

# **L'action au civil et le droit de la concurrence: les expériences étrangères**

## **Colloque: Potentialité et réalité de l'action au civil en matière de concurrence**

**Frédéric Jenny**

**Conseiller à la Cour de Cassation en service extraordinaire**

**Président du Comité de la concurrence OCDE**

**Professeur à l'ESSEC**

**Cour de cassation, Paris, le 17 octobre 2005**

# Plan

- I) Le comportement des plaignants et l'efficacité de l'action au civil**
- II) Les règles procédurales et la capacité d'expertise des tribunaux**
- III) La conception d'ensemble du système d'action au civil**
- IV) La coordination entre l'action publique et l'action au civil**
- V) Quelques expériences nationales**
- VI) La concurrence entre les systèmes juridiques dans l'Union Européenne en matière d'action au civil contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles**

# **I) Le comportement des plaignants et l'efficacité de l'action au civil**

# L'efficacité de l'action au civil : les comportements opportunistes des plaignants<sup>1</sup>

Les plaignants utiliseront l'action au civil en matière de concurrence lorsque cela sera dans leur intérêt mais leur intérêt ne coïncidera pas toujours avec l'intérêt collectif.

Les plaignants peuvent dénoncer des pratiques anticoncurrentielles mais ils peuvent aussi utiliser l'action au civil en matière de concurrence à des fins **opportunistes**:

- pour **améliorer** en leur faveur **les conditions d'un contrat** qu'elles ont signé;

- à titre reconventionnel**, par mesure de rétorsion, lorsqu'ils sont eux-mêmes l'objet d'une action au civil

- pour **forcer un concurrent ou un fournisseur à transiger** sur des bases favorables au plaignant (ex. AOL contre Microsoft);

- pour **restreindre le jeu de la concurrence** (par exemple, empêcher un concurrent de baisser ses prix).

- pour **lutter contre une OPA hostile** (afin de se donner le temps de prendre des mesures qui empêcheront l'OPA)

# **L'efficacité relative de l'action publique et de l'action au civil<sup>1</sup>**

**Les victimes des pratiques anticoncurrentielles ont une incitation plus directe que les autorités de concurrence à poursuivre les pratiques anticoncurrentielles.**

**Faciliter l'action au civil est donc susceptible de dissuader les entreprises de mettre en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles.**

**Le coût d'information sur les pratiques anticoncurrentielles est, en général, moins important pour les acteurs économiques qui sont bien informés des pratiques dans leur industrie que pour les autorités de concurrence qui ont une compétence générale pour toute l'activité économique.**

**L'exercice de l'action au civil en matière de concurrence augmentera la concurrence si le nombre d'actions au civil contre des pratiques anticoncurrentielles l'emporte sur le nombre d'actions au civil contre des pratiques qui, en fait, sont susceptibles d'accroître la concurrence.**

1) **Private V public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis , P Mc Afee, H Mialon, S Mialon, Août 2005**

# Quand l'action au civil est-elle susceptible d'accroître le surplus collectif<sup>1</sup>?

Si les dommages payés par la partie qui succombe (l'auteur de la pratique anticoncurrentielle) sont intégralement versés à la victime (cas du couplage)

Ajouter la possibilité de l'action au civil à l'action publique accroît le surplus collectif si les tribunaux sont suffisamment outillés pour ne condamner que lorsque les pratiques sont anticoncurrentielles; dans un tel cas les plaignants ne sont pas incités à détourner l'action civile de son objet et cette dernière sert uniquement à éliminer les pratiques anticoncurrentielles.

En revanche, si les tribunaux ont des difficultés à faire le partage entre les pratiques anticoncurrentielles et celles qui ne le sont pas, ajouter la possibilité d'une action au civil ne va dans le sens de l'intérêt général que si l'action publique est particulièrement inefficace.

1) Private Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis, R. Preston McAfee, H.M. Mialon et

## **II) Les règles procédurales et la capacité d'expertise des tribunaux**

# L'efficacité de l'action au civil<sup>1</sup>: la capacité d'expertise des tribunaux

## La **capacité d'expertise** des tribunaux

- 1) Pour qualifier les pratiques dénoncées au regard du droit de la concurrence
- 2) Pour évaluer le préjudice subi par le plaignant
- 3) Pour établir le lien entre la faute et le préjudice

déterminera pour partie l'efficacité ou l'inefficacité de l'ensemble du système de l'action au civil dans la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles mais ne déterminera pas nécessairement le nombre de plaintes. Des tribunaux trop généreux (c'est-à-dire considérant comme anticoncurrentielles des pratiques qui en fait augmentent la concurrence) peuvent inciter des concurrents à se plaindre.



# L'efficacité de l'action au civil: les règles de procédure

## exemples

- 1) **La règle de preuve**: comment les parties peuvent-elles obtenir les éléments de preuve leur permettant d'établir la violation de la loi qui est la cause de leur préjudice?
- 2) **L'action au civil est-elle possible pour toutes les pratiques anticoncurrentielles ou seulement pour certaines d'entre elles?** Plus la possibilité d'action au civile est large, plus il y aura de cas complexes ou ambigus qui seront portés devant les juridictions civiles et plus le coût de l'action au civil et le risque d'erreur seront importants.
- 3) **Les systèmes juridiques dans lesquels les victimes indirectes (par exemple les clients des victimes d'un cartel) peuvent engager des actions au civil sont beaucoup plus coûteux** (en termes de ressources pour établir le montant du préjudice) **que les systèmes où seules les victimes directes peuvent poursuivre et le montant de leur préjudice est le montant de l'augmentation artificielle des prix;**

### **III) La conception d'ensemble du système d'action au civil**

# **La Relation entre Réparation et Préjudice: Multiplication et Découplage**

- Les dommages peuvent être limités au préjudice ou être un multiple du préjudice.**
- Les dommages peuvent être versés en totalité à la victime (couplage).**
- Les dommages peuvent être versés seulement en partie à la victime (découplage)**

**Le bien être de la collectivité n'est maximisé que par une combinaison de multiplication et de découplage.**

**Justification :**

- 1) la multiplication des dommages augmente les risques pour les contrevenants et dissuade les entreprises de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles;**
- 2) le découplage diminue l'incitation à poursuivre.**

**Donc une combinaison de multiplication du dommage et de découplage qui laisse constante l'espérance de gain pour les entreprises permet d'obtenir une dissuasion constante à un coût moindre ;**

## **IV) La coordination entre l'action publique et l'action au civil**

# **Le problème de coordination entre l'action publique et l'action au civil**

**Le droit de la concurrence vise à améliorer l'efficacité de l'allocation des ressources.**

**L'action publique vise la dissuasion et la punition.**

**L'action au civil vise la dissuasion et la réparation.**

**Dès lors que les deux instruments sont disponibles et constituent des alternatives viables se pose la question de savoir **comment coordonner les deux instruments pour obtenir une dissuasion optimale.****

**Trop de ressources, publiques et privées, consacrées à la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles peut conduire à un gâchis de ressources (en consacrant à la lutte contre certaines pratiques plus de ressources que le coût qu'aurait infligée ces pratiques à la collectivité). De même, trop peu de ressources consacrées à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles conduit à des pertes d'efficacité.**

**L'intensité de l'effort de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et sa répartition entre action publique et action au civil devra dépendre de l'efficacité relative des deux instruments.**

**Mais, si l'Etat peut contrôler directement les sommes consacrées à l'action publique, il ne peut contrôler que très indirectement l'intensité de l'action au civil.**

# La coordination de l'action au civil et l'action publique

Lorsque l'action publique et l'action au civil sont toutes deux possibles, **l'action publique peut diminuer au profit de l'action au civil** (comme cela est, par exemple, observé aux Etats-Unis ou, entre 1970 et 1995, le nombre de poursuites au civil a été neuf fois plus important que le nombre d'actions publiques).

En effet, dans la plupart des cas les entreprises sont suffisamment bien informées des pratiques anticoncurrentielles dans leur secteur d'activité et ont un intérêt suffisant pour lutter contre ces pratiques pour prendre l'initiative des poursuites, ce qui diminue la pression sur l'action publique.

# Les problèmes de coordination action publique /action au civil

## Exemples:

Le **plaignant** dans une action au civil, qui suit une décision de l'autorité de concurrence (« follow-up suit »), **peut-il utiliser les éléments figurant dans le dossier de l'autorité pour établir la preuve de l'infraction ?**

**-Si oui, il y aura plus fréquemment des actions au civil pour les affaires antérieurement portées devant l'autorité de concurrence par l'action publique et l'efficacité des programmes de clémence sera réduite.**

**-Si non, l'action au civile portera plus fréquemment sur des pratiques non poursuivies par l'autorité publique, ce qui peut être une bonne chose (si les pratiques n'étaient pas poursuivies par manque de moyen de l'autorité publique) ou une mauvaise chose (si les pratiques n'étaient pas poursuivies parce que leurs effets sur la concurrence étaient ambigus).**

## **V) Quelques expériences nationales**



# Le Canada I

**Exemple: le Canada a un système d'action privée parallèlement à l'action publique, de **dommages simples et de couplage** ( les dommages et intérêts sont payés au plaignant).**

**On peut (facilement) montrer que dans un tel système, il est possible d'améliorer l'efficacité du système de dissuasion en passant à un système où les dommages accordés sont un multiple du préjudice et où il y a découplage en ce sens qu'une partie des dommages payés par la partie qui succombe va à la collectivité.**

**Une telle modification du système diminue l'effet dissuasif (puisque les coupables payent plus cher) mais n'augmente pas l'incitation à mettre en oeuvre l'action civile indûment (puisque les parties ne reçoivent pas la totalité des dommages attribués en raison du découplage).**

# Le Canada II

Les nouvelles possibilités d'action collective laissent présager une augmentation rapide des actions au civil au Canada.

La section 36 du «Competition Act » permet l'exercice de l'action civile pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. **De nombreuses provinces (Colombie Britannique, Ontario, Québec) ont adopté des règles de procédure civile permettant les actions collectives.** En outre, la Cour Suprême a décidé que même dans les provinces qui n'avaient pas de dispositions expresses permettant l'action collective, de telles actions pouvaient être recevables en application des règles civiles de procédure.

Dans une décision récente concernant une pratique d'entente de prix sur le marché de l'oxyde de fer, un produit utilisé dans le secteur de la construction, **la Cour d'appel d'Ontario a décidé que les victimes indirectes pouvaient exercer l'action civile collective s'ils pouvaient établir qu'ils avaient été victimes collectivement d'un même surprix.**

# **Le Danemark I**

**La violation des dispositions du droit national ou communautaire de la concurrence est une infraction pénale punissable par une amende.**

**Seul le procureur peut imposer une sanction pécuniaire aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles.**

**Si la sanction n'est pas acceptée par l'entreprise, l'affaire est transmise au tribunal.**

**Pas de règles spécifiques pour l'action au civile en matière de concurrence.**

**Les parties peuvent demander à la cour de nommer un expert (Administration of Justice Act).**

**Les experts des parties sont considérés peu crédibles.**

# Le Danemark II

**Seulement un petit nombre de demandes de dommages-intérêts par des victimes de pratiques anticoncurrentielles.**

**L'autorité de concurrence n'est pas compétente pour attribuer des dommages-intérêts.**

**Bien que seules les parties aient, en principe, accès aux dossiers de l'autorité de concurrence, celle-ci accorde un assez large accès à des entreprises tierces qui ont un intérêt légitime, après avoir vérifié que le dossier ne comporte pas de secrets d'affaires; Ces dossiers peuvent être utilisés pour l'action au civil.**

# Le Japon I

En application des dispositions du droit civil, le préjudice ne peut être compensé que si la faute résulte d'un acte volontaire ou d'une négligence. Cependant, **toute violation du droit de la concurrence (Antimonopoly Act) peut donner lieu l'octroi de dommages intérêts même si cette violation ne résulte pas d'un acte volontaire ou d'une négligence.**

Lorsqu'une partie est assignée en dommages intérêts pour une violation du droit de la concurrence, **en application de l'article 25 du Antimonopoly Act, le tribunal demande à la Japanese Fair Trade Commission d'évaluer le montant des dommages dus à la pratique afin d'alléger la charge de la preuve pour le plaignant (deux opinions émises en 2004)**

Depuis un amendement de l'AMA de l'an 2000, une victime susceptible de subir un dommage sérieux peut demander à un tribunal de prononcer une injonction visant à faire cesser une pratique anticoncurrentielle. **Le tribunal peut demander l'opinion de la JFTC sur la question de savoir si la pratique constitue une violation de l'AMA.**

**Une disposition du code de procédure civile (article 221) permet au plaignant de demander au tribunal d'ordonner la production de documents par une autre partie ou un tiers (y compris par la JFTC).**

# Japon II

**Jusqu'en 1998 il n'y a eu pratiquement aucun cas d'action au civil en matière de concurrence où les plaignants, victimes de pratiques anticoncurrentielles ont prévalu.**

**Mais après que les victimes d'un cartel ont réussi à obtenir plus de \$400.000, d'autres affaires ont donné lieu à l'octroi de dommages et intérêts.**

**Par voie de conséquence, le nombre d'actions au civil au Japon croît et on s'attend à une augmentation de cette tendance.**

**Naturellement, plus le risque qu'une action au civil donne lieu à des dommages intérêts est important, plus les entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles ont intérêt à transiger.**

**On s'attend donc à voir un accroissement des cas de transaction à l'image de celui où la municipalité de Tokyo a, en 2003, transigé pour \$20.000.000 avec les membres du cartel des compteurs d'eau.**

**Cependant, pas de possibilité d'action collective devant les tribunaux.**

# Etats Unis

Les règles fédérales de procédure civile (Règle 26-37) permettent aux parties d'obtenir un **large accès aux documents détenus par d'autres parties.**

Elles peuvent obtenir **tout élément , relatif à tout sujet pertinent pour la plainte ou la défense d'une partie, y compris l'existence, la description, la nature, la garde, les conditions, la localisation de tout livre, document, élément tangible, identité, localisation de toute personne ayant connaissance de toute matière susceptible d'être produite . Les parties peuvent obtenir ces éléments par diverses méthodes: dépositions orales ou écrites, interrogatoires écrits, production de documents ou d'éléments, permission de visite d'inspection, examen physique ou mentale, etc..**

Certaines informations sont protégées contre les demandes d'accès. Par exemple, les relations entre un avocat et son client ou un directeur juridique et son entreprise. Les parties peuvent aussi refuser de répondre à certaines questions afin de ne pas s'auto-incriminer.

Les experts (des parties ou nommés par le tribunal) sont fréquemment utilisés dans les procès civils antitrust. Chaque partie peut demander la disqualification de l'expert de la partie adverse avant le procès (application des critères Daubert). Les experts peuvent être interrogés par la partie adverse pendant le procès.

Les autorités de concurrence (Département de la Justice et Federal Trade Commission) ne fournissent pas de documents dans les procès civils.

**VI) La concurrence entre les systèmes juridiques dans l'Union Européenne en matière d'action au civil contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles**



# Royaume-Uni I

Certains développements récents au Royaume-Uni suggèrent que ce pays est **en passe de devenir le pays dominant en ce qui concerne l'action au civil en matière de violation du droit communautaire de la concurrence.**

Non seulement les plaignants britanniques peuvent demander la réparation de leur préjudice en cas de violation du droit communautaire mais les tribunaux britanniques ont également accepté les plaintes de plaignants non britanniques et la High Court a considéré dans l'affaire *Provimi v Aventis* [2003], qui concernait le cartel des vitamines, que **le plaignant pouvait réclamer au Royaume-Uni la réparation de l'entier préjudice subi sur le territoire de l'Union Européenne dès lors que la filiale britannique d'une des membres du cartel avait participé à l'entente.** Dans cette affaire une entreprise allemande Trouw poursuivait différentes filiales de Aventis et de Roche alors même que Trouw n'avait pas acheté de vitamines aux filiales britanniques de ces groupes.

# Royaume Uni II

En outre, s'il n'y a pas de dommages punitifs pour les infractions à la concurrence, certains instruments procéduraux facilitent l'action civile au Royaume-Uni:

- 1) L'existence d'une procédure de «**disclosure**» sous l'autorité du tribunal moins large que la procédure de «**discovery**» américaine;
- 2) La possibilité d'**action collective** «*group litigation order*»
- 3) La création, par l'Enterprise Act de 2002 d'un **tribunal spécialisé** (le tribunal d'appel de la Concurrence, CAT) qui a de larges pouvoirs. Les juridictions peuvent transférer au CAT toute affaire pour que celui-ci établisse si il y a eu violation du droit européen. Le CAT est aussi compétent pour octroyer des dommages intérêts en cas de violation du droit national ou européen de la concurrence.