont établies²³⁵. La jurisprudence française avait déjà retenu cette interprétation, qui pourrait être désormais établie au niveau européen par la directive.

Les articles 13 et 14 traitent de la charge de la preuve, en distinguant selon que le demandeur à réparation soit l’acheteur direct ou indirect²³⁶.

a) Dans le cas où le demandeur est l’acheteur direct

Mais cette présomption réfragable selon laquelle la majoration des prix a été répercutée sur les acheteurs indirects emporte une autre conséquence. La question se pose de la charge de la preuve de la répercussion des surcoûts dans le cadre d’une demande de réparation intégrale des dommages concurrentiels engendrée par une pratique anticoncurrentielle.

L’article 13 prévoit que l’auteur de l’infraction peut opposer à l’acheteur direct la répercussion du surcoût sur l’acheteur indirect. En sa qualité de défendeur à l’action en

²³⁴ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

²³⁵ DE LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L’action en réparation du dommage résultant d’infraction au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°41, 10 octobre 2013, 732

²³⁶ AMARO, R., Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles : Rev. Lamy dr. Civ. 2015, n°127, 5863

réparation engagée par l'acheteur direct, l'auteur de l'infraction devra démontrer l'ampleur de la répercussion du surcoût²³⁷.

Un auteur a distingué deux lectures distinctes possibles de l'article 13 de la directive²³⁸. Ainsi, selon une première interprétation de l'article 13, d'après l'adage *Actori incumbit probatio*, c'est bien à l'acheteur direct de démontrer qu'il n'a pas répercuté le surcoût²³⁹.

Toutefois, une deuxième lecture de cet article peut conduire à l'interpréter comme une « présomption simple d'absence de répercussion » au bénéfice de l'acheteur direct²⁴⁰. Selon cette interprétation, ce dernier pourrait se limiter à invoquer l'absence de répercussion sur l'acheteur indirect sans le prouver puisque c'est au défendeur de prouver la répercussion des coûts par l'acheteur direct sur l'acheteur indirect. Cette présomption peut se comprendre au regard notamment des consommateurs « qui disposent moins aisément des documents comptables, financiers, permettant d'identifier par eux-mêmes le surcoût et sa répercussion sur toute la chaîne des prix »²⁴¹. Il semble que ce soit cette deuxième interprétation qui soit imposée par la directive.

La cour de cassation faisait jusqu'à présent une interprétation stricte de l'article 1315 du code civil, selon laquelle il revient à la victime directe de prouver « qu'elle n'(a) pas pu répercuter les effets de la hausse des prix »²⁴². La transposition de l'article 13 de la directive devrait conduire la jurisprudence au renversement de la charge de la preuve de la répercussion du surcoût afin qu'elle pèse sur le défendeur à l'action en réparation.

b) Dans le cas où le demandeur est l'acheteur indirect

²³⁷ Considérant 39 de la directive du 26 novembre 2014, cité dans PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

²³⁸ AMARO, R, « Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles », *Rev. Lamy dr. Civ.* 2015, n°127, 5863

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ LASSERRE, Bruno, Table ronde n°3 : Le dommage in Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne, RLC 2015 n°42, p 185, cité dans PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

²⁴² *Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-18.495, inédit.* Par un arrêt du 27 février 2014, la cour d'appel de Paris a confirmé cette approche ; sur cet arrêt, V. PONSARD, M., Indemnisation du préjudice découlant d'une entente : la théorie du passing on defence reconnue mais encadrée : *AJCA* 2014, p. 122.

Le cas de l'acheteur indirect demandeur à l'action civile est prévu par l'article 14 de la directive. En principe, la charge de la preuve de la répercussion du surcoût pèse sur lui. Toutefois, ce principe admet des exceptions. En effet, le paragraphe 2 liste les conditions permettant à l'acheteur indirect de bénéficier d'une présomption légale de cette répercussion²⁴³, ce qui exigera l'introduction d'une nouvelle disposition en droit français. Certaines difficultés pourront cependant faire obstacle à cette transposition. En effet, l'alinéa 5 du paragraphe 2 indique que ce dernier ne s'applique pas « 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 »²⁴⁴. L'interprétation de ce texte est ambiguë. Il est délicat de déterminer s'il détermine une nature réfragable ou irréfragable de la présomption²⁴⁵. La question se pose également de s'il instaure une « hiérarchie des modes de preuve »²⁴⁶ de la répercussion, avec d'une part, la démonstration « *prima facie* »²⁴⁷ par l'acheteur indirect et, d'autre part la démonstration « crédible »²⁴⁸ de l'auteur de l'infraction²⁴⁹. La question se pose enfin de l'articulation des présomptions énoncées dans ces textes avec la présomption de dommage en cas d'ententes prévue à l'article 17 de la directive²⁵⁰.

3. L'évaluation de la fraction du surcoût répercutée

Pour autant demeure la question de savoir quelle fraction du surcoût a été répercutée. Dans le livre blanc²⁵¹, 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

²⁴³ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ AMARO, R, Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles, *Rev. Lamy dr. Civ.* 2015, n°127, 5863, § 13 et s.

²⁴⁷ *Considérant 41* de la directive du 26 novembre 2014

²⁴⁸ Article 14-2 de la directive

²⁴⁹ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n°10, Octobre 2015, étude 12

²⁵⁰ AMARO, R, Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles, *Rev. Lamy dr. Civ.* 2015, n°127, 5863, § 17 et s.

²⁵¹ Livre blanc « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », (COM(2008)165), 2 avril 2008.

de démontrer qu'une partie du surcoût a été absorbée à d'autres niveaux de la chaîne économique²⁵². 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.

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)²⁵³. 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.

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.

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).

CHAPITRE III : Contestation du lien de causalité

1. La difficulté de démonstration du lien de causalité

Le lien de causalité est souvent difficile à démontrer, notamment pour les victimes indirectes d'une pratique restrictive de concurrence²⁵⁴.

En effet, même si le demandeur a réussi avec succès à démontrer l'existence d'une faute commise par l'entreprise défenderesse, il lui reste à prouver que la faute était bien génératrice

²⁵² JENNY, Frédéric, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ de LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Edition Générale n°38, 16 septembre 2013, 976.

du préjudice qu'il a subi²⁵⁵ et que ce n'est pas l'aléa coutumier caractérisant le marché qui est responsable du préjudice souffert par la victime²⁵⁶. Une cour d'appel statuant sur renvoi après cassation pour défaut de motif, a rejeté la demande en réparation des requérants en se fondant ces derniers n'avaient pas « caractérisé le préjudice subi, puisque la faute consistait non dans la vente d'informations que ces sociétés ont refusé d'acquérir, mais dans la fourniture de ces informations à couts excessifs »²⁵⁷.

Toutefois, cet arrêt de cour d'appel a été cassé une nouvelle fois par la chambre commerciale de la cour de cassation le 3 juin 2014. Celle-ci affirme que la cour d'appel a statué « par des motifs impropres à écarter le préjudice allégué incluant la **perte de chance de se développer à un moindre coût sur le marché** grâce à la fourniture de fichiers de prospection expurgés des noms des adhérents à la liste orange, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Ainsi, cet arrêt inclut un autre aspect qui est la perte de chance de contracter à un moindre coût.

En droit français, le défendeur se fondera de la causalité adéquate pour établir que la faute qu'on lui attribue n'est pas l'élément déterminant qui a conduit à l'apparition du dommage.

Si le défendeur peut avancer des arguments assez significatifs pour remettre en cause l'existence du lien de causalité, le demandeur pourra se voir refuser la réparation ou obtenir une indemnisation limitée. Le défendeur mettra en avant le fait d'un tiers ou le fait de la victime ayant concouru au dommage et représentant l'élément déterminant dans sa survenance même²⁵⁸.

En effet le juge judiciaire pourra retenir le fait de la victime présumée contre elle si celle-ci avait connaissance de l'entente qui existait entre le défendeur et d'autres entreprises²⁵⁹.

Le défendeur pourra parfois prévaloir d'une faute de la victime pour s'exonérer partiellement de sa responsabilité. Puisque l'action en réparation d'un dommage concurrentiel se fonde sur l'article 1382 du code civil prévoyant l'indemnisation commune de la responsabilité

²⁵⁵ CHAGNY Muriel, « Faut-il désespérer du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles ? » Communication Commerce électronique n°1, Janvier 2013 comm.

²⁵⁶ MULLER Anne-Catherine, « Le rôle des autorités européennes dans la réparation des dommages », Revue de droit bancaire et financier, n° 4, 1er juillet 2012, dossier 35

²⁵⁷ Cour d'appel de Paris, du 27 juin 2012

²⁵⁸ VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

²⁵⁹ TGI Paris réf 15 janvier 2009 Law lex 2009000099JBJ.

délictuelle, les exonérations de responsabilité de droit commun sont aussi applicables aux actions civiles de concurrence.

L'article 17 de la directive 2014/104 introduit une présomption simple selon laquelle les ententes « causent un préjudice », en particulier en générant un effet sur les prix²⁶⁰. Rien n'est précisé de manière explicite concernant le lien de causalité mais la formule employée semble pour certains auteurs « plus être une présomption de causalité et de préjudice, qu'une simple présomption de préjudice »²⁶¹. Toutefois, le président de l'Autorité de la concurrence a précisé que « sur le plan factuel, ce lien de causalité pourra être abordé dans la décision de l'Autorité de la concurrence, sous plusieurs angles » et que « les développements que consacre l'Autorité à cette question de fait pourront être utiles au juge sans le lier juridiquement »²⁶².

2. L'*umbrella effect* : un lien de causalité distendu

Un problème qui se pose également est celui de l'effet d'ombrelle (*umbrella effect*). L'effet d'ombrelle ou prix de protection consiste pour une entreprise non membre d'un cartel et concurrente des cartellistes, à augmenter son prix sur la base de l'augmentation des prix sur le marché du fait de l'existence d'un cartel. L'entreprise a ainsi un prix plus élevé que celui qu'il aurait été en l'absence de l'entente²⁶³.

La question se pose dès lors de l'indemnisation du surcoût causé par une entreprise étrangère à l'entente, non sanctionnée par l'Autorité de la concurrence. Cette possibilité remet en cause le principe de causalité directe. Il est délicat de démontrer un lien causal entre l'entente et le préjudice allégué si l'entreprise en cause a fixé son prix librement²⁶⁴. De même, la question se pose de comment prouver que le prix fixé par cette entreprise était supérieur au prix du marché et que la différentiel résultait d'une infraction au droit de la concurrence.

²⁶⁰ PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

²⁶¹ BEHAR-TOUCHAIS, M., L'action de groupe en droit de la concurrence (ou la patience de Pénélope) : Banque et droit 2014, Hors-série, nov., p. 34 et spéc. p. 44.

²⁶² LASSERRE, Bruno, Table ronde n°3 : Le dommage in Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne, RLC 2015 n°42

²⁶³ EVRARD, Caroline, GORDON, François, « Abrégé de private enforcement (3/3) », Revue Lamy de la concurrence-2015

²⁶⁴ *Ibid.*

La CJUE a jugé dans un arrêt du 5 juin 2014 que, même si le prix de vente est déterminé de manière purement autonome au niveau de chaque entreprise non membre de l'entente, la décision de fixation du prix peut avoir été prise en référence à l'entente. Les victimes de l'entente doivent dès lors pouvoir demander réparation du dommage subi à raison du surprix payé aux non-membres de l'entente²⁶⁵.

Cet arrêt rejoint les conclusions de l'avocat général Kokott dans la même affaire. Il estimait que la chaîne de causalité n'était pas rompue par l'intervention d'une entreprise étrangère à cette entente, mais précisément continuée si cette dernière établit ses prix par référence aux données du marché en les greffant, de manière parfaitement prévisible, sur l'évolution des prix imprimée par l'entente²⁶⁶.

Une entreprise dont la responsabilité est recherchée sur ce fondement devra montrer l'absence de différentiel entre ses prix pratiqués et ceux du marché et l'absence de lien de causalité avec l'évolution des prix résultant de l'entente.

²⁶⁵ CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone, E : C : 2014 : 1317

²⁶⁶ Conclusions présentées par l'avocat général Kokott dans l'affaire C-557/12, présentées le 30 janvier 2014, EU : C : 2014 : 45

Conclusion

Les défenses des entreprises face à une action en dommages intérêts pour atteinte au droit de la concurrence s'inscrivent dans un contexte particulier.

Le *private enforcement* en Europe a toujours occupé, à la différence des Etats Unis, une position secondaire par rapport au *public enforcement*. Toutefois, la complémentarité entre la répression des infractions au droit de la concurrence et la réparation des dommages subis par les victimes de ces infractions s'est progressivement affirmée. En France, plus particulièrement, si les actions de groupes introduites par la loi Hamon se sont révélées être un échec, les actions individuelles se distinguent quant à elles par leur efficacité et leur rapidité.

La question qui se pose est celle de l'articulation entre action privée et action publique. D'une part, le droit à la réparation peut participer de la répression visée par les sanctions administratives. Dès lors, bien que faute civile et infraction au droit de la concurrence soit distinctes, l'effet contraignant des décisions des autorités de concurrence sur les juridictions civiles peut faciliter les actions en réparation. D'autre part, le développement des actions civiles ne doit pas s'effectuer au détriment de l'efficacité de l'action publique, les questions se cristallisant notamment autour de la clémence et de la transaction. Selon l'immunité civile ou la garantie de confidentialité des pièces que ces mécanismes peuvent procurer à une entreprise, elle sera plus encline à adhérer ou non à ce type de programme.

Dans un tel contexte, les entreprises peuvent invoquer deux types de défenses face aux actions en dommages et intérêts à leur encontre : défenses procédurales et défenses au fond.

Les défenses procédurales incluent tout d'abord les défenses procédurales classiques, exceptions d'incompétence et restrictions de fin de non-recevoir de droit commun. Toutefois, certaines exceptions de fin de non-recevoir sont inefficaces dans le cadre d'une action civile de concurrence, comme la prescription, aménagée par la directive 2014/104/CE, et la défense « nemo auditur », qui a disparu.

Une défense procédurale caractéristique du contentieux civil de réparation en droit de la concurrence est la limitation de l'accès aux preuves. En effet, il existe une asymétrie d'information dans le cadre de l'action civile, entre le défendeur, partie à la « procédure concurrence », et le demandeur. La directive 2014/104 facilite l'accès aux preuves détenues par une partie, de même que la transmission de preuves par une Autorité de la concurrence.

Elle établit une classification entre une liste blanche, une liste grise et une liste noire correspondant à des degrés différents et gradués de protection. Le droit français devra dès lors être modifié, bien que le principe général de secret de l'instruction ait déjà été tempéré par la jurisprudence, en particulier lorsque le demandeur est également partie à la « procédure concurrence ». La limitation de l'accès aux preuves sera plus délicate pour le défendeur, notamment pour celles qui appartiennent à la liste blanche. Toutefois, la directive introduit de la clarté juridique, et une protection plus forte pour certains types de pièces.

Par ailleurs, le défendeur à une action en réparation du préjudice résultant d'une infraction au droit de la concurrence peut avoir recours à des défenses au fond. Il peut ainsi contester la faute, contester le préjudice ou contester le lien de causalité, dont la réunion est requise pour mettre en jeu la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

La détermination de la faute pose la question de la caractérisation de la faute civile liée à une infraction au droit de la concurrence, et ainsi, des différentes infractions au droit de la concurrence engendrant une faute. La procédure de transaction en droit français ne confère pas une immunité contre des actions civiles ultérieures.

Contester la faute conduit à s'interroger sur l'effet contraignant des décisions d'une autorité de concurrence sur les juridictions nationales. Le droit français ne consacrait pas cet effet sauf lorsqu'il s'agissait d'une décision de la commission, ou dans le cas spécifique des actions de groupe introduites par la loi Hamon. La directive instaure une généralisation de l'effet contraignant des décisions d'une autorité de concurrence sur les juridictions civiles du même Etat-membre, ce qui rend plus vulnérable le défendeur face à une action *follow-on*.

Toutefois, la preuve du préjudice et du lien de causalité sont plus difficiles à apporter, c'est pourquoi leur contestation est plus aisée à apporter pour le défendeur.

La contestation du préjudice repose d'une part sur des défenses classiques, telles la contestation du principe et du montant du dommage. Les défendeurs ont souvent l'avantage d'un manque de conservation des preuves par les victimes. Les défenses invoquées doivent être différenciées en fonction de la méthode de quantification, selon la typologie élaborée par la Commission. Le préjudice est toutefois souvent minoré en pratique par le juge par crainte d'une surévaluation.

D'autre part, la contestation du préjudice s'appuie sur un moyen très efficace : la répercussion du surcoût ou *passing-on defence*, selon laquelle la portion du surcoût qui a été répercutée à

l'aval ne peut être indemnisée. La jurisprudence française est de plus extrêmement favorable au défendeur dans la mesure où la preuve de la non répercussion des surcoûts reposait sur le demandeur. La directive 2014/104, si elle reconnaît la répercussion des surcoûts, rend plus délicate la défense face à un demandeur acheteur direct dans la mesure où elle fait peser la charge de la preuve de la répercussion des surcoûts sur le défendeur. Quant au demandeur acheteur indirect, la directive n'est pas claire quant à l'établissement ou non d'une présomption réfragable de répercussion du surcoût, ce que devra donc clarifier le législateur. Si le moyen de défense qu'est la répercussion du surcoût perd ainsi de sa force, il peut toujours être opposé par le défendeur à l'acheteur direct.

Enfin, le lien de causalité entre la faute et le préjudice subi peut être contesté. Le lien de causalité est difficile à démontrer. Il ne suffit pas de caractériser la faute, il faut en effet prouver qu'elle a été génératrice du préjudice subi. Toutefois, la directive 2014/104 semble introduire une forme de présomption de causalité de préjudice, même si celle-ci n'est pas clarifiée. Par ailleurs, l'umbrella effect distend la causalité et permet d'engager la responsabilité d'entreprises non parties à l'entente. Dès lors, la contestation du lien de causalité semble plus difficile à mettre en œuvre.

La directive 2014/104 non encore transposée amoindrit les moyens de défense contre une action en réparation qui sont à la disposition des entreprises. Dès lors, celles-ci auront intérêt à organiser leur défense dès la procédure devant la juridiction économique et ainsi bénéficier d'une programme de clémence ou d'une transaction ce qui peut leur assurer une certaine confidentialité relative à la communication des documents recueillis par l'autorité de concurrence. Elles seront également incitées par plusieurs dispositions de la directive à rechercher un règlement consensuel antérieurement à l'accès aux pièces des parties par les demanderesses, ou à la transmission de pièces par les Autorités de concurrence.

Bibliographie

Articles et ouvrages

D'ALES, T., CONSTANS, A. Le futur arsenal au bénéfice des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ou quand l'office du juge n'est plus de juger mais d'indemniser : *JCP E* 2015, 1164.

D'ALES Thibaud, CONSTANS Arnaud, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n°23, 5 juin 2014, 1306 n° 33

AMARO, R, « Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles », *Rev. Lamy dr. Civ.* 2015, n°127, 5863

AMRANI-MEKKI, S., « Action de groupe, mode d'emploi », *Procédures* 2014, étude 16, §13
AZAR-BAUD, Marie José, CARVAL, Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *Recueil Dalloz* 2015 p.2136

AMRANI-MEKKI, S., « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : le point de vue d'un processualiste », *Concurrences* 4-2008, p 11 et 21

BACACHE, M. Action de groupe et responsabilité civile, *RTD civ.* 2014. 450

BEAUMEUNIER, Virginie, « Mise en Œuvre de la Procédure de Transaction », *Regards Croisés*, Gide Loyrette Nouel, 20.06.2016

BEHAR-TOUCHAIS, M., L'action de groupe en droit de la concurrence (ou la patience de Pénélope) : *Banque et droit* 2014, Hors-série, nov., p. 34 et spéc. p. 44.

BEHRENS Peter, HARTMANN-RÜPPEL Marco, HERRLINGER Justus, «Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder », *Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht / Hamburger Forum Kartellrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010 p 19

BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHEL-AMSELLEM Valérie, VIALENS Jürgen, « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », *LGDJ* 2008, p 595 n° 650

CALISTI, Daniele, « Quelles propositions de l'Union Européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? » Colloque du 13-05-2014, Revue Concurrences n°3-2014

CARPAGNANO, Michele, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

CHAGNY, Muriel, « Faut-il désespérer du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles ? » Communication Commerce électronique n°1, Janvier 2013 comm.

CHAGNY, M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles. Changements en vue en droit français de la concurrence... de la procédure et de la responsabilité civile ? », D.2013, p.2532

CHONE-GRIMALDI, A. S. et RASCHEL, L., « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! »

CLARENC, Christophe, CHRISTOL, Renaud, « Transmission des dossiers de l'Autorité de la concurrence dans les procédures indemnitaires », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°2, 10 janvier 2013, act. 18

CLAUDEL, E in « La question de la preuve » in Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne, RLC 2015 n°42, p 182

CLAUDEL, Emmanuelle Colloque « La concurrence des institutions et des actions : quelle articulation optimale ? », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

COMBE, Emmanuel, « Le « Passing-on defence », Une Introduction économique », Revue Concurrences 4-2011, n°20

COUTRELIS, Nicole, ZIVY, Fabien, « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence, Davantage d'avantages pour le règlement consensuel des litiges ou la négociation plutôt que la confrontation », RLC 2834, Numéro 44, Juillet-Septembre 2015

DECOCQ André, DECOCQ Georges, « Droit de la concurrence Droit internet et Droit de l'Union européenne », LGDJ, 2012 p 459 n° 343

EVARD, Caroline, GORDON, François, « Abrégé de private enforcement (3/3) », Revue Lamy de la concurrence-2015

FAVRE, Claire, The competition between institutions and civil actions : What articulation is optimal? (Antitrust damages actions in France and in Europe : Current situation and upcoming changes, Paris, 13 May 2014), Colloque, Concurrences n°3-2014

FONGARO, E., La loi applicable à la preuve en droit international privé, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004

FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, « Droit de la concurrence », Précis droit privé Dalloz-Sirey, 2006, 1ère édition, p 272 n° 212

GUINCHARD, Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, « Procédure civile, droit internet et droit de l'Union Européenne », DALLOZ 2012, 31^{ème} édition, p 289 n°326

HAASBEEK, L., La directive sur les actions en dommages et intérêts pour violations au droit de la concurrence : Contrats conc. consom. 2015, dossier 5, p. 26

HARRIS, R., SULLIVAN, L. (1980), "Passing on the monopoly overcharge : a response to Landes and Posner", University of Pennsylvania Law Review, pp. 1280-1290

HOEPFNER-LEGER, Isabelle, « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°48, 30 novembre 2006, 2710, n°2-24

IDOT, Laurence, PRIETO, Catherine, « Les entreprises face au droit des pratiques anticoncurrentielles », BRUYLANT, 2006

IDOT, L., « Private enforcement 2013 : entre actions de contournement et forum shopping », NFA, 2013, 3e table ronde, Concurrences no 2-2013.

IDOT, Laurence, « Choisir sa loi et son juge, quelles possibilités ? », La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir, Colloque du 13 mai 2014, Revue Concurrences N° 3-2014

JAUNET, Vincent, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale », Contrats concurrence et consommation, n°5, 1^{er} Mai 2013, Dossier 9, n°5

JENNY, Frédéric, Colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux », Paris, 13-05-2014, Concurrences n°3-2014

KRIEGK, J-K, « La réforme de la prescription des obligations », Revue Lamy de droit de la concurrence 2009, n°58, étude 3357.

LACRESSE, Alexandre, « Procédures », Chroniques, Concurrence n°4-2015, pp 172-190

LANDES, W., POSNER, R., "Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust laws ? an economic analysis of the rule of Illinois Brick", University of Chicago Law Review, 1979, pp. 608-625

de LANZAC, Pauline, HOCHART, Juliette, « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », La Semaine Juridique Edition Générale n°38, 16 septembre 2013, 976.

LASSERRE, Bruno, Table ronde n°3 : Le dommage in Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne, RLC 2015 n°42

MAINGUY, Daniel, RESPAUD, Jean-Louis, DEPINCE Malo, « Droit de la concurrence », Litec, 2010, p.63, n°70

MARECHAL, Camille, Fasc 25, « Les Grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », JurisClasseur Concurrence-Consommation, 15 juin 2014, n°126

MASMI-DAZI, F., « Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes », RLC 2013, n°37, p.78 et 79

MULLER Anne-Catherine, « Le rôle des autorités européennes dans la réparation des dommages », Revue de droit bancaire et financier, n° 4, 1er juillet 2012, dossier 35

NIBOYET-HOEGY, M.-L. , L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé,
Paris, Economica, 1986.

PIETRINI, Silvia, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n°10, Octobre 2015, étude 12

PONSARD, M., Indemnisation du préjudice découlant d'une entente : la théorie du passing on defence reconnue mais encadrée : AJCA 2014, p. 122.

REBEYROL, V, La nouvelle action de groupe, D.2014. 940

REILLE, Emmanuel, « Mise en Œuvre de la Procédure de Transaction », Regards Croisés, Gide Loyrette Nouel, 20.06.2016

VOGEL Joseph, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages- intérêts pour atteinte au droit de la concurrence » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 21 Mars 2013 n° 12

VOGEL Joseph, « Le paquet législatif prévu par la Commission pour renforcer les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles est-il suffisant et cohérent ? », 28 juin 2013, <http://www.vogel-vogel.com>

VOGEL, Louis, « Les actions civiles de concurrence Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », EPA, 2013, p.44 n°61

« L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ? » la lettre CDC Concurrence Distribution Consommation du cabinet Vogel et Vogel n°3, Mars 2016

WERDEN G., SCHWARTZ, M. (1984), "Illinois Brick and the deterrence of antitrust violations : an economic analysis", Hastings Law Journal, pp. 629-638

Publications officielles de la commission européenne :

Communication n°2002/C 45/03 de la Commission du 19 février 2002 concernant l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes.

REGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO C 101 du 27.4.2004, p. 43)

Livre vert, « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », (COM(2005)672 final), 19 décembre 2005

Livre blanc, « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », (COM(2008)165), 2 avril 2008

Communication n° C(2013) 3440 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 ».

Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne accompagnant la Communication n° C(2013) 3440 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», Proposition de directive du 11/06/13 11.6.2013 Com(2013) 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.

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Publications officielles de l'autorité de la concurrence (anciennement conseil de la concurrence)

Conseil de la concurrence avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratique anticoncurrentielles, § 73

Communiqué de presse accompagnant la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010 concernant un cartel dans le secteur des panneaux de signalisation routière verticale.

Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français point 47

Arrêts et décisions

CJUE/ CJCE

CJCE, 30 janvier 1974, BRT c/ Sabam, aff. 127/73, Rec. p. 51.

CJCE, 20 septembre 2001, aff C-453/99, Crehan c/ Courage,

CJCE, 13 juillet 2006, Manfredi, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619

CJUE, 14 juin 2011, Pfleiderer/Bundeskartellamt affaire C 360/09 Rec 2011, I-0000 n°23

CJUE, 6 novembre 2012, Europese Gemeenschap c/ Otis et autres, aff. C-199/11.

CJUE, 6 juin 2013, Bundeswettbewerbsbehörde contre Donau Chemie AG et autres, Demande de décision préjudicielle, aff C-536/11 : Jurisdata n° 2013-016786

CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone, E :C :2014 :1317

Juridictions françaises

Cons. Conc., 27 juillet 2004, n° 04-D-37, Pratiques mises en oeuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne, BOCC, 9 décembre 2004

Cons. Concurrence déc n° 06-D-20 13 juillet 2006

Décision de l'Autorité de la concurrence n°08-D-13 du 11 juin 2008 relative à relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux, §61.

Communiqué de presse accompagnant la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010 concernant un cartel dans le secteur des panneaux de signalisation routière verticale.

Cass ass plen 7 juillet 2006 Cesareo, Jursdata n° 2006-034519 JCP 2007, II 10070

Cass Com. 19 janvier 2010 n° 08-19.761 Jurisdata n°2010-051192 Bull. civ. 2010, IV, n°8.

Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427 et n° 08-21.768, Sté Lectiel c/ Sté France Telecom
Cass.

Cass. com., 29 mars 2011, n°10-12.913 (rejetant le pourvoi contre l'arrêt de cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France ea., n°2009/03532, p 10).

Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-18.495

Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11/14620, Carrefour c/ Jean-Marc Valensi.

Cass Com. 9 nov 2012 n° 10-10 .937 Jurispdata n° 2010-020763

CA Paris, 29 janvier 2008, *Le Goff Confort*

CA Paris, 25 nov. 2010, RG 08/15478

CA Paris, 20 novembre 2013, Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS Ma Liste de Courses.

CA Douai Ch 2-1, 4 avril. 2012 Jurisdata n° 2012-006709, JCP 2012 1149

Trib. Com. Nanterre 18 mai 2006,

Trib. Com. Paris 26 janvier 2007

Tribunal de commerce d'Albi, réf 28 Oct.2009, Jurisdata n°2009-014828

Trib. Com. Paris 24 aout 2011, Lawlex201100001427JBJ

Trib. Com. Paris, 1re ch., 8 nov. 2011, Outremer Télécom, RG n° 2010073867

Trib. Com. Paris 16 mars 2012, Lawlex20120000493JBJ, Ma Liste de Courses

Trib. Com. Paris, 1re ch., 11 avr. 2012, Primagaz, RG n° 2011079333

TGI paris 30 mai 2008

TGI référé 15 janvier 2009

TGI Paris, 17 déc. 2013, n° 10-03480, affaire de la construction et de la rénovation des lycées d'Ile-de-France

Résumé.....	2
Introduction.....	4
I. Origine et développement du <i>private enforcement</i> européen	4
II. L'action de groupe.....	5
A) Origine de l'action de groupe	5
1. Les raisons d'être de l'action de groupe	5
2. Une orientation donnée par la Commission	6
B) L'action de groupe à la française	6
1. L'action de groupe instaurée par la loi Hamon	6
2. Les faiblesses de l'action de groupe à la française.....	8
III. Des actions individuelles efficaces	9
IV. Articulation entre action publique et action privée.....	10
V. Problèmes.....	12
Titre I : Les défenses procédurales.....	14
CHAPITRE I : Défenses procédurales classiques.....	14
I. Les exceptions d'incompétence.....	14
A) La compétence territoriale en France.....	14
B) La compétence matérielle	16
II. Les restrictions des fins de non-recevoir de droit commun.....	17
A) La mise en œuvre des fins de non-recevoir de droit commun	17
B) L'inefficacité de certaines fins de non-recevoir dans une action civile de concurrence ...	18
1. La disparition de la prescription comme défense à une action civile de concurrence....	18
a) Un allongement du délai de prescription	18
b) Interruption et suspension de la prescription	19
i. En cas d'action engagée consécutivement à la procédure administrative	19
ii. En cas de règlement amiable	20
iii. En cas de « clémence civile »	21
2. La disparition de la défense « <i>nemo auditur</i> » dans le cadre d'une action concurrentielle	21
Chapitre II : La limitation de l'accès aux preuves.....	22
I. L'accès à la preuve prévu par la directive 2014/104/CE	22

A)	Accès aux preuves détenues par les parties	22
1.	Principe général de divulgation sous conditions	22
2.	L'office du juge renforcé	23
3.	Un mécanisme incitant à la transaction.....	24
B)	Limitation des transmissions des preuves par une Autorité de la concurrence	24
1.	La production de preuves détenues par une autorité de concurrence	24
2.	Détail de la classification opérée par la commission	25
a)	La liste blanche et les limites au principe de divulgation.....	25
b)	La liste grise	26
c)	La liste noire : l'accès aux preuves dans le cadre d'un programme de clémence ou d'une proposition de transaction	27
i.	Protection des déclarations en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction	27
ii.	Le règlement sur les déclarations d'entreprises	28
iii.	La fin d'une longue hésitation concernant la clémence.....	30
II.	L'accès à la preuve dans le droit positif français.....	32
A)	La position ferme française	32
1.	Le principe du secret de l'instruction.....	32
2.	Le refus de transmission des pièces issues de programmes de clémence en France	33
B)	Une jurisprudence plus favorable aux parties à la procédure « concurrence ».....	35
1.	L'accès aux pièces du dossier de l'autorité de la concurrence pour le défendeur	35
2.	L'accès aux pièces du dossier de l'Autorité de la concurrence pour le demandeur	36
a)	Demandeur partie à la « procédure concurrence »	36
b)	Difficulté d'accès aux preuves pour le demandeur non partie à l'instance « concurrence »	37
3.	Les changements opérés par la directive 2014/104.....	38
	Titre II : Défenses au fond	40
	CHAPITRE I : Contestation de la faute	40
I.	Les différentes infractions au droit de la concurrence communautaire et français engendrant une faute.....	40
II.	Non contestation des griefs et reconnaissance de faute.....	41
A)	Prise d'engagements et reconnaissance de la faute.....	41
B)	Procédure de non-contestation des griefs et reconnaissance de la faute	42

1.	La procédure de non-contestation des griefs ou transaction	42
2.	L'absence d'immunité contre une action civile en cas de procédure de transaction	43
III.	Les conséquences d'une condamnation pure et simple d'une autorité de concurrence sur la reconnaissance de la faute.....	45
A)	Les effets des décisions de l'autorité de concurrence sur les actions privées en droit français	46
1.	L'effet contraignant d'une décision de la Commission sur les juridictions nationales...46	
2.	L'indifférence de la condamnation de l'Autorité de concurrence sur l'établissement de la faute par les juridictions civiles	47
3.	L'existence d'une présomption irréfragable de faute dans le cadre des actions de groupe instaurée par la loi Hamon.	48
B)	Une généralisation de l'effet contraignant des décisions par la directive du 26 novembre 2014.....	49
CHAPITRE 2 :	Contestation du préjudice	51
I.	La difficulté d'établissement de la preuve du dommage	51
II.	Les contestations liées à la détermination du montant du dommage.....	53
A)	Les difficultés liées à la quantification du dommage.....	53
B)	Les méthodes de quantification et les stratégies de défense associées.....	54
1.	Défenses possibles en fonction des méthodes d'estimation du dommage	55
2.	Une minoration du préjudice en pratique.....	56
III.	La répercussion du surcoût : une défense efficace.....	56
A)	Enjeux de la recevabilité du « passing-on defence »	56
B)	Le « passing on defence », moyen utile au défendeur en droit français.....	59
C)	La répercussion des surcoûts en droit communautaire :.....	60
1.	La recevabilité de la répercussion des surcoûts	60
2.	Présomption réfragable de répercussion des surcoûts.....	61
a)	Dans le cas où le demandeur est l'acheteur direct	61
b)	Dans le cas où le demandeur est l'acheteur indirect	62
3.	L'évaluation de la fraction du surcoût répercutée	63
CHAPITRE III :	Contestation du lien de causalité	64
1.	La difficulté de démonstration du lien de causalité.....	64
2.	L' <i>umbrella effect</i> : un lien de causalité distendu.....	66
Conclusion	68

Bibliographie.....71