

Grand'Chambre de la Cour de cassation à Paris
Jeudi 26 avril 2007

**La Réparation du préjudice économique
né d'une pratique anti-concurrentielle**

L'expérience germanique

Cornelis Canenbley, avocat au Barreau de Düsseldorf

„La Réparation du Préjudice Economique“

Je suis en charge des expériences germaniques. J'irai un peu au delà de l'expérience en droit allemand et traiterai certains aspects de notre sujet sur un plan plus général, tout en restant dans les limites du “droit de la concurrence”.

1. La Situation en Droit Allemand:

La loi contre les restrictions de concurrence (GWB) prévoit des dommages et intérêts en cas d'infraction de la loi (avant juillet 2005 la loi était plus restrictive sur la question qui avait le droit de demander des dommages et intérêts). En droit européen depuis Courage et plus récemment Manfredi, celui qui a subi des dommages suite à une infraction des règles européennes de la concurrence, peut réclamer “le préjudice économique”.

Le calcul du préjudice est difficile et relève largement du domaine des économistes. La loi permet au juge d'estimer le préjudice. Dans cette estimation, le gain tiré par l'infraction peut être pris en considération.

2. L’Affaire “Ciment”

Il y a eu peu de procédures civiles en Allemagne pour dommages et intérêts fondées sur une infraction des règles de la concurrence. Une affaire importante est actuellement en cours devant le tribunal de Düsseldorf contre six cimentiers (montant réclamé plus de 100 millions d’Euro). Le demandeur est une société belge, qui a été fondée par deux avocats, allemand et belge (Cartel Damage Claims SA, la « CDC »). La « CDC » s’est fait céder les demandes de 29 acheteurs de ciment en Allemagne sur la période 1993-2001, période pendant laquelle le Bundeskartellamt a constaté une entente illicite entre les six plus grands cimentiers du pays. Il a infligé une amende totale de 650 millions d’Euro aux six cimentiers dont cinq ont interjeté appel.

La procédure civile est une “follow on action”. La preuve de l’infraction à l’interdiction de cartel est validée par référence au dossier et à la décision du Bundeskartellamt. A part des questions délicates de procédure (i.e. est-ce que la cession des 29 acheteurs de ciment à la société belge, cession qui a été initiée par l’avocat allemande, a été faite “arm’s length” ou plutôt sous forme d’une “class action” à l’américaine?), une des questions les plus

importantes est : « Y a-t-il eu un préjudice économique et le cas échéant, comment faut-il calculer et fixer le montant du dommage »?

- Le dommage:

Il est calculé sur la base suivante : La différence entre le prix de vente de ciment sans cartel et le prix de cartel.. Une réponse à cette question est extrêmement difficile à trouver. (Prix hypothétique du marché).

- Passing on:

Même si le prix fixé par le cartel était plus élevé que le prix hypothétique du marché, qui en a subi le préjudice effectif?

Dans l'affaire allemande de ciment, la majorité de ceux qui ont cédé leurs demandes à la « CDC », sont des producteurs de béton prêt à l'emploi, qui – entre eux – avaient formé des cartels dans certaines régions en Allemagne, et cela pendant à peu près la même période que celle du cartel de ciment.

Or, dans la procédure civile, la question se pose de savoir si les cessionnaires (au moins quelques uns d'entre eux) ont pu faire

supporter le prix élevé du cartel, qu'ils ont payé aux cimentiers, à leurs clients (i.e. les entreprises de maçonnerie). Dans ce cas de figure, les clients des cimentiers n'auraient en fin de compte pas subi de dommage. Le droit allemand n'est pas très clair sur la portée de la "passing on defense". Si la défense est acceptée, qui supporte le poids de la preuve, demandeur ou défendeur?

3. Remarques Générales

Dans le peu de temps qui me reste, je voudrais formuler quelques thèses sur notre sujet:

- a) Dans quel but prévoit-on la réparation du préjudice économique né d'une pratique anticoncurrentielle? Réparation ou bien dissuasion ou bien encore punition?

- aa) Réparation:

Définition de la Cour de Cassation: "Les dommages-intérêts doivent réparer le préjudice subi par la victime sans qu'il en résulte pour elle ni perte, ni profit".

Le but "réparation" dans le sens propre du mot me semble tout à fait légitime et nécessaire.

bb) Dissuasion :

En Europe (Continental), c'est l'Etat qui est en charge de poursuivre et de punir les cartels. Pour les personnes civiles les moyens procéduraux ne sont pas assez développés par la loi pour initier une procédure civile contre un cartel sans qu'il ait eu d'abord une condamnation par l'autorité publique. Or, ce ne sont que des "follow-on" procédures, qui sont entamées par les "victimes" d'un cartel. Ceci est vrai pour l'Allemagne. Les "follow-on" procédures n'attribuent rien à la découverte d'un cartel. La découverte se déroule et est traitée dans la procédure publique.

La plupart des cartels sont découverts par la coopération d'un des membres du cartel („whistle blowing“) qui demande (et reçoit) en contrepartie soit l'amnistie soit la clémence pour sa coopération. Comme cette coopération peut entraîner une "follow on" procédure en dommages-intérêts, il y a un risque considérable que le "cartelliste" renonce à la coopération. Plus les sanctions civiles sont sévères,

moins le cartelliste sera incliné à coopérer, pour aider l'autorité "antitrust" dans son combat contre les cartels.

Dans une étude sur l'"Exécution du droit de la concurrence par la voie privée" (septembre 2005), le Bundeskartellamt dit:

En cas de conflit , l'application du droit de la concurrence par l'autorité publique prime sur son application par la voie privée.

Cette constatation a été faite dans le débat (initié par le Livre Vert de la Commission Européenne), concernant l'accroissement et la stimulation des procédures civiles ("private enforcement") dans le but de renforcer le combat contre les cartels.

cc) Puniton:

Exemple: Etats Unis. Double ou triple sanction (aussi Grande-Bretagne?). Cette procédure mérite(rait) réflexion, si on veut (voulait) mettre la poursuite des cartels entre les mains des parties privées. Aux Etats

Unis, plus de 90 % des procédures contre les “cartels” sont des “private actions”. Or, si l’Etat veut garder le pouvoir et le droit de poursuivre et de punir les cartels (y compris des personnes privées qui agissent), une punition supplémentaire ne doit pas être imposée dans une procédure civile. Principe du droit constitutionnel: “Ne bis in idem”.

Remarque finale:

C’est à cause du principe “ne bis in idem” que la défense “passing on” doit être acceptée par la loi et les juges. Sinon, le client d’un membre d’un cartel peut réclamer un préjudice économique, sans avoir “subi une perte”. Or, celui qui aurait réellement subi une perte (probablement le consommateur final) ne pourrait plus revendiquer “son préjudice”; car accéder à sa demande mènerait à un “double dommage”, que le défendeur devrait payer.

En plus, un “double dommage” aurait un caractère punitif, qui serait illégal dans une procédure de « follow on ». Pour exclure la défense de “passing

on”, il faudrait “couper” le droit de demander des dommages et intérêts au niveau des acheteurs du cartel ce qui aurait pour conséquence, d’empêcher ceux qui ont finalement subi un préjudice, les consommateurs, d’entamer des procédures pour dommages et intérêts contre les “cartellistes”.

J’espère avoir apporté quelques éléments contribuant à alimenter notre débat sur “la réparation du préjudice économique » et vous remercie de votre patience.