

**LA REPARATION DU PREJUDICE ECONOMIQUE**  
**RESULTANT D'INFRACTIONS**  
**AU DROIT DE LA CONCURRENCE**  
**(point de vue "d'un juriste français")<sup>1</sup>**

Me Robert SAINT-ESTEBEN,  
 Avocat au Barreau de Paris,  
 Cabinet BREDIN PRAT

1. La question du renforcement des actions judiciaires ouvertes aux victimes de pratiques anticoncurrentielles est âprement débattue en Europe comme en France<sup>2</sup>. Bien entendu, le facteur déterminant de ce phénomène est constitué par le "*Livre Vert*" de la Commission de décembre 2005<sup>3</sup> lui-même consécutif à l'étude de droit comparé commanditée par la Commission sur ce sujet. Par ce document, la Commission fait part d'un certain nombre de suggestions, dont certaines ne manquent pas d'audace, pour renforcer la possibilité, pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, d'obtenir la réparation du préjudice subi, réparation présentée désormais comme un élément essentiel de l'effectivité du droit de la concurrence. La Commissaire à la Concurrence ne cesse d'ailleurs de le répéter avec force, y compris dans les décisions récentes de condamnation des cartels, qui invitent expressément les victimes à agir en réparation.
  
2. Cette préoccupation dont l'élément déclencheur fut un arrêt de la Cour de Justice ("*COURAGE*" c/ *CREHAN*)<sup>4</sup> apparaît aussi subite que tardive dans la mesure où l'on découvre cette très importante question 50 ans après la signature du Traité de

<sup>1</sup> Me Cornélis Canenbley exprime le point de vue d'un juriste allemand.

<sup>2</sup> Dans la très importante littérature sur cette question, voir notamment :

- D. Fasquelle, la réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, RTD Com. 1998 p. 763 et s. Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle, Revue Conc. C. n° 115, mai/juin 2000, 14 et s ;
- Les nombreuses interventions sur la question in :
- Colloque Université Paris I (Panthéon/Sorbonne, Paris 29 avril 2004, "*les sanctions judiciaires des Pratiques anticoncurrentielles*", Numéro spécial des "*Petites Affiches*", 20 janvier 2005, n° 14 ;
- J. Riffault Silk, Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond, Rev. Lamy, janv./mars 2006, n° 6 ;
- M. Chagny, J. Riffault Silk, J.P. Blin et D. Fasquelle, Rapport national français, LIDC, 2006 ;
- M. Chagny
  - la place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, Rev. Lamy, août/oct. 2005, p. 186,
  - la notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence... CP éd. G. n° 25, 21 juin 2006,
  - le Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de Justice invitée au débat sur le "*Livre Vert*", Lamy dr. Conc. oct/déc. 2006, n° 9.
- C. Lemaire, D. Blanc – Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la Concurrence et les juridictions en droit de la concurrence, Sem. Jur. Ed. Ent. et Aff. n° 45, 9 nov. 2006 ;
- Colloque Grand'Chambre C. Cassation 17 oct. 2005 : l'action au civil et le droit de la Concurrence.

**En langue anglaise :**

- Dr. S. Norberg : Some elements to enhance Damages – Actions for breach of the Competition rules in art. 81 and 82 EC, Fordham Corporate Law Institute, 2006 ;
- W.P. Wils : Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe ? World Comp. 473-488, 2003 ;
- C.A. Jones : Private Antitrust Enforcement in Europe : A policy Analysis and Reality Check, World Comp. 13-24, 2004 ;
- M. Brkan : Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law... World Comp. 2003 ;
- D.A. Riley : Beyond Leniency : Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law, World Competition n° 401-404-2005 ;
- K. Holms : Public Enforcement on Private Enforcement ? Enforcement of Competitions Law in the EC and UK, E.C.L.R, 2004, p. 25 et s.

<sup>3</sup> Com (2005) 672 Final du 19/12/2005

<sup>4</sup> CJCE 20 sept. 2001, C-453-99, Rec. 2001-I-6314

Rome. Il est vrai que ce dernier, (tout comme la loi française de 1977 et l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986) ne mentionnait nullement, même parmi les sanctions civiles des infractions aux règles de concurrence, la réparation du préjudice causé aux victimes. Seule était prévue par l'article 85 du Traité de Rome devenu l'article 81 CE la nullité de plein droit des actes conclus en violation de l'interdiction des ententes. Pour les abus de position dominante interdits par l'article 86 devenu article 82 CE, cette sanction de nullité n'était même pas –et n'est toujours– pas prévue<sup>5</sup>.

3. Pas davantage les textes d'application du Traité et en particulier le premier d'entre eux, le Règlement n° 17/62, ne mentionnaient la possibilité de solliciter la réparation des préjudices causés.
4. Pour les infractions aux règles de concurrence la seule sanction "*civile*" prévue expressément demeurerait donc la nullité de plein droit, venant s'ajouter aux amendes infligées par l'Autorité spécialisée (Commission ou Conseil de la Concurrence). Mais, en tant que sanctions de nature "*administrative*", les sanctions pécuniaires n'ont évidemment pas pour objet la réparation des préjudices individuels et d'ailleurs sont perçues exclusivement au profit du Budget de l'Union Européenne (ou de l'Etat pour les sanctions pécuniaires infligées par le Conseil de la Concurrence)<sup>6</sup>.
5. En revanche, le nouveau Règlement d'application des articles 81 et 82, le Règlement n° 1/2003 se réfère expressément à la possibilité pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles de solliciter des dommages et intérêts devant les juridictions nationales compétentes, mais cette référence n'intervient elle-même, comme l'a relevé un auteur qu' "*au détour d'un considérant de l'exposé des motifs*"<sup>7</sup>.
6. Il y a donc une étrange contradiction entre, d'une part, l'affirmation présentée comme résultant d'une évidence, selon laquelle la bonne application du droit de la concurrence exige des sanctions civiles sévères notamment dans le cadre d'actions en dommages et intérêts, et d'autre part, l'indifférence de près d'un demi siècle sur cette même question.

Cette indifférence était d'ailleurs et curieusement partagée par les victimes elles-mêmes, puisqu'il est constant que le nombre d'actions en responsabilité engagées et menées à terme dans ce contentieux des pratiques anticoncurrentielles était faible<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Pour autant l'application des règles et principes de droit commun relatifs à la nullité des contrats et notamment celles tenant à l'objet illicite, ne rendent pas douteuse la possibilité pour toute personne ayant un intérêt à agir, à solliciter également en matière d'abus de position dominante, la nullité des actes constitutifs de tels abus.

<sup>6</sup> On relève d'ailleurs de manière assez surprenante que l'amende elle-même n'est pas mentionnée, contrairement à la nullité de plein droit, dans l'article 85 du Traité de Rome (81 CE) mais seulement dans l'article 87 visant les textes d'application des articles 85 et 86.

<sup>7</sup> Chagny, art. Le contentieux indemnitaire... art. cit.

<sup>8</sup> Ceci ne veut pas dire que le contentieux civil du droit de la concurrence était peu développé. De nombreuses affaires ont été portées devant les juges, en particulier dans les litiges verticaux, soulevant la nullité des clauses contractuelles au regard du droit des ententes. Même en matière de réparation du préjudice, des affaires ont pu intervenir et en particulier être transigées, sans être recensées.

7. La raison, sinon l'excuse, de cette indifférence apparente est très généralement recherchée dans les difficultés procédurales de mise en œuvre des actions en responsabilité civile en vue de la réparation du préjudice subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles<sup>9</sup>. Or, manifestement si ces difficultés sont incontestables, elles ne peuvent pas expliquer à elles seules la faiblesse du nombre des actions en réparation.
8. On observe en effet d'abord, que cette explication "procédurale" constitue apparemment un présupposé de la Commission, déjà visible dans la mission confiée aux auteurs du Rapport Ashurst, qui ne portait que sur les questions de technique procédurale ; ce présupposé est manifeste encore dans le "*Livre Vert*" lui-même qui n'aborde qu'un certain nombre de problèmes de procédure constituant "*les principaux obstacles à la mise en place d'un système plus efficace pour les demandes d'indemnisation...*". Ces obstacles seraient essentiellement liés :
- (i) à l'obtention des preuves, notamment dans les cas de cartels occultes,
  - (ii) à l'obligation d'établir la faute, éventuellement de manière distincte de la simple infraction à la réglementation de la concurrence,
  - (iii) à l'absence d'action de Groupe ("*class actions*"),
  - (iv) à la difficulté d'évaluation du préjudice et du lien de causalité,
  - (v) aux questions de coût du procès.

Sans nier ces difficultés, par ailleurs incontestables, il n'est pas possible d'y voir la seule explication du petit nombre d'actions judiciaires en réparation du préjudice subi du fait des pratiques anticoncurrentielles.

9. La question des "*preuves*" et même de la faute, peut difficilement expliquer l'absence d'action civile après condamnation de la pratique en cause par la Commission Européenne ou les Autorités Nationales de Concurrence. (actions en "*follow on*"). Sans doute les tribunaux nationaux, en tout cas en France, ne sont-ils pas liés par les décisions, par nature administratives, rendues par le Conseil de la Concurrence. Mais il est évident aussi qu'une telle décision de l'Autorité spécialement compétente en la matière ne peut que peser d'un grand poids devant le Juge de droit commun ultérieurement saisi de l'indemnisation du préjudice. Il en est *a fortiori* ainsi des décisions de la Commission Européenne dont la force résulte aussi du principe de la supériorité du droit communautaire sur le droit national, conformément à une jurisprudence établie de longue date et qui vient d'être confirmé et même renforcé par le Règlement 1/2003 (art. 3 et 16).

De ce fait, les deux premiers obstacles (preuves et faute) peuvent difficilement expliquer le "*sous-développement*", des actions judiciaires consécutives à une condamnation par l'Autorité administrative spécialisée compétente qu'elle soit européenne ou nationale.

---

<sup>9</sup> Voir littérature précitée, supra note 2.

10. Il en est tout autant de l'obstacle qui résulterait de l'absence des "*actions de groupe*" ("*class action*"). Si, et on y reviendra, cette absence peut effectivement gêner l'action des consommateurs, et encore seulement lorsque le préjudice individuel est diffus et faible, en revanche comment expliquer l'absence d'action en responsabilité engagée individuellement lorsque, comme c'est souvent le cas, les victimes sont peu nombreuses et individualisées. On pense en particulier aux très nombreuses ententes à l'occasion des marchés publics où la victime, la Personne publique concernée, est par hypothèse parfaitement individualisée, et qui ont constitué et constituent toujours une part substantielle des procédures administratives d'entente en France. Comment également expliquer, notamment par l'absence de "*class action*", l'abstention des victimes, parfaitement individualisées, de pratiques d'ententes ou d'abus de position dominante tendant à l'éviction de concurrents même si de telles actions ne sont pas aussi rares qu'on le dit<sup>10</sup>.
11. A cet égard, si l'on examine par exemple les décisions du Conseil de la Concurrence de ces seules trois dernières années, on constate qu'un nombre important de celles-ci, approchant les 50 %, ne mettaient absolument pas en cause une problématique d'actions de Groupes, ne concernant que des victimes bien individualisées, le plus souvent en petit nombre, si ce n'est même une victime unique.

Avis en 2004 : Sur 25 décisions de sanctions, 11 (44 %) concernaient des victimes individualisées  
en 2005 : Sur 28 décisions de sanctions, 13 (46 %) étaient relatives à des victimes individualisées  
en 2006 : Sur 14 décisions de sanctions, 6 (42 %) concernaient des victimes individualisées

Ainsi dans près de la moitié des cas, la question de l'action de groupe ne se posait pas et pourtant les victimes n'ont pas agi en réparation semble-t-il, dans la plupart sinon la totalité des cas.

Serait-ce alors parce que les autres causes relevées par le "*Livre Vert*", difficulté d'évaluation du préjudice, et coût du procès notamment, les auraient déterminées à ne pas tenter même de voir réparer leur préjudice ? On peut en douter.

12. Ainsi, même si l'on ne peut négliger les questions procédurales, il existe sans doute d'autres facteurs qui expliquent le "*sous-développement*" des actions en réparation, en particulier suite aux décisions des Autorités spécialisées. Ces facteurs, aisés à deviner, tiennent à des raisons diverses :
- gêne des victimes, et en particulier des maîtres d'ouvrages qui ne sont pas toujours à l'abri de reproche au regard des pratiques dont

<sup>10</sup> De telles actions existent en effet parfois, voir par exemple affaire SNCF (citée par D. Fasquelle, art. cit.) ou encore T.A. Bastia, 6/02/2003, AJDA, 2003, p. 738.

elles sont victimes ne serait ce que par un manque de vigilance, si ce n'est davantage....,

- hésitation, pour les victimes, de voir, par une action judiciaire, mettre en cause des relations commerciales suivies...
- peur de "*représailles*" de tous ordres...
- obstacles "*culturels*" tenant en particulier, en France, comme en général en Europe, à un esprit peu procédurier du monde des affaires, à la différence notamment des Etats-Unis.
- moindre perception de la gravité des actes en cause, que peut être soi-même on a pu commettre aussi un jour ... ou que l'on risque de commettre, et que l'on préfère donc occulter,
- sorte de "*solidarité de classe*"... ou de club, face à un problème que l'on considère comme relevant avant tout des Pouvoirs Publics.

Car, en France et en Europe, à la différence des Etats-Unis notamment, c'est l'intervention des Pouvoirs Publics compétents qui a jusqu'ici été privilégiée. Ainsi l'équilibre de la construction abritant la politique de concurrence tant européenne que française reposait en pratique sur un seul pilier, le pilier "*public*".

13. C'est à l'évidence cet équilibre que la Commission Européenne veut modifier en insistant désormais, après la Cour de Justice, qui a réaffirmé, sa position dans son arrêt "*Manfredi*" du 13 juillet 2006<sup>11</sup> sur l'importance des actions en dommages-intérêts en complément des poursuites administratives et pour ce faire en s'attaquant aux causes du "*sous développement*" des actions privées. Mais, comme il est difficile d'agir sur les obstacles comportementaux ou psychologiques, la Commission se préoccupe donc à juste titre des problèmes procéduraux, afin de faire désormais des actions judiciaires privées un "*pilier*" égal, à tout le moins, au pilier "*public*" traditionnel.
14. Cet objectif, tendant à faciliter les actions en responsabilité aux fins de rendre effective l'indemnisation pour la totalité du préjudice subi est, dans son principe, unanimement approuvé, et ne peut que l'être.
15. Mais, il convient d'être vigilant au regard des excès éventuels d'un mouvement de balancier ainsi amorcé ; l'on pourrait en effet assister au retour de ce dernier vers un nouveau déséquilibre, en faveur cette fois des actions "*privées*". Car, il faut éviter d'aller trop loin, vers une sorte de "*privatisation*" de la répression des ententes et

---

<sup>11</sup> CJCE 13 juillet 2006, aff. Jointe C-295/04 : C-258/04, non encore publié... voir M. Chagny, "*Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de Justice invitée au débat sur le Livre Vert, Rev. Lamy Dr-conc., Oct. Déc. 2006 n° 9 12-806*".

abus de position dominante qui aurait pour résultat, en créant un nouveau déséquilibre, de dénaturer une action en responsabilité civile dont l'objectif premier n'est pas la répression, ni même spécifiquement la "*dissuasion*", mais la réparation effective du préjudice subi du fait de la pratique illicite. Comme l'indiquait Mme Kroes elle-même<sup>12</sup>, le développement des actions privées ("*private enforcement*") n'a rien à voir avec un encouragement d'une "*culture procédurière*" ("*litigation culture*"), ce que la Commission économique du Parlement Européen vient de confirmer.

16. Cependant, un débat existe tout de même sur le contenu exact de la notion de "réparation" en matière d'action en responsabilité civile relative à des pratiques anticoncurrentielles et en particulier sur son rapport à la "*dissuasion*" et surtout à la "*répression*" (I). Cette question est capitale dans la mesure où elle permet de déterminer jusqu'où l'on peut aller pour améliorer l'effectivité de la réparation tant au plan de la procédure que de la détermination et l'évaluation du préjudice (II).

---

<sup>12</sup> "*Reinforcing the fight against Cartels and developing private antitrust damage actions : two tools for a more competitive Europe, Colloque Commission/IBA, Brussels*" 8 mars 2007 (voir site Commission).

I -/ Assurer la "réparation" mais (aussi) la "dissuasion" et la "répression" ?

17. La question est simple en apparence : l'action en "réparation" des victimes doit-elle s'en tenir à la seule indemnisation du préjudice subi par elles, ou faut-il, pour renforcer l'interdiction des ententes et abus de position dominante, aller au delà et intégrer au nom de la "dissuasion", des éléments de "répression"? L'intérêt pratique peut être très important. On sait, par exemple, que l'une des questions récurrentes posées dans le cadre des actions en responsabilité civile relatives à des ententes est celle des éventuels "dommages et intérêts punitifs", qui existent depuis un siècle dans ces matières aux USA sous forme de "triple dommage" ("*treble damages*")<sup>13</sup>. De même si l'on estime que le montant du dommage apparaît trop faible par rapport au "*gain illicite*" de l'auteur du dommage ("*faute lucrative*") peut-on retenir celui-ci comme base de la "réparation" ?

A/ En droit commun : l'ambiguïté de la notion de réparation

18. A priori, selon son sens commun, le terme "réparation" pourrait sembler signifier la simple remise en état, la simple indemnisation pour le préjudice réellement subi : Le Petit Larousse ne définit-il pas "réparer", dans son sens premier comme le fait de "remettre en bon état de fonctionnement", "rétablir", "effacer"... ? Mais il ajoute aussi "expier", "réparer une faute", définitions qui recèlent une connotation clairement "punitive". Ainsi le duel est-il la "réparation par les armes", de même que les amateurs de football, parlent pour le "pénalty", de "*coup de pied de réparation*", lui même tiré dans la "surface de réparation".
19. Cette ambiguïté terminologique se retrouve dans le domaine du Droit. En principe, en droit civil français la fonction de la responsabilité civile est une fonction essentiellement sinon exclusivement "réparatrice" au sens premier du terme, c'est-à-dire de "remise dans l'état antérieur". C'est la "*restitutio in integrum*" selon la devise : "*Tout le préjudice, rien que le préjudice*". Mais c'est là une conception dont on a relevé le côté simplificateur, sinon simpliste. Dans sa thèse, dont l'intitulé est on ne peut plus explicite ("*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*"), Madame Carval, rappelle qu' "*il ne fait nul doute que pour l'homme de la rue, la responsabilité civile est bien autre chose qu'un simple instrument de réparation des dommages*", ajoutant que "*cette conception de la responsabilité (...) n'est pas seulement le fait d'individus étrangers à la scène juridique. Elle est également partagée par de nombreux juristes qui persistent à penser, à l'encontre d'un courant doctrinal et jurisprudentiel favorable à la désincarnation de cette discipline, que le droit de la responsabilité puise son originalité dans son aptitude à sanctionner la violation des nombreuses règles de comportement et donc à prévenir,*

<sup>13</sup> Voir Chagny art. cit, supra note 2

R. Saint-Esteben, Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs, Colloque Université Paris I, préc. Supra note 2

par la dissuasion la commission d'actes préjudiciables. Pour ces auteurs, la responsabilité reste, avant tout, un puissant outil de direction des conduites humaines et le garant de la cohésion sociale"<sup>14</sup>.

Il est exact que cette fonction "punitiv" transparaît dans notre droit positif, et Madame Viney dans la préface à cette même thèse, évoquait le caractère "impressionnant" des manifestations de la fonction de peine privée de responsabilité civile, dont les applications sont bien connues<sup>15</sup>: régime des astreintes, de la réparation des dommages moraux, certains aspects de la réparation des dommages environnementaux, indemnisation des préjudices en matière de contrefaçon de marques et brevets<sup>16</sup> et surtout, la jurisprudence en matière de concurrence déloyale, matière précisément proche du domaine des pratiques anticoncurrentielles<sup>17</sup>. On sait ainsi que la jurisprudence admet en matière de concurrence déloyale, que le préjudice, au moins dans son existence, résulte automatiquement de l'établissement de la faute de concurrence déloyale dispensant le demandeur d'en apporter la preuve. On y voit à juste titre, une manifestation claire de la "peine privée"<sup>18</sup>. Pour autant Madame Viney est aussi obligée de reconnaître que "le rôle de la peine privée dans le droit de la responsabilité est encore "officieux" et "dissimulé"<sup>19</sup>.

20. Il n'est pas contestable en effet qu'en principe notre droit de la responsabilité est fondé sur le principe compensatoire, la "réparation" s'entendant par la remise en état de la situation de la victime, devant conduire à l'indemnisation de tout le préjudice subi, mais seulement de ce préjudice, sans enrichissement indu de la victime.
21. La doctrine est obligée de constater que la Cour de Cassation est restée jusqu'à présent officiellement opposée à la tendance de la peine privée. "Elle prend soin en effet de rappeler fréquemment que la responsabilité civile n'a pas de fonction pénale et que la gravité de la faute ne peut donc pas justifier une condamnation supérieure à la valeur du dommage, ce qui procurerait à la victime un enrichissement, pas plus d'ailleurs que l'absence de culpabilité ou la légèreté de la faute ne peut être prise en compte pour minorer l'indemnisation".
22. C'est donc par dérogation à ces principes que le "Projet Catala" prévoit (sous l'influence certaine de Madame Viney qui dirigeait le Groupe de travail sur ce sujet) la possibilité exceptionnelle (et à titre facultatif pour le juge) de dommages et intérêts punitifs en cas de faute délibérée et notamment "lucrative".

<sup>14</sup> S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, préf. G. Vivey, Bibl. ds. pr. L-250, LGD), 1995, p. 1.

<sup>15</sup> Cf. F. Belot, le Préjudice économique, Thèse, Université de Poitiers, 20 septembre 2004.

<sup>16</sup> Une jurisprudence désormais constante condamne le contrefacteur d'un brevet à payer à titre de dommage-intérêts une redevance supérieure de plusieurs points à la redevance normale. Mais une explication "non punitiv", mais laborieuse, est avancée, invoquant le fait que n'ayant pas pris la peine de négocier la redevance, le contrefacteur peut se voir appliquer un taux supérieur au taux normal "négocié". Voir par ex. TGI Paris (3<sup>ème</sup> ch.) 9 février 2006, NEOPOST, PIBD 2006, 830 III – 350) voir encore la Directive Communautaire 2004/48 du 29 avril 2004, non encore transposée en France.

<sup>17</sup> F. Belot, prec.

<sup>18</sup> Carval, thèse prec.

<sup>19</sup> Préface, thèse Carval précitée.



Pour autant le Projet n'en affirme pas moins que *"les textes proposés accordent la première place à la réparation conformément au droit actuel"*<sup>20</sup>.

23. Cette finalité essentiellement compensatrice de la responsabilité civile dans notre droit positif n'est d'ailleurs pas incompatible avec le rôle dissuasif de la réparation. Il est évident en effet que l'obligation de réparer intégralement les conséquences dommageables causés par sa faute, si du moins elle est vraiment effective, peut dissuader le fautif de réitérer son comportement dommageable. Mais alors la dissuasion n'est que la conséquence inhérente à la réparation même du préjudice ; elle n'en constitue pas un élément exogène, procédant d'une sorte de peine complémentaire, comme ceci résulterait par exemple de dommages et intérêts punitifs ou d'une "*réparation*" calculée par référence aux "*gains illicites*" de l'auteur, et non pas seulement au préjudice subi.

---

<sup>20</sup> Rapport du Garde des Sceaux, 22 septembre 2000, Avant Projet de Réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du Code Civil)... Ch. III, Reprise des motifs, G. Viney, p. 168.

B/ Une conception plus "répressive" de la réparation en droit de la concurrence ?

24. Dans un tel contexte de principes apparemment fixés mais en réalité quelque peu hésitants dans leur application, il n'est pas étonnant que certains se sentent autorisés à préconiser dans le domaine spécifique des pratiques anticoncurrentielles, des solutions fondées aussi sur une logique "*punitive*" (dissuasion/répression) (a). Mais, paradoxalement une conception plus orthodoxe peut paraître s'imposer en matière de concurrence, alors qu'existent dans ce domaine des moyens spécifiques de répression, distincts de l'action en responsabilité (b).

a) La tentation de la réparation/sanction pour les pratiques anticoncurrentielles, en particulier les plus graves

25. On pourrait tout d'abord penser à placer les économistes parmi les plus ardents partisans de la conception "*répressive*" de la "*réparation*" en matière concurrentielle. En effet, ceux-ci déclarent chercher la "*sanction optimum*" des ententes<sup>21</sup>, et pour ce faire considèrent ouvertement les dommages-intérêts comme un instrument conduisant à la dissuasion et à la répression de ces pratiques, n'hésitant pas à évoquer, par exemple, la nécessité d'une référence aux gains illicites, ou aux dommages punitifs<sup>22</sup>....

26. Mais le point de vue des économistes est très différent de celui des juristes et fort éloigné des questions ici posées. En effet, dans leur réflexion sur la "sanction optimum" spécialement des cartels, les économistes raisonnent à l'évidence indépendamment des cadres et modalités juridiques précis, sans entrer dans une réflexion, qui leur est étrangère, sur ce qui relève de l'action "*publique*" et ce qui doit être laissé à l'action "*privée*". Pour l'économiste, il s'agit seulement de trouver les sanctions qui au total seront suffisamment lourdes, quelle qu'en soit la nature (amendes, dommages-intérêts et voire éventuellement une peine pénale). "*pour non seulement punir fortement ceux qui se font prendre ("efficacité ex post") mais aussi et surtout dissuader les agents de s'engager dans des actions illicites ("efficacité ex ante")*"...<sup>23</sup>. C'est dans cet esprit que les économistes préconisent une sanction des cartels qui serait un multiple du "*dommage*" réel causé, celui-ci étant affecté d'un coefficient de "*défectabilité*"<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> - Sur cette question voir les différentes contributions de MM. E. Combe, John M. Connor, F. Jenny, P. Bucciorisi, et G. Spagnolo, sur "*L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique*", Concurrences n° 4, 2006, p. 10 et en particulier, celle de E. Combe : "*A la recherche de la sanction optimale*"...

- E Combe, Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique, Rev. Int. De Dr. Com. 2006, p. 9-44 ;

<sup>22</sup> Un bon exemple peut en être trouvé dans l'excellent exposé de MM. J. Padilla et D. Levy, en date du 27 mars 2007, à Paris, colloque LECG, Institut de droit de la Concurrence et Willkie Farr and Callogham, qui indifféremment évoquent tantôt les "*amendes*", tantôt les dommages et intérêts, ceux-ci devant être pris en compte pour le calcul des "*amendes*", s'ils sont prononcés antérieurement à celles-ci et sans doute réciproquement.

<sup>23</sup> E. Combe A la recherche de la sanction optimale Concurrences, 2006, n° 4, p. 12 et s.

<sup>24</sup> cf. Combe, art. cit. Un autre signe de l'optique particulière de l'économiste est qu'il se focalise apparemment sur un type précis de pratique anticoncurrentielle : les ententes horizontales (cartels) qui posent effectivement des problèmes particuliers notamment au regard de leur détectabilité. Les juristes, en revanche, doivent apporter une réponse satisfaisante aux questions

27. En droit, l'on est tenu d'adopter une toute autre perspective et en tout premier lieu tenir compte de la présence de deux types distincts de "*poursuites*" et de "*sanction*" des pratiques, disposant chacune d'une nature, d'objectifs et de régimes juridiques spécifiques : d'une part l'"*amende*" administrative (ou pénale) constituant l'action "*publique*" et d'autre part les éventuels dommages et intérêts résultant d'actions "*privées*" ayant pour objectif la réparation du préjudice.
28. Pour autant, selon une jurisprudence constante, ces deux types d'action non seulement ne sont pas sans lien, mais même elles se complètent. Bien mieux, selon la jurisprudence particulièrement forte de la CJCE, l'action "*privée*", non seulement vient compléter l'action "*publique*", mais elle la renforce, en poursuivant le même objectif général : la pleine efficacité des règles de concurrence.
29. La force et la portée du droit d'agir en réparation des conséquences dommageables des violations des règles de concurrence<sup>25</sup>, ont été très clairement affirmées par le fameux arrêt "*COURAGE c/ CREHAN*" (CJCE 20/9/2001, c-453/99, Rec. 2001, p. I-6257) selon lequel :

*"La pleine efficacité de l'article [81] du traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.*

*Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté". Ces principes ont été réaffirmés plus récemment par l'arrêt Manfredi du 13 juillet 2006 (CJCE 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04).*

30. Ces affirmations répétées quant au rôle joué par l'action en réparation comme complément de l'action publique et, à l'image de celui-ci, comme instrument de "*dissuasion*", sont récupérées par ceux qui prônent clairement une extension des finalités de l'action en "*réparation*", pour y introduire des éléments de répression. Pour ce faire l'on n'hésite pas à préconiser une "*réparation*" *allant au-delà de la simple indemnisation du préjudice, compte tenu de l'"inadaptation des règles du droit actuel de la réparation face à l'identification et à l'évaluation délicate du*

---

posées par la réparation du dommage causé par toute pratique anticoncurrentielle, et, à cet égard, on a pu à juste titre critiquer l'ambition limitée du "*Livre Vert*", lui aussi curieusement limité aux seules ententes (voir observation de l'AFEC).

<sup>25</sup> Il faut rappeler que dès son fameux arrêt Van Gend & Loos de 1963, la CJCE avait affirmé que "*la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles [226] et [227] confèrent à la diligence de la Commission et des Etats membres*" (Rec. 1963 p. 1). La Cour en avait déduit, on le sait, l'effet direct du droit communautaire et la possibilité pour les ressortissants de la Communauté d'agir devant les juges nationaux pour faire valoir leur droit ; l'effet direct des textes sur la concurrence fut par la suite spécifiquement confirmé (CJCE 30/1/1974, BRT et SABAM, Rec. 74, p. 51).

*préjudice concurrentiel*<sup>26</sup>. De même affirme-t-on la nécessaire "*attractivité de la responsabilité civile pour les justiciables et son efficacité en tant qu'instrument de police du marché, dépendant largement de la fixation adéquate du montant de l'indemnisation allouée, l'institution des dommages et intérêts punitifs -éliminant sous conditions l'obstacle lié au principe de réparation intégrale- permettrait d'améliorer le résultat de l'action en responsabilité civile*"<sup>27</sup>.

31. Ainsi l'action privée en réparation du préjudice individuel est elle transformée en "*instrument de police du marché*" dont on cherche à améliorer l'efficacité, quitte à voir dans le principe de la réparation intégrale un "*obstacle*". Comme on l'a relevé à bon droit, une telle thèse "*rencontre*" le "*Livre Vert*" de la Commission qui est également clairement fondé sur une finalité aussi "*punitive*" que "*réparatrice*".
32. "*Le Livre Vert*" assigne un double objectif aux actions en dommages et intérêts<sup>28</sup>: "*... indemniser ceux qui ont subi une perte à la suite d'un comportement anticoncurrentiel et garantir la pleine efficacité des dispositions du traité relatives aux ententes en dissuadant les comportements anticoncurrentiels, ce qui contribuera, dans une mesure non négligeable à maintenir une concurrence effective dans la Communauté (dissuasion)*"<sup>29</sup>. Le document de travail annexe au "*Livre Vert*" est on ne peut plus clair :

*"On considère traditionnellement que les dommages et intérêts sont destinés à indemniser une victime de la perte subie de fait d'une infraction aux règles antitrust. Il semble néanmoins qu'une simple compensation ou récupération de la perte ne suffise pas toujours pour inciter les victimes à porter une affaire antitrust devant les tribunaux. Il convient donc de songer à d'autres approches en la matière.... L'allocation de dommages et intérêts peut ainsi avoir pour objet non seulement d'indemniser la victime de la perte subie à titre individuel mais aussi de récupérer le gain réalisé par le dépendeur de fait de l'acte délictueux".*

Pour dissuader les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, il faut donc inciter les victimes à agir, quitte, s'il le faut, à accorder à celles-ci un avantage allant au-delà de la "*simple compensation*"<sup>30</sup>.

33. Certaines solutions suggérées par le "*Livre Vert*" reflètent effectivement cette conception extensive d'une "*réparation*" qui va au-delà de la "*simple compensation*" du préjudice individuel. Tel est le cas notamment de la proposition

<sup>26</sup> Lucas de Leyssac, Rapport de synthèse, Colloque Université de Paris I, préc., supra note 2.

<sup>27</sup> Chagny, art. n° 16.

<sup>28</sup> Sur le "*Livre Vert*", la littérature est aussi abondante, voir en particulier, outre supra note 2 :

- D. Fasquelle et R. Mesa, "*Livre Vert de la Commission sur les actions en dommages intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*", Concurrence n° 1, 2006, p. 33 ;
- M. Chagny, le contentieux en indemnisation des pratiques anticoncurrentielles : Lamy, oct./déc. 2006 n° 9 ;
- C. Nourissat, "*Livre Vert*" sur les actions en dommages intérêts : question de droit judiciaire privé européen, Rev. Lamy avril/juin 2006, p. 45 ;

et surtout les nombreuses contributions au "*Livre Vert*" publiées sur le site de la Commission, et en particulier les contributions du Gouvernement français, de la Cour de Cassation, de l'AFEC et, pour les anglo-saxons, de l'American Bar Association qui sera particulièrement évoqué ci-après.

<sup>29</sup> Point 1-1.

<sup>30</sup> Document de travail, n° 115.

du doublement des dommages et intérêts constituant de véritables "*dommages et intérêts punitifs*" et de la prise en compte des "*gains illicites*".

34. Le "*Livre Vert*" propose en effet le "*doublément des dommages et intérêts*", du moins dans le "*cas d'ententes horizontales*" (option 16). La Commission y voit un moyen d' "*inciter les requérants potentiels à introduire une action en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust*", pour les "*cas les plus graves*"<sup>31</sup>, à savoir les "*ententes horizontales*"<sup>32</sup>. La proposition de Résolution du Parlement Européen vise plus généralement les infractions aux "*droits des ententes...*" ce qui pourrait viser aussi les ententes verticales...

On retrouve dans le "*Livre Vert*" l'idée exprimée par le Rapport Catala qui limite aussi les dommages punitifs à certaines fautes graves.

35. Les commentateurs ont bien vu la portée de cette suggestion du "*Livre Vert*" : elle constitue clairement une proposition qui vise "*à dépasser le principe de la réparation intégrale pour conférer une véritable nature de peine privée aux sanctions civiles*"<sup>33</sup>.
36. La prise en compte des gains illicites évoquée également par le "*Livre Vert*" (option 15) n'est pas présentée clairement par le document de travail annexé au "*Livre Vert*" comme une aggravation "*punitive*" de la condamnation à dommages et intérêts, puisqu'il en évoque la possibilité "*lorsque la perte individuelle du requérant est trop difficile à évaluer sur une base subjective (sic) (notamment dans le cas des demandes introduites par des consommateurs)...*" (page 144). Il est vrai que les "*gains illicites*" à la différence du doublement des dommages-intérêts, ne sont pas forcément et dans tous les cas, éloignés du préjudice réellement subi et leur prise en compte peut dans certaines hypothèses constituer une simple modalité de calcul de celui-ci, dans la mesure où le préjudice subi par la victime et le "*gain illicite*" peuvent coïncider (ex. augmentation illicite des prix non répercutée par l'acheteur). D'ores et déjà le "*gain illicite*" est parfois pris en considération. En droit interne<sup>34</sup> la jurisprudence calcule implicitement du moins le préjudice, dans certains cas en fonction du gain réalisé par l'auteur du préjudice<sup>35</sup>. On peut estimer en effet que le "*gain illicite*" représente la valeur dont la victime a été abusivement privée.

Cependant le caractère "*punitif*" de la prise en compte du gain illicite peut être difficilement dissimulé lorsqu'il ne correspond pas au préjudice subi; et c'est ce

<sup>31</sup> Selon le Livre Vert ce doublement des dommages intérêts pourrait être automatique, optionnel ou à la discrétion du Juge.

<sup>32</sup> Point 2-3.

<sup>33</sup> D. Fasquelle et R. Mesa, "*Livre Vert*" de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Concurrences n° 1-2006, p. 36.

<sup>34</sup> note

<sup>35</sup> Voir par exemple, la prise en compte du tirage du magazine qui a abusé du droit à l'image : TGI 28 fev. 1991, SMET (J. Hallyday c/Cine Telerevue ; Paris 29 avril 1997, Parisien Libéré c/Mme Vappou). On peut en effet admettre que l'étendue du tirage donne la mesure du gain illicite aussi bien que celle du dommage.

qu'ont bien compris certains commentateurs, favorables d'ailleurs à cette extension de la "réparation"<sup>36</sup>.

D'ailleurs c'est ce qu'admet implicitement le "Livre Vert" qui déclare que "plusieurs définitions [des "dommages et intérêts"] sont possibles, qui se fondent notamment sur la notion de compensation ou de récupération d'un gain illicite"...<sup>37</sup>. La référence au "gain illicite" est présentée comme une alternative à la "compensation", et non pas seulement comme une méthode d'évaluation du préjudice subi effectivement.

37. Enfin certaines suggestions de la Commission quant aux "actions de groupe" (options 25 et 26) vont dans le même sens. Ainsi, dans le cadre d'une action "collective" menée par une Association, la Commission préconise d'attribuer à l'Association des dommages et intérêts sur la base du "gain illicite du défendeur", alors que les dommages et intérêts accordés aux membres seraient calculés "sur la base du dommage individuel subi" (option 25). Même s'il est légitime pour l'Association de se voir "indemnisée" de son préjudice par opposition au "préjudice" individuel subi par les Membres, la référence au "gain illicite" confirme l'approche "répressive" de la Commission, alors que cette indemnisation de l'Association sur cette base se cumulerait avec celle des victimes individuelles.
38. Enfin, l'une des modalités du régime juridique envisage pour les "actions de Groupe", le système "opt out", que l'on évoquera plus précisément ci-après, pourrait apparaître aussi comme relevant moins d'une logique "compensatrice", que "punitif".

b) Pour une approche "compensatrice" de la "réparation": la nécessaire prise en compte du dualisme caractérisant la "répression" des pratiques anticoncurrentielles

1. Pour une approche globale de l'application du droit de la concurrence

39. La conception extensive de la réparation semble pécher par une approche excessivement "isolée" de l'action privée en réparation du préjudice résultant des infractions concurrentielles, négligeant le volet principal de la répression constitué par l'action "administrative", "publique". La meilleure illustration de cette vue "isolationniste" peut être trouvée dans la toute récente Proposition de Résolution du P.E.<sup>38</sup> qui n'hésite pas à déclarer "... que les règles communautaires relatives à la concurrence seraient dénuées d'effet dissuasif et (...) leur effectivité demeurerait lettre morte si les auteurs de comportements interdits pouvaient bénéficier des

<sup>36</sup> G. Fasquelle et Mesa, art. cit.

<sup>37</sup> Point 2-3.

<sup>38</sup> Rapport Parlement Européen 2004/2009, du 10/04/2007, AG – 0133/2007.

*avantages du marché ou jouir de l'immunité de fait de leur infraction en raison d'obstacles à l'engagement de leur responsabilité plénière (sic)...*<sup>39</sup>. Cette analyse ne peut qu'étonner car elle fait totalement l'impasse sur la répression exercée dans le cadre des actions engagées par l'Autorité Publique, et donc sur l'effet dissuasif découlant du risque d'amendes très importantes encourues par l'auteur de pratiques anticoncurrentielles sans parler même des risques personnels des personnes physiques (sanctions pénales, sanctions disciplinaires au sein de l'entreprise)<sup>40</sup>. L'affirmation de la Proposition parlementaire étonne d'autant plus que celle-ci rappelle par ailleurs que *"c'est l'action publique qui a joué le rôle de premier plan dans le traitement des comportements anticoncurrentiels..."*<sup>41</sup>. Est-ce à dire qu'elle ne devrait plus le jouer<sup>42</sup>.

40. En réalité on semble raisonner comme si l'on se trouvait aux Etats-Unis, où les sanctions proprement *"administratives, n'existent pas* et où, de ce fait, 90 % de la *"répression des ententes"* est le fait des actions en responsabilité civile.

Au contraire en Europe et notamment en France, comme le rappelle le Conseil de la Concurrence, *"...A la différence des Etats-Unis, la mise en œuvre de la répression des pratiques anticoncurrentielles est confiée à titre principal, en Europe à des autorités spécialisées dotées d'un pouvoir de sanctions administratives (action publique)"*<sup>43</sup>. Bien mieux, il est constant que l'action publique devient précisément de plus en plus efficace notamment pour les ententes horizontales pour lesquelles il est suggéré dans le cadre de l'action privée, des réparations *"punitives"*. La répression *"publique"* des cartels n'a fait que s'accroître ces derniers temps, d'une part du fait de l'aggravation considérable des amendes, surtout pour ce type d'ententes et d'autre part, en raison de l'amélioration spectaculaire de leur détection, en particulier par les procédures de *"clémence"* incitant à la dénonciation des cartels occultes.

41. S'agissant de l'aggravation des amendes, on rappellera que récemment la Commission a infligé, en matière d'entente une amende individuelle atteignant la somme considérable de 480 millions d'euros. (Thyssen Krupp, affaire des ascensoristes) soit une amende analogue à celle infligée à Microsoft (abus de position dominante dans le cadre d'un quasi monopole mondial) et, pour l'ensemble des entreprises de ce cartel, près d'1 milliard d'euros ont été infligés ! Seulement depuis le 1<sup>er</sup> janvier de cette année, près de 2 milliards d'euros d'amendes ont été prononcés par la Commission pour des cartels.

En France, tout le monde a en tête l'amende qualifiée par la Presse d'*"historique"* de plus d'un demi milliard d'euros infligée par le Conseil de la Concurrence aux trois opérateurs de téléphonie mobile.

<sup>39</sup> Point 1.

<sup>40</sup> Ainsi dans l'affaire 07-D-02, Déchets de Seine Maritime, une entreprise a cherché à atténuer la sanction en arguant de ce que les salariés coupables avaient été licenciés.

<sup>41</sup> Exposé des motifs, n° 3.

<sup>42</sup> Cette même tendance à l'*"isolation"* du problème de la responsabilité civile se vérifie en doctrine (v. par ex. Fasquelle et Mesa), art. cit.

<sup>43</sup> Avis du 21 septembre 2006, point 1.

On notera au surplus que le montant des amendes infligées au cours de l'année tend à devenir, pour les Autorités de Concurrence, le signe d'une "bonne" (ou mauvaise) année.

Bien évidemment ces amendes sont calculées de telle manière qu'elles aient par elles-mêmes un "caractère dissuasif suffisant".

42. Ainsi les nouvelles lignes directrices de la Commission du 1/9/2006 sur le calcul des amendes<sup>44</sup>, qui ont considérablement aggravé celles-ci, déclarent que les amendes doivent être fixées "... à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement en vue de sanctionner les entreprises en cause (effet dissuasif spécifique) mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 du traité ou de continuer de tels comportements (effet dissuasif général)<sup>45</sup>. Ce n'est donc pas un effet dissuasif qui est recherché, mais deux. Ceux-ci ne doivent pas être oubliés quand l'on s'interroge sur l'effet dissuasif "suffisant" des dommages et intérêts en "réparation" du préjudice.

Pour assurer ce double effet dissuasif, les nouvelles règles de calcul des amendes prévoient, que le "montant de base" de celle-ci peut aller jusqu'à 30% des ventes concernées, ce montant étant multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction. Il est par ailleurs à noter qu'un sort particulier est réservé précisément aux ententes horizontales, puisque pour elles, indépendamment de toute durée, la Commission "inclura dans le montant de base une somme comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes". C'est ce que l'on qualifie gracieusement de "droit d'entrée..."<sup>46</sup>.

Ce montant total (déjà donc un multiple du montant de base) est ensuite doublé en cas de récidive.

43. Il n'est donc pas possible d'analyser la nécessité de l'effet "dissuasif" des dommages et intérêts sans prendre en compte le fait que la "dissuasion" et la répression particulièrement sévères aujourd'hui, dépendent au premier chef de l'action publique, dont les moyens ont été encore étendus, y compris pour la détection des ententes les plus occultes.
44. En effet, aux moyens de détection classiques (enquêtes, visites et saisies...), qui ont été encore renforcés par le Règlement n° 2/2003 (avec par exemple, la possibilité de visites domiciliaires), il faut ajouter deux éléments nouveaux qui ont profondément modifié la mise en œuvre des règles de concurrence favorisant leur répression : la procédure dite de "clémence", et la constitution du "réseau des Autorités Nationales".

<sup>44</sup> JOUE, 1/9/2006.

<sup>45</sup> Lignes Directrices, exposé des motifs, considérant 4.

<sup>46</sup> Communiqué de Presse de la Commission du 18 juin 2006.



- i) La clémence, qui permet à tout participant à une entente qui la dénonce, de bénéficier d'une immunité totale, est un instrument de détection des ententes les plus occultes qui prouve tous les jours son efficacité. Les Autorités s'en félicitent et ne cessent d'adapter d'ailleurs le système pour le rendre toujours plus efficace (voir par exemple, le nouveau Communiqué de procédure du Conseil de la Concurrence du 17 avril dernier, alors que le précédent en date du 11 avril 2006 n'avait à peine qu'une année...).
- ii) Par ailleurs grâce à l'institution du "réseau des Autorités Nationales de Concurrence", on a établi une information réciproque systématique de ces Autorités et de la Commission pour toutes les affaires relevant des articles 81 et 82 CE et une coopération entre elles pour la collecte de leurs preuves. C'est là aussi un puissant et nouvel instrument d'application du droit communautaire de la Concurrence, favorisant la répression et donc forcément "*la dissuasion*".
45. Il peut paraître, dans ces conditions assez paradoxal de raisonner à propos des actions privées comme si ces puissants moyens d'action n'existaient pas. Ceci ne signifie évidemment pas que, comme par le passé, il faudrait s'en tenir au seul "*pilier public*". Encore une fois le "*pilier privé*" doit venir compléter et conforter l'action publique comme l'exige la Cour de Justice. Le rapport entre action publique et action privée n'est pas un rapport de substitution, mais de complément. Pour autant l'on ne peut pas raisonner sur les réformes à apporter éventuellement aux règles de procédure relatives aux actions privées, sans méconnaître le contexte "*public*" qui caractérise le droit européen et national par opposition à la situation prévalant notamment aux USA.
46. Cependant, l'on ne manquera pas d'objecter que l'action privée n'est pas nécessairement précédée ou accompagnée d'une action publique et qu'il donc faut aussi prendre en considération le fait que dans nombre de cas, l'action privée est appelée à intervenir, de manière autonome. Précisément, le développement de ces actions autonomes en responsabilité peut être légitimement souhaité pour permettre à l'action publique d'être plus sélective, de mieux allouer ses ressources en s'attachant de préférence aux pratiques les plus graves ou les plus significatives pour la politique de concurrence<sup>47</sup>. Proposition de Résolution du P.E....). Force est d'admettre alors que, dans ce cas, par hypothèse l'effet "*dissuasif*" ne dépend que de la condamnation à dommages et intérêts. C'est là sans doute un argument fort en faveur d'une conception extensive de la "*réparation*".
47. De ce fait certains préconisent dans ces conditions, de réserver les dommages et intérêts de type "*punitifs*" aux cas d'actions autonomes, ce qui suppose notamment une liberté laissée au Juge, pour fixer des dommages et intérêts punitifs en fonctions des circonstances, comme le prévoit précisément le "*Livre Vert*" (-comme

---

<sup>47</sup> cf. "*Livre Vert*" précité.

le Rapport Catala-) qui prévoit à titre d'option que les dommages doublés soient laissés à la discrétion du Juge<sup>48</sup>. Celui-ci, en l'absence d'action publique parallèle pourrait, donc, prononcer des dommages-intérêts "*punitifs*".

48. Mais la solution pose plus de problèmes qu'elle n'en résout et surtout l'intérêt pratique peut en paraître limité. Tout d'abord il peut paraître choquant que pour un même type d'infraction et pour un préjudice similaires, les victimes se voient allouer des dommages et intérêts plus ou moins importants selon des circonstances procédurales différentes, et précisément selon que l'entente ferait ou non par ailleurs l'objet d'une procédure administrative. On ne voit pas la compatibilité d'un tel système avec les principes régissant notre droit. Par ailleurs, que se passerait-il si, après le jugement de condamnation à dommages et intérêts doubles par exemple l'entente faisait l'objet d'une procédure devant l'Autorité de Concurrence (le délai de prescription pour ces poursuites est de 5 ans...)?
49. En réalité, l'argument tiré des "*actions autonomes*" n'a sans doute qu'une portée pratique limitée. En effet, pour les comportements susceptibles de donner lieu aux dommages et intérêts punitifs, à savoir les ententes horizontales "*les plus graves*", on peut penser que dans la plupart sinon la totalité des cas, l'action en responsabilité suivra la condamnation par l'Autorité. En effet, d'une part, au plan des preuves, s'agissant par l'hypothèse d'ententes occultes et quelles que soient les améliorations éventuellement apportées au régime de la preuve pour les actions "*privées*", l'Autorité Publique sera toujours mieux placée, surtout en présence d'une demande de clémence qui facilite considérablement la tâche de l'Autorité. Or ce sont ces pratiques qui intéresseront toujours en priorité les Autorités de Concurrence, même si celles-ci se montrent sélectives. La lutte contre les Cartels constitue ainsi la priorité affichée par la Commission<sup>49</sup>.
50. Ainsi les propositions spécifiquement "*dissuasives*" ou "*répressives*" telles que celles relatives aux dommages et intérêts doubles, ou la référence au gain illicite, ne trouvent-elles pas en pratique de justification totalement convaincante, compte tenu de la situation particulière en Europe, et spécialement en France. Ceci autorise à limiter la finalité de la "réparation" par l'action privée à ce qui est son objet propre : l'indemnisation du préjudice réellement subi, indemnisation bien entendu intégrale.

La position du Juge Communautaire est loin de contredire cette conclusion.

## 2. La position du Juge communautaire autorise l'approche prudente, "*compensatrice*"

<sup>48</sup> cf. en ce sens Chagny, art. cit.

<sup>49</sup> Voir le site internet de la Commission et encore la déclaration de Mme Kroes après les récentes condamnations dans l'entente de la bière aux Pays Bas.

51. Cette position exprimée en dernier lieu dans l'arrêt MANFREDI<sup>50</sup> est nuancée mais claire.

52. 1. Tout d'abord, la CJCE, confirmant sa jurisprudence *COURAGE*<sup>51</sup> sur le rôle essentiel joué par les actions privées pour garantir l'efficacité des règles de concurrence, exige un minimum :

*"toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE"*<sup>52</sup>.

L'affirmation est on ne peut plus orthodoxe dans son principe.

2. S'agissant du régime de l'action en réparation, "*à défaut de réglementation communautaire*" la Cour renvoie aux droits nationaux, (principe d'autonomie procédurale) mais pour autant que les principes d'"*équivalence*" et d'"*effectivité*" sont respectés. C'est donc le droit national qui doit fixer en particulier le contenu des notions de "*dommage*" et de "*lien de causalité*".

3. S'agissant du "*dommage*", la Cour établit cependant encore un minimum, au nom du principe d'"*effectivité*": la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du "*dommage réel (damnum emergens) mais également du manque à gagner (lucrum cessans) ainsi que le paiement d'intérêts*"<sup>53</sup>.

4. Peut-on aller plus loin et condamner en outre à des dommages "*punitifs*"? La Cour renvoie à nouveau sur ce point capital au droit des Etats membres, avec une double indication :

a) L'Etat membre doit respecter le principe d'"*équivalence*": c'est-à-dire qu'il doit appliquer de tels dommages punitifs si ceux-ci sont prévus pour les pratiques analogues en droit interne "*... conformément au principe d'équivalence (...) des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, doivent pouvoir être alloués dans le cadre des actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, s'ils peuvent l'être dans le cadre d'actions semblables fondées en droit interne...*"<sup>54</sup>.

b) Sous cette réserve, il est donc possible à tout l'Etat membre de refuser d'instaurer des dommages punitifs, dans la mesure où ils entraînent "*un enrichissement sans cause des ayants droits*".

*"Toutefois il est de jurisprudence constante que le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les juridictions*

<sup>50</sup> CJCE 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04.

<sup>51</sup> Supra note 4.

<sup>52</sup> Point 61.

<sup>53</sup> Point 95.

<sup>54</sup> Point 93.

*nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un "enrichissement sans cause des ayants droits"<sup>55</sup>.*

53. Ainsi la Cour admet que sans affecter l'effet utile ou le principe d'effectivité, les Etats membres peuvent se limiter à la stricte (mais intégrale) réparation du préjudice réellement subi.
54. La Cour de Justice assure en quelque sorte le service minimum en veillant à ce que la "réparation" porte au moins sur le préjudice, mais la totalité du préjudice entendu comme la "perte réelle" et le manque à gagner.

On doit constater qu'en même temps, cette jurisprudence ébranle certains fondements des thèses extensives de la réparation. En effet, en limitant son exigence au nom du principe d'effectivité, à la réparation du préjudice réellement subi, la Cour considère que l'efficacité du droit communautaire de la concurrence n'exige pas l'instauration de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs et plus généralement toute solution qui conduirait à aller au-delà de la simple réparation du préjudice réellement subi (perte et manque à gagner).

En outre, la référence répétée au "*lien de causalité*" conforte cette position prudente, sinon réservée, du Juge Communautaire.

55. En conclusion, rien n'oblige, en France, comme au plan de l'Union Européenne, que ce soit en droit ou même en opportunité, à adopter une notion de "réparation" allant au-delà de la conception traditionnelle de la compensation du préjudice réellement subi et conduisant par exemple à des doubles dommages, ou à la prise en considération du gain illicite du moins si celui-ci dépasse le préjudice subi.

En revanche, la référence au principe d'"*effectivité*" conforte l'exigence d'un régime procédural des actions privées assurant l'effectivité des actions en réparation, ce qui conduit certainement à modifier certaines règles procédurales actuelles, afin de desserrer les freins qui bloquent aujourd'hui en pratique la réparation complète et effective du préjudice économique résultant des pratiques anticoncurrentielles.

---

<sup>55</sup> Point 94.

## II-/ ... Un impératif catégorique : l'effectivité de la réparation

56. La jurisprudence communautaire, confirme donc qu'il faut faire en sorte que la réparation intégrale du préjudice soit effective. C'est à l'aune de cette exigence qu'il faut examiner le régime procédural de la "*réparation du préjudice économique*".

Cette effectivité exige que l'on se penche aussi bien sur les modalités procédurales de l'action en réparation (A) que sur les difficultés d'identification et d'évaluation du préjudice lui-même (B).

### A/ Modalités procédurales de l'action en réparation

57. Dans le cadre de cet exposé limité, il n'est pas question bien sûr d'embrasser dans sa totalité la problématique des obstacles procéduraux aux actions en réparation du préjudice économique en matière de droit de la concurrence. Certains de ces obstacles seront évoqués (rapidement) à propos de l'évaluation du préjudice (problème des preuves, des coûts...) <sup>56</sup>. On ne retiendra donc ici que quelques points sur lesquels, à conditions d'en avoir la volonté politique, l'on devrait pouvoir agir rapidement pour garantir l'effectivité de la "*réparation*", à savoir :

- a) L'effet d'une décision antérieure des Autorités de concurrence,
- b) La coopération avec les Autorités Nationales des autres Etats membres,
- c) Les actions "*collectives*" ou "*de groupe*".

#### a) Effet d'une décision administrative antérieure

58. Le Juge doit-il être tenu par une décision antérieure de l'Autorité de Concurrence ? La réponse affirmative s'impose pour les décisions Communautaires : l'article 16 du Règlement 1/2003 a confirmé l'effet obligatoire des décisions de la Commission à l'égard des juridictions nationales, confirmant la jurisprudence antérieure <sup>57</sup>. Le texte dispose même que les juges nationaux "*doivent éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure engagée par la Commission...*".
59. En revanche, en droit positif français, en tant que simples actes de nature administrative, les décisions du Conseil de la Concurrence, et a fortiori des Autorités des autres Etats membres, ne disposent pas, à l'égard des juridictions, d'une autorité de chose "*décidée*" <sup>58</sup>. En théorie la juridiction nationale peut donc adopter une solution contraire à la décision déjà rendue pour les mêmes faits par le

<sup>56</sup> Voir aussi l'exposé de Me C. Canenbley.

<sup>57</sup> Walt Willhelm 13 fév. 1969, aff. 14/68 ; Delimitis C-234/89, 28/12/91, Master Foods, 14/12/2000 C.344/98.

<sup>58</sup> M. Chagny, et autres LIDC, Rapport prec.

Conseil de la Concurrence. A priori, ceci peut paraître constituer un grave handicap pour l'action privée puisqu'il faudra éventuellement plaider à nouveau aussi bien sur la faute que sur le préjudice et le lien de causalité ce qui est cause non seulement de risque de contradiction décisionnelle, mais aussi de perte de temps et d'argent.

60. Mais la question se pose de savoir si cette objection n'est pas largement théorique, du moins si l'entreprise défenderesse a pu effectivement se défendre devant l'Autorité qui a rendu la décision. En effet, le juge de droit commun, même désormais spécialisé, ne pourra qu'être fortement influencé par la décision rendue par l'Autorité spécialement compétente après une enquête et une instruction menées avec les moyens exceptionnels dont dispose l'Autorité publique. Un bon exemple de cette force probatoire particulière à défaut de réelle "*autorité de chose décidée*", peut en être trouvé dans l'affaire GIAT/Usines Merger<sup>59</sup>: dans cette affaire d'abus de position dominante, le Tribunal de Versailles saisi d'une action en responsabilité civile avait sursis à statuer pour saisir pour avis, le Conseil de la Concurrence<sup>60</sup>. Lorsque cet avis fut rendu<sup>61</sup>, qui constatait l'absence d'abus de position dominante, la partie demanderesse elle-même renonça à plaider sur ce fondement, n'osant pas solliciter du Tribunal un jugement qui irait à l'encontre de ce simple avis du Conseil de la Concurrence et chercha plutôt à fonder sa demande d'indemnisation sur un autre fondement juridique, la concurrence déloyale<sup>62</sup>. La "*force*" de ce qui n'était qu'un simple avis, donne une idée de ce que peut être celle d'une véritable décision.
61. A l'étranger, et notamment en Allemagne depuis une loi du 1er juillet 2005, comme l'explique C. Canenbley, désormais les juges sont liés par toute décision définitive rendue non seulement par l'Autorité Nationale mais même par les Autorités des autres Etats membres de l'Union Européenne. Cette solution est audacieuse, et le "*Livre Vert*" de la Commission suggère de l'étendre à tous les Etats membre (option 8), proposant à titre de solution alternative le renversement de la charge de la preuve, si la demanderesse se prévaut d'une telle décision antérieure.
62. Dans la mesure où les juges sont déjà liés par les décisions communautaires et surtout où, en cas de recours, la Cour d'appel, qui est une juridiction même si son intervention est ici particulière et surtout qui depuis la "*spécialisation*" est aussi la seule compétente pour les appels en la matière, le contrôle de la décision est effectuée par<sup>63</sup>, il peut paraître raisonnable d'étendre l'autorité de chose décidée aux décisions définitives du Conseil de la Concurrence et même à celle des Autorités concurrence des autres Etats membres, du moins sous certaines conditions.

<sup>59</sup> C.A. Versailles 9 avril 2004 et 25 novembre 2004.

<sup>60</sup> T. com. Versailles (3<sup>ème</sup> ch.) 16 fév. 2001.

<sup>61</sup> Avis 03-A-12 du 15 juillet 2003.

<sup>62</sup> Mal lui en prit d'ailleurs. La Cour de Cassation a considéré que, n'ayant pas contesté les faits au titre d'un abus de position dominante, le demandeur qui invoquait une faute de "*concurrence déloyale*" n'établissait pas celle-ci.

<sup>63</sup> Effet de la spécialisation.

- i- Le défendeur doit avoir été partie à la procédure administrative et s'être défendu sur le fond des griefs,
- ii- Ceci exclut donc que le juge soit lié par toute décision rendue suite à une procédure d'"engagements" et même de "transactions"; puisque dans ces cas il n'y a pas, par hypothèse, de débat contradictoire sur la matérialité des faits litigieux.
- iii- La décision devra bien entendu être définitive.
- iv- Enfin, la défendeur doit pouvoir être totalement libre de discuter à nouveau devant le juge la question des effets dommageables de la pratique, dans le cadre de la discussion sur le préjudice individuel, débat par nature étranger à la procédure devant le Conseil de la Concurrence.

b) L'amélioration de la coopération entre les Juridictions nationales et les Autorités de Concurrence

63. Une coopération étroite est organisée par le Règlement 1/2003 entre les juges nationaux et la Commission Européenne<sup>64</sup>. Le Juge peut ainsi solliciter de la Commission des informations en sa possession ou même un avis, et la Commission peut, en tant qu'"amicus curiae" intervenir devant lui, même d'office, par observations écrites, ou, avec l'autorisation de la juridiction (dont on voit mal comment elle pourrait la refuser), orales. De même, selon le même Règlement, l'Autorité nationale, en France le Conseil de la Concurrence peut intervenir de la même manière par observations écrites et orales.
64. Par ailleurs, le Code de Commerce (art. L 462-3) prévoit la possibilité pour le juge de solliciter un avis du Conseil de la Concurrence et, à cette occasion le Conseil peut engager les analyses qu'il juge nécessaires pour rendre l'avis sollicité même si les points ainsi examinés ne sont pas prévus dans la demande d'avis<sup>65</sup>.
65. En revanche, aucune coopération similaire n'est prévue par le Règlement 1/2003 entre les juges et les Autorités d'autres Etats membres, ce qui peut être gênant dans les cas d'ententes intéressant plusieurs pays. Cette timidité peut se discuter. Dans la logique du Réseau des Autorités de Concurrence, ne faudrait-il pas admettre la possibilité pour le juge national de bénéficier aussi, éventuellement, de la "coopération" (avis, observations écrites ou orales) des Autorités des autres Etats membres, ne serait-ce que par le biais de l'Autorité Nationale comme il en bénéficie de la part de la Concurrence ?<sup>66</sup> Il conviendrait cependant de veiller au caractère

<sup>64</sup> Art. 15.

<sup>65</sup> Affaire UGAP/CAMIF.

<sup>66</sup> En ce sens Chagny et autres, LIDC, p. 9.

contradictoire de la procédure d'avis, à l'image de ce qui est prévu devant le Conseil de la Concurrence, et ceci même si étrangement, et de manière fort critiquable, une telle procédure n'est pas prévue pour l'avis de la Commission dans sa fonction d' "*amicus curiae*".

c) L' "*action de groupe*" ou "*action collective*"<sup>67</sup>

66. Deux constats préliminaires s'imposent : il est tout d'abord indiscutable qu'en application du principe d'*effectivité*, il soit permis aux consommateurs d'obtenir réparation du préjudice subi, même s'il est faible dans la mesure où ce préjudice répond aux exigences de notre droit de la responsabilité civile (préjudice direct et certain). Or il semblerait que la solution offerte en France actuellement, l' "*action en représentation conjointe*", soit inefficace à cet égard. En 10 ans, seulement cinq actions de ce type ont été recensées<sup>68</sup>.
67. Pour autant comme l'écrit le Conseil de la Concurrence, l' "*introduction d'une forme d'action en réparation de préjudices de masse, autrement nommée*" action de groupe, "*action collective*", ou "*class action*" en référence au droit américain, qui consiste à intenter une action au nom d'un Groupe de victimes ayant subi un préjudice similaire, afin d'obtenir collectivement réparation du préjudice subi, est une question controversée" (Avis 21/12/2006, n° 8). C'est le moins que l'on puisse dire. Pour avoir une vue simple de cet controverse il suffit de lire les contributions annexes au Rapport du Groupe de Travail rendu sous l'égide de la DGCCRF en décembre 2005, ou celles relatives au "*Livre Vert*".
68. Les hésitations sont en effet légitimes, au regard en particulier des dérives connues aux USA et stigmatisées aux Etats Unis eux-mêmes, comme le montre l'American Bar Association (Section "*antitrust*" et Section "*International Law*") dans sa réponse au "*Livre Vert*" de la Commission (ci-après "*ABA*"). Cette association d'avocats américains relève les dérives des "*class actions*" aux USA, et dont sont responsables, entre autres, certains avocats eux-mêmes dérives qui conduisent à

<sup>67</sup> Sur ce point aussi, la littérature ou documents sont fort nombreux. On ne peut pas tous les citer. Voir en particulier : DGCCRF, Rapport sur l'action de Groupe – Groupe de Travail présidé par G. Cerruti et M. Guillaume, remis le 16 décembre 2005.

Conseil de la Concurrence :

- Avis du 21 septembre 2006, relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles ;
- Projet de loi en faveur des consommateurs, art. 12 ("*action de groupe*") ;
- B. Lasserre (entretien avec) Introduire l'action collective pour renforcer l'action du Conseil de la Concurrence, P.A., 25 juillet 2005 ;
- J.C. Bermond, L'introduction en droit français de la concurrence des actions de groupe : le début est-il franco-français ou franco-européen, RDAC, n° 1, 2007 ;
- M. Chagny, L'action de groupe vue par le Conseil de la Concurrence : oui, mais..., Rev. Lamy, janv./mars 2007, p. 59 ;
- J.C. Makendir, La "*class action*" rétablit l'égalité entre consommateurs et entreprises, La Tribune, 11 janv. 2007 ;
- Toute contribution au "*Livre Vert de la Concurrence*", et notamment celle de l'American Bar Association ;
- Voir toute la littérature citée par Me Canenbley ;
- En dernier lieu : Tefft. W. Smith et Sarretta C. Mc Donough, U.S. Antitrust Class Actions : Lessons for Europe, March 7, 2007, Colloque Bruxelles 8 mars 2007, cité supra note 1.

<sup>68</sup> Rapport DGCCRF préc., p. 24.



annihiler en pratique les avantages théoriques de ce type d'action, en entraînant un coût excessif et injustifié tant pour les entreprises que pour l'Economie elle-même.

69. Le risque principal, vérifié aux E.U. est celui de voir les entreprises défenderesses, sous la pression d'actions de Groupe souvent fortement médiatisées, conduites à transiger au plus vite et aux pires conditions même si leur responsabilité est loin d'être pas établie, et ce, compte tenu des risques encourus au vu de la taille du "*Groupe*" au nom duquel est présentée l'action par des avocats qui recherchent leur profit personnel bien avant celui des "*victimes*"<sup>69</sup>. Ce risque tient notamment (mais pas seulement) au fait que le système américain est fondé sur le système de l'"*opt out*" et non sur l'"*opt in*": le demandeur agit au nom d'un "*Groupe*", qui doit être caractérisé sans doute (sous le contrôle du juge), mais dont les membres n'ont pas à être individualisés. Toute personne entrant dans la définition du "*Groupe*" est donc automatiquement représentée, et, en principe bénéficiaire de la décision rendue en faveur du Groupe, (qui la lie) à moins qu'elle déclare s'en retirer. (option d'exclusion, ou "*opt out*").
70. En Europe, et spécialement dans le cadre du "*Livre Vert*", un point fait l'unanimité et c'est sans doute le seul: il est hors de question de transposer purement et simplement le régime américain des "*class action*". De là à en conclure que le système, dans son principe même, doit être rejeté, il y a une marge dont le franchissement est discutable car d'autres modèles que le modèle made in USA existent: notamment au Canada, tant au plan Fédéral que dans certaines provinces, dont le Québec, et en Europe, elle-même, en Angleterre (et au Pays de Galles), en Suède et au Portugal. Ces pays, qui n'ont pas transposé la "*class action*" américaine, ont en réalité développé leur propre modèle qui s'éloigne plus ou moins du modèle américain.
71. On sait qu'en France, un projet de loi vient d'avorter il y a quelques mois. Il prévoyait que l'introduction d'une "*action de Groupe*", était ouverte aux associations de consommateurs agréées, pour les litiges d'un montant inférieur à 2.000 €. Mais il faut toute de suite en rappeler la particularité pour ce qui nous concerne ici: ce projet ne concernait pas les pratiques anticoncurrentielles.
72. Même si nous nous trouvons aujourd'hui en pleine période électorale, on peut présumer que le sujet sera repris dans le cadre de la nouvelle Assemblée Nationale. Il convient de rappeler que, selon un récent sondage, 84 % des français se déclareraient favorables à l'instauration des actions de Groupe en droit français<sup>70</sup>.
73. C'est que, dans le principe, du moins en théorie, les actions de Groupe peuvent présenter des avantages aussi bien pour les demandeurs que pour le défendeur.

<sup>69</sup> ABA p. 47.

<sup>70</sup> Sondage CSA, pour UFC-Que Choisir et Association Consommateurs, logement et cadre de vie (CLCV), La Tribune, 5 août 2007.

74. Pour les demandeurs, ils permettent aux consommateurs victimes de pratiques fautives d'accéder à la réparation même si le dommage est diffus et de relatif faible montant individuel. Sans une telle possibilité d'action collective, on peut penser que ce préjudice ne serait jamais réparé<sup>71</sup>. Pour le défendeur, et c'est là la justification première des "*class actions*", l'action de groupe présente l'avantage de lui éviter une multitude de procédures similaires distinctes, avec les coûts associés et les risques de décisions contradictoires.
75. Même si une vive opposition se manifeste sur l'idée même de l'introduction d'une action de groupe en France en quelque domaine que ce soit<sup>72</sup>. Il semble qu'un puissant mouvement pour l'adoption d'une action de Groupe se manifeste en France<sup>73</sup>, auquel les opposants auront sans doute du mal à résister longtemps, surtout si d'autres Etats membres l'adoptent comme certains ont commencé à le faire.
76. Cependant l'opportunité d'une telle introduction en droit de la Concurrence mérite une interrogation spécifique. On sait que le Projet de Loi avait finalement opté pour la négative allant au-delà des simples réserves du Groupe de Travail. (p. 37). Celui-ci rappelait les "*difficultés juridiques et pratiques [qui] ont été soulignées par le Président du Conseil de la Concurrence quant à la mise en œuvre d'une action de groupe reposant sur un tel fondement*". Le Rapport évoquait le caractère "*technique*" de ce contentieux qui nécessite une expertise particulière et repose sur des règles de preuves rigoureuses ainsi que la difficulté de "*quantification du dommage*" causé par les pratiques anticoncurrentielles.

A priori, cependant ces objections peuvent ne pas convaincre dans la mesure où elles sont propres à toute action "*privée*" dans ce domaine du droit de la concurrence, qu'elle soit collective ou individuelle.

En réalité, il existe bien des questions plus spécifiques aux actions en droit de la concurrence et en particulier les questions relatives à l'"*articulation*" entre l'action publique menée devant le Conseil et l'action privée, dont relève l'action de groupe. On retrouve, une fois encore, le "*dualisme*" de l'application du droit de la concurrence. Parmi ces problèmes, il y a en particulier celui de la "*clémence*" dont l'effet pratique peut être affecté par des actions de Groupe largement ouvertes. Ce sont ces difficultés qui ont été mises en avant par le président du Conseil de la Concurrence lui-même devant le Groupe de travail, avant que ces difficultés ne soient reprises par le Conseil lui-même dans son avis du 21 septembre 2006. Mais le

<sup>71</sup> Bien que les actions aujourd'hui menées par UFC-Que Choisir contre les opérateurs de téléphonies mobile, qui sont toutes regroupées devant le Tribunal de Commerce de Paris, prouvent que l'action n'est pas impossible en l'état actuel du droit, même si UFC-Que Choisir a cherché très médiatiquement à en montrer la lourdeur.

<sup>72</sup> cf. par exemple la contribution de l'AFEP, du MEDEF et la CCIP en annexe au Rapport DGCCRF de Travail présidé par Mr. Cerruti, précité.

<sup>73</sup> Voir notamment les prises de position des candidats à l'élection présidentielle et notamment des deux finalistes, dont aucun ne récuse le principe (Les Echos, 5 avril 2007) mais surtout celles du Conseil de la Concurrence et des plus hauts magistrats : MM. Canivet et Magendie, prec., sans parler des Associations de consommateurs qui sont vent debout sur cette question.

Conseil, pour autant, et contrairement au Projet de loi, admettait le principe de l'introduction d'une "*action de groupe*" pour les pratiques anticoncurrentielles.

77. Ce sont aussi et peut être surtout les modalités d'une action de groupe qui font débat car il est légitime de s'inquiéter -non sans quelque raison au vu de l'exemple américain- de ce que des modalités trop laxistes et une ouverture trop large, n'entraînent des dérives et des excès qui ne pourraient qu'être préjudiciables à l'Economie, au détriment donc des consommateurs eux-mêmes. On évoque toujours le risque de "*judiciarisation*" de la vie économique, et de "*chantage judiciaire*"<sup>74</sup>.

De nombreuses questions se posent en effet sur ces modalités et sont notamment évoquées par le Rapport précité. Mais la principale en réalité est celle du choix entre le système dit "*opt in*" ou "*opt out*", auquel on doit rattacher la question de la publicité de l'action collective.

#### 1. La détermination du "groupe": "opt in" ou "opt out"?

78. Le système de l'"*opt out*", en vigueur aux USA et au Canada mais aussi au Portugal, permet au représentant de mener l'action au nom d'un "*groupe*" de personnes qui n'ont pas besoin d'être identifiées personnellement. Si une personne entend ne pas être représentée, elle doit le déclarer. Ce système est préconisé en France par les plus ardents défenseurs des actions de groupe<sup>75</sup>. En revanche selon le système de l'"*opt in*", le "*Groupe*" ne serait constitué que des victimes prétendues qui se seraient manifestées ; ce qui suppose donc qu'elles doivent être préalablement informées. Ce système est retenu en Suède et en Angleterre et est préconisé même par certaines Associations de Consommateurs<sup>76</sup>.
79. Le système de l'"*opt out*" paraît difficilement acceptable dans notre système juridique, et sa nécessité ne semble pas s'imposer.
80. D'une part le respect légitime des droits de la défense, qui semblent bien souvent oubliés, bien qu'ils constituent un principe général tant de droit communautaire que national, exige d'une part, que l'action en responsabilité résulte d'un acte d'adhésion volontaire et en connaissance de cause de la partie à l'action et d'autre part que le défendeur puisse identifier la victime ne serait-ce que pour lui opposer éventuellement son propre fait ou même sa faute<sup>77</sup>. Autant, il convient de veiller à permettre au nom du principe d'effectivité, comme l'exige la Cour de Justice, à toute victime qui le désire, d'accéder à la réparation de son préjudice, autant on a du mal à comprendre, du moins au regard des finalités de la "*réparation*" du préjudice économique telles que précisées ci-dessus, pourquoi il faudrait admettre

<sup>74</sup> Rapport DGCCRF, p. 28.

<sup>75</sup> Voir par ex. UFC-Que Choisir, contribution, annexe au Rapport du Groupe de Travail.

<sup>76</sup> Voir par ex. Contribution de la CLCV sur le Rapport.

<sup>77</sup> Contribution de Me Lazarus, au nom du Conseil de l'Ordre de Paris. Rapport DGCCRF, annexe.

nécessairement qu'un tiers puisse réclamer réparation du préjudice soi-disant personnel, d'une personne qui n'exprime aucune intention à cette fin. D'autant que, même dans le système "opt out", il faut bien en définitive que les sommes allouées soient réparties entre les victimes, qui, de ce fait doivent se manifester au moins dans un second temps.

81. Un des inconvénients du système "opt out" est ainsi de voir le juge fixer un montant de dommages et intérêts sans connaître l'identité même des bénéficiaires éventuels ni même leur nombre exact. Compte tenu des victimes qui ne manifesteront jamais, même après jugement, les sommes allouées par le juge pourraient donc être supérieures à la somme des préjudices individuels des victimes réclamant effectivement la réparation. On se trouve donc à nouveau face à des "dommages punitifs".
82. Le système "opt in", serait donc plus logique et admissible. Il présente l'avantage de permettre au défendeur et au Juge d'apprécier la réalité du préjudice personnel et son lien de causalité avec la faute. Sans doute ce système est-il susceptible d'alourdir la procédure, mais on fait valoir à juste titre que l'on peut alléger –surtout grâce à internet- les formalités à cet égard. C'est ce point de vue qui était exprimé par le Premier Président de la Cour de Cassation, Mr. Canivet qui déclarait que *"l'option d'exclusion ("opt out") est trop éloignée de notre propre réflexe juridique voire dangereuse... D'autant que les moyens de communication (internet...) permettent de porter à la connaissance du public l'existence d'une action collective lancée par un juge afin de s'y associer..."*<sup>78</sup>

## 2. Le problème de la publicité

83. Quelle que soit le système choisi, se pose la question de la publicité nécessaire pour permettre soit l'adhésion soit l'exclusion du "groupe". C'est là une question sensible et les très importantes limitations à cet égard expliqueraient en grande partie l'absence, en pratique, d'action en responsabilité conjointe.

Les risques d'une telle publicité sont effectivement importants dans la mesure où notamment une campagne, menée par hypothèse avant toute condamnation, peut causer un important préjudice pour les entreprises, surtout si, in fine, elles doivent être innocentées. Par ailleurs se pose, notamment pour les avocats, la question de l'interdiction du "démarchage".

84. Il serait donc indispensable que cette publicité soit soigneusement encadrée par la loi et étroitement contrôlée par le juge qui statuerait sur l'admissibilité de l'action de groupe, phase initiale nécessaire de toute "class action", même aux Etats-Unis. Le système procédural évoqué par le Groupe de Travail réuni par M. Cerruti et le Projet de Loi réglait d'ailleurs ce problème en adoptant une action de groupe en

<sup>78</sup> La Tribune, 16 mai 2006.

deux phases distinctes sur le fond : avec une première phase véritablement collective de "*déclaration de responsabilité*", précédant une seconde phase de fixation, cette fois individuelle, des dommages et intérêts. Dans le premier jugement (susceptible d'appel) qui, contrairement aux "*class actions*", ne se bornerait pas à la "*recevabilité*" de l'action collective, le juge en reconnaissant éventuellement la responsabilité, fixerait les moyens de publicité adéquats pour appeler les "*victimes*" individuelles à réclamer leur dû. Ceux-ci interviendraient donc dans le deuxième temps procédural pour la fixation de la réparation individuelle.

85. S'agissant du droit de la concurrence, on pourrait précisément profiter de la dualité des actions publiques et privées. S'il fallait admettre une "*action de groupe*" dans ce domaine, celle-ci devrait sans doute être le plus souvent précédée par une décision de l'Autorité de Concurrence compétente<sup>79</sup>. Ce qui répond aux "*difficultés techniques*" et d'"*articulation*" avec l'action publique sus évoquées, et permet d'éviter toute dérive abusive, notamment au plan publicitaire. On rappelle que les associations de consommateurs sont habilitées à saisir le Conseil de la Concurrence (ainsi que la Commission Européenne), le Conseil notant d'ailleurs le relatif petit nombre de ces saisines (Avis préc.). Une "*publicité*", raisonnable et sérieusement encadrée après une telle condamnation pourrait s'envisager pour inciter les victimes à se manifester. Pourquoi dans ces conditions ne pas prévoir en droit de la concurrence une action de Groupe seulement en "*follow on*", c'est -à-dire après décision (définitive) de l'Autorité de Concurrence ? Ceci retarderait sans doute la réparation. Mais en évitant beaucoup des difficultés d'une action de groupe autonome mises en évidence par le Conseil de la Concurrence lui-même, un tel système permettrait plus aisément l'introduction de telles actions dans le domaine si technique et complexe du droit de la concurrence.
86. Ainsi entre les solutions extrêmes, tendant soit à refuser par principe toute modification sérieuse de l'état du droit en matière d'action collective, ou la solution dure de l'action de groupe "*opt out*", proche quoique l'on dise du droit américain, il y a sans doute place pour une action collective qui pourrait s'articuler harmonieusement avec l'action publique, et de ce fait éviter les dérives.

\*

\* \* \*

---

<sup>79</sup> Ainsi dans l'affaire du téléphone mobile, l'UFC-Que Choisir a attendu la décision du Conseil pour lancer son appel aux actions en responsabilité civile contre les opérateurs.

87. En conclusion, même si l'on doit retenir, ce qui est tout à fait conforme à la jurisprudence communautaire, une notion seulement "*compensatrice*" de la "*réparation*" du préjudice économique, en droit de la concurrence le principe d'effectivité exige une amélioration parfaitement envisageable en France, des règles procédurales et ce sans bouleversement excessif des principes fondant de manière constante notre droit de la responsabilité civile. Mais, le principe d'effectivité exige aussi et surtout, des avancées au plan du préjudice lui-même, qu'il s'agisse de son identification ou surtout de son évaluation.

B/ Le "préjudice économique" et l'effectivité de la réparation

88. L'établissement du préjudice, de son lien de causalité avec les pratiques anticoncurrentielles et enfin de son montant, dont la charge pèse sur le demandeur, s'avère en général particulièrement délicat et complexe dans les affaires de concurrence. Cette difficulté tient à la nature économique de l'acte illicite et *"la difficulté que suppose de reconstruire ce qui aurait été la situation du requérant en l'absence d'infraction"*<sup>80</sup>.
89. Or, comme le constatait avec regret et à juste titre le Premier Président Canivet, paradoxalement la partie *"préjudice"* du dossier soumise à la juridiction est souvent incomparablement plus faible que celle concernant la faute<sup>81</sup>. Ceci n'est d'ailleurs pas propre aux affaires de concurrence. Il est vrai que les demandeurs et leurs conseils peuvent aussi rendre le compliment au Juge dans la mesure où fréquemment la partie des décisions judiciaires affectée au préjudice est tout aussi peu étayée, sans que ceci explique nécessairement cela.
90. C'est pourquoi, comme ceci sera développé par d'autres intervenants, l'action première à mener sans doute pour asseoir l'effectivité de la réparation est celle qui doit conduire à une exigence minimale de motivation de la décision judiciaire sur la détermination et l'évaluation du préjudice, et qui pour cela devrait être contrôlée par la Cour de Cassation au moins quant à l'existence de cette motivation suffisante et à sa cohérence<sup>82</sup> car la difficulté est grande tant pour la détermination de la consistance du préjudice que pour son quantum.
91. S'agissant de la consistance du *"préjudice économique"*, on a vu que classiquement (pour nous français), le Cour de Justice énonce que celui-ci est composé tant de la perte subie (*"damnum emergens"*) que du manque à gagner (*"lucrum cessans"*). Nous n'ambitionnons pas ici d'examiner en détail cette question et ne pouvons que renvoyer à l'exposé de M. le Professeur Nussembaum qui a dirigé notre Groupe de Travail et à ses travaux antérieurs<sup>83</sup>.
92. Les "pertes" correspondent essentiellement aux surcoûts constitués par exemple par des frais d'études, commerciaux ou administratifs supplémentaires, inutilement engagés. C'est sans doute la tâche relativement la moins ardue pour le demandeur.

---

<sup>80</sup> Document de Travail annexe au *"Livre Vert"*, n° 125.

<sup>81</sup> Interview précitée

<sup>82</sup> Voir exposé de Mme Riffault Silk, MM. Matuchansky et Guyomar.

<sup>83</sup> Voir en particulier son article aux P.A. *"Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles"*, P.A. 20/1/2005, dans le cadre du colloque Université Paris I/DS, préc.". Voir aussi sur cette question, le *"Livre Vert"* et surtout le Rapport du Groupe de Travail, annexé.

En langue anglaise :

- Jonathan B. Baker : *Empirical Methods in Antitrust Litigation : Review and Critiques*, Am. Law and Economics Association, 1999

- J. Padilla, *Measuring Damages*, *Empirical Methods in Antitrust and IP Litigation* Madrid, 12 mars 2004.

Ce qui ne veut pas dire que ce soit sans difficulté : il faut prouver en effet que le surcoût est en relation de causalité directe avec la pratique litigieuse et n'aurait pas été subi même en l'absence de celle-ci. En revanche, les frais non spécifiques doivent être écartés<sup>84</sup>. Par ailleurs le surcoût devra lui-même être quantifié avec le maximum de précision : ainsi la Cour de Paris dans l'affaire Mors/Labinal a-t-elle écarté l'estimation du surcoût d'études calculé à partir d'un simple budget prévisionnel, car il n'était pas établi que les pratiques anticoncurrentielles étaient la seule cause du dépassement.

93. L'autre chef de préjudice au titre des "*surcoûts*" est le plus souvent lié au prix artificiellement élevé payé par la victime. Cette question soulève d'importantes difficultés : notamment il s'agit d'établir quel prix l'on aurait payé en l'absence de pratique anticoncurrentielle. A cet égard les cas peuvent être plus ou moins complexes, en particulier lorsque l'entente ne porte pas directement sur les prix (ex. : échanges de renseignements, objectif de stabilisation de parts de marché comme dans l'affaire du téléphone mobile). Il s'agit encore de reconstituer une histoire qui n'a pas eu lieu. C'est une appréciation essentiellement économique supposant une analyse fine du marché et de tous les facteurs qui, à côté de la concertation, ont pu aussi affecter les prix<sup>85</sup>.
94. S'agissant du "*manque à gagner*", il s'agira de toutes les pertes de marchés ou de clientèles mais aussi des pertes de chance de conquérir de nouvelles clientèles et parts de marché. Ici encore l'on évoque la situation existante par rapport à ce qu'aurait été, y compris pour l'avenir, celle de la victime<sup>86</sup>.
95. Sans envisager une fois de plus ici toutes les questions qui se posent, l'on retiendra d'abord quelques facteurs spécifiques à la problématique du préjudice en droit de la concurrence, en particulier de la relation avec le "*Dommage causé à l'Economie*" prise en compte par le Conseil de la concurrence pour la sanction pécuniaire (a) et la question propre aux hausses de prix, à savoir celle de la répercussion éventuelle de la hausse par l'acheteur direct, et que les anglo-saxons appellent la "*passing on defense*" (b) avant d'évoquer, forcément brièvement, les problèmes spécifiques de l'évaluation (c) :
- a) La relation au "*Dommage à l'économie*"
96. Comme pour infliger la sanction pécuniaire l'Autorité doit apprécier "*l'importance du dommage causé à l'économie*" (art. L 464.2 c. com.) dans quelle mesure le juge peut-il, au moins pour les actions privées consécutives à une décision du Conseil de la Concurrence, fixer le préjudice du demandeur à l'action privée en s'inspirant de cette décision ? La prudence s'impose. En effet, il n'y a pas identification entre le "*dommage à l'économie*" pris en compte pour la sanction pécuniaire et le

<sup>84</sup> Voir par ex : Mors/Labinal, Paris 30 sept. 1998.

<sup>85</sup> Voir l'article de M. Nussembaum précité.

<sup>86</sup> M. Nussembaum, prec. et notamment les affaires Mors/Labinal, UGAP/CAMIF.



"dommage économique" individuel des victimes car (1) les notions sont différentes et (2) la pratique décisionnelle est difficilement utilisable.

97. (1) Le "dommage à l'économie" tout d'abord ne se confond pas avec le "préjudice économique" subi par la victime, comme le Conseil le rappelle par exemple à propos des ententes sur les marchés publics :

*"Le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au jeu de la Concurrence"<sup>87</sup>.*

Selon le Conseil<sup>88</sup> qui prend l'exemple d'une hausse de prix résultant d'un cartel, le "dommage à l'économie" est constitué par la "perte du surplus du consommateur", qu'il définit comme d'une part la diminution des actes d'achat, qui elle-même dépend de l'élasticité aux prix et d'autre part la "spoliation" du fait que les consommateurs ont payé le produit plus cher qu'ils n'auraient dû<sup>89</sup>. Cette définition "économique" du dommage à l'économie pourrait laisser penser que ce dernier serait mesurable par l'Autorité de concurrence. Tel n'est pas le sens de la jurisprudence. En effet selon celle-ci "le dommage à l'économie" ne se limite pas nécessairement à "une perte objectivement mesurable et il faut tenir compte "au-delà de la perte de marge subie par les entreprises concurrentes évincées", du fait que la menace et la réalité de cette éviction auraient incontestablement affaibli la capacité concurrentielle des autres laboratoires"<sup>90</sup>.

98. (2) En réalité l'aide à rechercher dans les appréciations par les Autorités administratives du "dommage à l'économie" pour établir le préjudice individuel se heurte à deux obstacles liés à la motivation souvent imprécise des décisions sur ce point.

- En premier lieu selon le Conseil lui-même, il n'a pas à procéder à "une évaluation précise du niveau de ce dommage (à l'économie)"<sup>91</sup>. Ainsi dans l'affaire du téléphone mobile, pour ne prendre que cet exemple, non seulement il n'a pas procédé à une "évaluation précise", mais il a raisonné de manière hypothétique : il a retenu "le montant concerné par une évolution des prix de l'ensemble des opérateurs de 1% à 2% seulement – au bénéfice ou aux dépenses des consommateurs, selon qu'elle est à la hausse ou à la baisse". Ceci, on le voit, ne peut guère aider le juge saisi ultérieurement. Il est vrai que le Conseil était gêné dans cette affaire puisqu'aucune des deux pratiques (échanges d'informations sur les parts de marché, et "stabilisation" de celles-ci) ne portaient sur les prix.

<sup>87</sup> Cour d'appel de Paris 13/01/1998. Voir encore, par ex. Paris 7 mars 2006 (Route des Estuaires).

<sup>88</sup> Rapport Conseil de la Concurrence 2005 - Etudes thématiques.

<sup>89</sup> Rapport annuel du C.C., 2005, Etude Thématique, n° 119 et s.

<sup>90</sup> Paris 30 avril 2004, Novartis/Pharma.

<sup>91</sup> Rapport précité.

99. Cependant, le Conseil tend tout de même à se référer "*à divers éléments d'ordre quantitatif ou qualitatif*" de nature générale : il s'agira de la taille du marché et la part de ce marché affectée par les pratiques, l'ampleur de la réaction des prix et des quantités aux pratiques et la durée des pratiques"<sup>92</sup>. Il faut ici mettre en évidence le fait que parmi ces éléments intervient couramment la référence aux "profits" réalisés "par l'entreprise, auteur de la pratique"<sup>93</sup>.

Ceci est très intéressant car si on a vu qu'il est difficile de justifier la prise en compte du "*gain illicite*" pour évaluer le préjudice individuel, dans le cadre de l'action "*privée*" en "*réparation*", quand il ne correspond pas au préjudice réel, ce gain n'est donc pas négligé pour autant, car il peut entrer en jeu dans le cadre de l'action publique : il s'agit d'une nouvelle manifestation de la complémentarité des actions privées et publiques mais aussi de leurs différences.

100. En second lieu, l'utilisation du "*dommage à l'économie*" est délicate en raison de l'extrême diversité des décisions administratives sur cette question, si ce n'est une certaine confusion.

101. On relève à titre liminaire que le Conseil justifie son absence d'obligation d'évaluation précise du "*dommage à l'économie*" au motif que cette "*évaluation quantitative est très difficile à effectuer*"<sup>94</sup>. Sans doute. Mais s'il peut, se contenter d'une certaine approximation, dans la mesure où le but n'est pas de réparer "*le dommage à l'économie*", mais de tenir compte seulement de son "*importance*" pour fixer l'amende, le juge ultérieurement saisi d'une action en réparation, lui, doit nécessairement évaluer le préjudice individuel dont il ordonne la "*réparation*", et il doit le faire de manière la plus "*précise*" possible.

- En réalité cette souplesse dans la référence au "*dommage à l'économie*" conduit à une grande diversité des décisions sur cette question :

102. Tantôt l'on présume le "*dommage à l'économie*" et son importance à partir de la restriction de concurrence elle-même : "*le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie*"<sup>95</sup>. De même la Cour de Cassation a approuvé la Cour d'appel pour avoir, pour apprécier l'importance du "*dommage à l'économie*", relevé que la pratique d'éviction avait "*créé artificiellement une barrière à l'entrée sur le marché d'une entreprise concurrente et a eu une réelle influence sur l'intensité de la concurrence que pouvaient se faire ces deux sociétés...*"<sup>96</sup>. Le raisonnement rappelle celui qui est tenu en matière de concurrence déloyale. On peut encore citer par exemple l'arrêt de la Cour de Paris

<sup>92</sup> Rapport 2005 précité.

<sup>93</sup> Voir par exemple la décision 03-D-43 (affaire des bases d'annuaires téléphonique) ou encore l'arrêt "*Royal Canin*" du 4 avril 2006 de la Cour d'appel de Paris.

<sup>94</sup> Rapport cité, n° 123.

<sup>95</sup> Cass. Comm. 10/01/1995, SOGEA.

<sup>96</sup> Rapport précité.

du 22/02/2006 dans l'affaire de l'Abattoir de Laval où, pour établir l'importance du "*dommage à l'économie*", la Cour rappelle la barrière artificiellement dressée pour empêcher l'entrée d'un concurrent, pratique d'éviction qui a causé "*un effet nuisible à la concurrence*".

Il est clair que de telles décisions sont sans grand intérêt pour le juge qui doit ensuite établir et surtout quantifier le préjudice personnel subi par l'entreprise victime...

103. Tantôt le Conseil va plus loin et, pour apprécier le "*dommage à l'économie*", se réfère à une hausse des prix qu'il cherche à préciser. Mais l'analyse est souvent pour le moins sommaire : le prix du soumissionnaire, par exemple est supérieur à l'estimation du Maître d'ouvrage, sans que l'on sache si cette hausse est réellement en lien de causalité avec la pratique<sup>97</sup>.
104. En revanche, on constate très récemment, ce qui pourrait apparaître comme une avancée pour chiffrer et surtout justifier plus en détail la hausse de prix causé par l'entente. A cet égard la décision du 07.D.08 du 12 mars 2007 (Ciment Corse) est remarquable et pourrait annoncer une évolution, qui peut être n'est pas sans lien avec la volonté (implicite) d'aider les victimes dans leurs éventuelles actions ultérieures en réparation du préjudice personnel devant le juge de droit commun : le Conseil y a procédé à une étude détaillée de l'impact sur les prix, en comparant les prix inhérents à l'entente en cause avec ceux des "*concurrents étrangers*" (inférieurs d'environ 20 %), ou aux pratiques sur un marché géographique voisin (inférieurs de près de 30 %). Le Conseil après avoir analysé et répondu aux objections des parties concernées, non seulement aboutit à la conclusion que "*l'importance du dommage à l'économie est forte*" mais aussi à une évaluation précise du "*dommage à l'économie*" qui, sur la base d'un "*supplément illicite de prix de l'ordre de 25 %, soit 2,25 millions d'euros par an*" aboutit à la somme d' "*au moins de 9 millions d'euros*". Il est évident qu'une telle décision peut davantage éclairer le juge qui serait ultérieurement saisi. Pour autant, le Conseil procède toujours au conditionnel ("*le supplément illicite de valeur s'établirait à ....*") et, comme le montre l'affaire ARKOPHARMA examinée ci-après, la constatation d'une hausse des prix sur le marché ne résout pas, notamment la question du lien de causalité avec le préjudice individuel subi, ni même le quantum de celle-ci.
105. Ainsi, vu les différences entre les notions de "*dommages à l'économie*" et de "*préjudice réparable*" l'appréciation du dommage à l'économie ne saurait déterminer le préjudice économique individuel réparable dans le cadre de l'action privée. Car la hausse du prix ne prouve pas à elle seule le préjudice économique réellement subi par les victimes. La meilleure illustration en est la question de la répercussion de la hausse de prix par l'acheteur direct à ses propres clients.

---

<sup>97</sup> Paris 25/04/2006, Sade et autres...

b) Le problème de la répercussion par la victime directe de la hausse artificielle de prix ("*passing on defense*")

106. Il s'agit de savoir si l'auteur de la faute, défendeur à l'action en responsabilité, peut se prévaloir du fait que, s'il a effectivement augmenté son prix de vente à son acheteur direct, demandeur à l'action, ce dernier a en réalité répercuté l'augmentation à ses propres acheteurs (les acheteurs "*indirects*") et donc n'a subi aucun préjudice<sup>98</sup>. Seuls les acheteurs indirects, à moins qu'ils aient eux-mêmes répercuté la hausse, pourraient se prévaloir d'un préjudice. Indemniser dans ces conditions l'acheteur direct reviendrait à le faire bénéficier d'un "*enrichissement sans cause*". Or la Cour de justice a elle-même admis que les Etats membres peuvent s'opposer à un tel enrichissement indu.
107. Aux Etats-Unis, dans un célèbre arrêt Illinois Brick/Illinois, 431 US 720 (IP77) la Cour Suprême a rejeté le moyen de défense tiré de la répercussion de la hausse de prix, au motif de la grande complexité qu'engendrerait l'admission de cette défense : il faudrait déterminer quelle part de la hausse a ou non été répercutée ou au contraire subie et ce, à tous les échelons du processus économique. De ce fait, "*si séduisante cette tentation d'attribuer les surcoûts soit-elle en théorie, elle renforcerait la complexité des actions en dommages et intérêts à de nombreux égards et en compromettrait gravement l'efficacité*"<sup>99</sup>.

La Cour suprême américaine a donc établi le principe selon lequel le juge ne doit pas tenir compte de l'éventuelle répercussion de la hausse de prix. De plus, non seulement la victime directe peut ainsi toujours agir, mais même, elle seule peut le faire<sup>100</sup> par opposition aux acheteurs indirects.

Cependant, comme le rappellent les contributions des juristes américains au "*Livre Vert*"<sup>101</sup> la situation aux Etats-Unis est confuse, car de nombreux Etats membres de la Fédération admettent aussi l'action des acheteurs indirects, en particulier dans le cadre de "*class actions*".

108. Au plan communautaire, on rappelle tout d'abord que la Cour de Justice, a jugé que "*toute personne*", qui aurait subi un préjudice, en lien de causalité avec la pratique anticoncurrentielle (donc même si elle n'est pas première dans la chaîne économique) doit pouvoir réclamer réparation de ce préjudice<sup>102</sup>. On a vu aussi qu'en revanche, il appartient au droit national, "*en l'absence de réglementation communautaire*", de définir la notion de "*dommage*" et le "*lien de causalité*"<sup>103</sup>. Or, en France en principe, les "*préjudices indirects*" ne sont pas réparables en principe, car le lien de causalité doit être "*direct*"<sup>104</sup>. Mais l'on connaît en France le

<sup>98</sup> Sauf éventuellement celui résultant d'un volume moindre de ventes, eu égard à l'augmentation du prix de celles-ci.

<sup>99</sup> Arrêt Illinois Brick cité par le Document du Groupe de Travail annexé au "*Livre Vert*".

<sup>100</sup> ABA, contribution précitée.

<sup>101</sup> Cf. notamment ABA.

<sup>102</sup> Arrêt Manfredi déjà cité.

<sup>103</sup> Même arrêt.

<sup>104</sup> Terré, Simler, Lequette, Droit des obligations, 9<sup>ème</sup> ed., n° 703.

"préjudice par ricochet" qui est réparable parce qu'il demeure un préjudice "direct" et personnel<sup>105</sup>.

En revanche, sur le point de savoir si l'acheteur direct qui a répercuté la hausse, garde ou non aussi le droit d'agir, même si ceci conduit à un profit et donc sur l'admissibilité ou non de la "*passing on défense*", la Cour de Justice on l'a vu, a déclaré que la réponse dépendait des droits nationaux qui peuvent ou non admettre que la "*victime*" réalise en réalité un "*enrichissement sans cause*": ce qui est le cas de la victime directe qui a répercuté la hausse de son prix d'achat et qui malgré tout est "*indemnisée*" pour celle-ci.

109. Le Groupe de Travail de la Commission dans son Rapport annexé au "*Livre Vert*" a opté clairement pour le rejet de la "*passing on défense*", au nom de la simplicité, gage de l'efficacité du droit communautaire: "*... le fait de devoir calculer le montant total des surcoûts est déjà suffisamment complexe et toute tentative visant à aller plus loin et à réparation les surcoûts tout au long de la chaîne de distribution renforcerait profondément la complexité des affaires antitrust en augmenterait le coût*" (Groupe de Travail n° 163).

Parallèlement le Groupe de Travail suggère que seul l'acheteur direct puisse agir<sup>106</sup>.

Dans le "*Livre Vert*", la Commission laisse ouverte quatre possibilités tout en marquant sa préférence pour le rejet de la défense tirée de la répercussion.

- Option 21 : le moyen de défense relatif à la répercussion est autorisé et les acheteurs directs et indirects peuvent agir. La Commission en montre les inconvénients (complexité).
- Option 22 : le moyen de défense est exclu et seuls les acheteurs directs peuvent agir.

Cette option recueille visiblement la faveur de la Commission, qui précise cependant que le principe d'interdiction d'agir des acheteurs indirects devrait subir une exception au profit des "*consommateurs*", ce qui crée, nous semble-t-il, une discrimination difficilement acceptable entre les acheteurs "*indirects*"... selon qu'ils sont ou non "*consommateurs*".

- Option 23 : le moyen de défense est exclu et les acheteurs directs et indirects peuvent agir : la Commission la considère comme conduisant à une "*réparation excessive*".

<sup>105</sup> Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, n° 97 ; Viney-Jourdain, Les Conditions de la respectabilité, LGD, n° 304 et s.

<sup>106</sup> Ainsi les "*actions de groupe*", si elles voyaient le jour, n'interviendraient en pratique que pour les cas où le consommateur serait en rapport direct avec l'auteur de la pratique. C'est aussi la position du Conseil de la Concurrence dans son avis précité qui estime que "*l'acceptation de ce moyen ('passing on') conduit, en pratique, à compliquer considérablement le traitement des données par le juge civil... conduisant à diluer la responsabilité des auteurs de l'entente sans pour autant permettre aux consommateurs victimes indirectes de rapporter la preuve de la réalité de leur préjudice...*" (Avis prec. n° 37).

Une modalité plus acceptable pour elle de cette option est présentée en option 24 dans le cadre d'une procédure en 2 temps :

La Commission admet donc l'idée d'un enrichissement sans cause de la victime directe. Le raisonnement est simple : vue les difficultés qu'éprouvent les acheteurs indirects et *in fine* les consommateurs pour établir le quantum du préjudice répercuté et surtout le lien de causalité, il y a à choisir entre un enrichissement sans cause de la victime ou, celui, par hypothèse illégitime de l'auteur des pratiques... Le choix est ainsi fait...

110. La jurisprudence française est pour le moins pauvre sur la question de répercussion des surcoûts, mais récemment un jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre a fait sensation<sup>107</sup>.

Tout d'abord on note que dans un certain nombre de cas le juge n'hésite pas à condamner purement et simplement à restituer à l'acheteur direct le surpris payé ; mais il n'y a aucune indication sur le point de savoir si l'on a évoqué une éventuelle répercussion du surpris<sup>108</sup>.

111. En revanche, la question a été évoquée clairement par le Tribunal de Commerce de Nanterre, dans son jugement "*ARKO PHARMA*" du 11 mai 2006.

C'est au regard du "*lien de causalité*" que le Tribunal a abordé la question de la répercussion du surpris. ARKOPHARMA était client direct des Laboratoires ROCHE à qui elle facturait une matière première (vitamine) qui entrait dans la fabrication de ses produits. Roche avait été condamnée par la Commission dans le cadre d'un cartel de prix concernant ladite vitamine et en conséquence ARKOPHARM réclamait réparation du préjudice subi du fait des prix artificiellement élevés qu'elle avait dû subir de la part de son fournisseur, et consistant en la baisse de ses marges. Le Tribunal constate que cette "*affirmation sous-entend que la Sté ARKOPHARMA non seulement n'a pas augmenté ses prix de ventes aux consommateurs comme elle le soutient mais surtout qu'elle était dans l'impossibilité de procéder à une telle augmentation*". La demande est alors rejetée car le Tribunal constate d'une part que, selon la Commission les prix finaux faits aux consommateurs avaient généralement augmenté (ce qui supposait une répercussion dans les stades antérieurs) et surtout que si ARKOPHARMA n'avait pas augmenté ses prix alors que, selon le Tribunal, elle pouvait le faire, c'était donc qu'elle avait "*librement arrêté*" sa "*politique tarifaire*". Il n'y avait donc pas de lien de causalité direct entre ses pertes de marge et la hausse artificielle de prix des matières premières.

<sup>107</sup> Tribunal de Commerce de Nanterre, Jugement ARKOPHARMA c/ ROCHE, 11 mai 2006 ;

<sup>108</sup> Ex. : affaire SNCF T.A. Paris 26 janvier 1999 (cf. Fasquelle, art. ct. P. 18).

112. La portée de cette décision est complexe. Tout d'abord, l'acheteur direct s'était lui-même placé sur le terrain de la "*perte de marge*" montrant qu'en droit français la question de la "*passing ou défense*" ne se présente pas comme celle d'une "*exception de procédure*", ou même d'un moyen de défense, ce qui est important pour la charge de la preuve, mais seulement comme une question de détermination du montant du préjudice, (perte de marge), dont la preuve incombe donc au demandeur : celui-ci pour établir la diminution de sa marge, doit donc montrer qu'il n'a pas répercuté la hausse de prix. Faut-il aller comme l'a fait le Tribunal jusqu'à imposer au demandeur la preuve qu'il ne pouvait pas répercuter le surpris ? On peut en discuter car ce serait imposer semble-t-il à la victime l'obligation, ignorée en droit français, de minimiser son préjudice<sup>109</sup>.

113. La question de la répercussion du surpris n'est qu'une manifestation parmi d'autres, de la difficulté d'évaluation du préjudice économique :

c) Les difficultés de quantification du préjudice concurrentiel

114. On renvoie pour l'essentiel, comme déjà indiqué, à l'intervention de M. le Professeur Nussembaum, expert en la matière, à tous les sens du terme. Comme on l'a vu, la difficulté tient en général à l'obligation de comparer la situation de la victime avec celle qui aurait été la sienne à défaut de la pratique et ceci tant au plan des surcoûts que des manques à gagner (y compris pertes de chance de voir croître sa clientèle, ses parts de marché etc...).

115. La Commission propose dans son "Livre Vert" et son annexe l'adoption de méthodes d'évaluation plus ou moins simples qui conduisent à mettre en évidence les problèmes de preuves, et de répartition des tâches entre le juge et les experts.

1) Les méthodes

116. Selon la Commission il en existe plusieurs qui peuvent être utilisées séparément ou cumulativement. Le Groupe de Travail les divise en "*méthodes simples*", ou plus complexes.

a. Les modes de calcul "*simples*"

117. Il en existe trois :

---

<sup>109</sup> Cass. Civ. (II) 19 juin 2003 (2 arrêts).

• *La méthode avant-après (the "before" and "after" method)* : cette méthode implique une simple comparaison des prix appliqués pendant la période de cartellisation et de ceux de la période avant et/ou après la commission de l'infraction. On part donc de l'hypothèse que la situation avant et/ou après le cartel correspond à la situation "normale" telle qu'elle aurait existé si l'infraction n'avait pas été commise. Cela suppose alors que les variations de prix observées durant la période de l'infraction sont entièrement dues à celle-ci. Il est conseillé de prendre comme référence le prix avant le cartel qui permettra en effet d'éviter toute analyse hypothétique du prix mais dont la fiabilité peut être remise en cause lorsque le cartel a duré un certain temps. De plus, cette analyse peut révéler certains défauts lorsque les conditions de marché ne sont pas restées les mêmes durant toute la période de cartellisation et ont évolué en fonction de la demande par exemple. Il est donc prudent de renforcer cette méthode d'évaluation par une autre qui aboutirait à la même conclusion.

• *L'approche étalon (dite "yardstick" approach)* : il s'agit d'une approche comparative entre la situation du marché sur lequel la concurrence a été faussée et celle des marchés similaires qui n'ont pas été affectés par l'infraction. La comparaison peut alors intervenir entre des marchés de produits identiques mais dans des aires géographiques différentes, ou entre des marchés de produits différents mais situés dans la même aire géographique, ou même entre des marchés de produits différents situés dans des marchés géographiques différents. Il convient de s'assurer que les caractéristiques structurelles des marchés comparés sont bien les mêmes. En effet, plus le marché comparé sera différent, plus il sera difficile d'isoler et de mesurer l'effet du cartel et plus il sera difficile de convaincre un tribunal de la validité de la comparaison. Cette méthode apparaît donc fiable lorsque la collusion est intervenue uniquement sur certains marchés géographiques, alors que d'autres marchés de produits similaires sont restés en concurrence. Comme dans le cas de la méthode « avant-après », l'approche étalon doit être utilisée prudemment et il est préférable de recouper les informations obtenues à l'aide de cette méthode avec les informations obtenues avec d'autres.

• *L'approche basée sur les coûts (cost-based approach ou margin approach)* : elle consiste à déterminer le prix concurrentiel en partant du coût unitaire de production des membres du cartel et en y ajoutant une marge bénéficiaire raisonnable pour obtenir un prix pouvant être jugé raisonnable dans des conditions de concurrence. Cette marge doit correspondre au coût du capital de la société qui tient compte du risque pris par les investisseurs. Cette méthode suppose d'avoir accès à des données économiques et comptables fiables de l'entreprise. Elle suppose aussi que la marge déterminée soit constante au cours du temps, ce qui revient à considérer que le prix n'est pas influencé par d'autres facteurs tels que le niveau ou les fluctuations de la demande. L'approche basée sur les coûts peut donc ne pas être appropriée pour mesurer les effets d'un cartel, mais si on part de l'hypothèse que le cartel a fait augmenter les prix, ce phénomène pourra être observé grâce à des informations financières comme la rentabilité.



## 1-2 Les modes de calcul plus complexes

118. La Commission en a relevé deux qui peuvent produire des résultats plus exacts mais qui prennent plus de temps, engendrent des coûts supplémentaires et nécessitent une plus grande quantité d'éléments et d'informations

- *L'approche par prévision des prix* : elle s'appuie sur la modélisation économétrique afin de déterminer, sur la base de facteurs historiques ou en procédant à des comparaisons avec d'autres marchés, quels auraient été les prix en l'absence de l'infraction. L'avantage de cette analyse est le degré de certitude qui est inhérent aux facteurs affectant les prix pendant la période de cartellisation, autres que le comportement illégal lui-même. En effet, des modèles statistiques permettent d'examiner la relation entre le prix et les facteurs offre et demande qui l'affectent. Cette relation est calculée grâce à une « équation réduite » (« reduced form equation ») qui définit le prix comme étant fonction de facteurs exogènes, c'est-à-dire qui sont en dehors du contrôle des fournisseurs. Mais des difficultés liées à la nécessaire indépendance des données par rapport aux effets du cartel, ou à des possibles changements structurels dans les conditions de l'offre et de la demande, ou enfin à la collecte et à la fiabilité des informations, sont relevées ici aussi.

- *L'approche fondée sur la modélisation théorique* : elle simule un modèle oligopolistique pour vérifier les effets des distorsions. Elle est utilisée principalement pour l'analyse des concentrations lorsqu'elles ont augmenté en importance. Cette simulation utilise des modèles économiques fondés sur des théories sur l'organisation industrielle pour prévoir l'effet des concentrations sur les prix et la production dans le marché pertinent. On y inclut des estimations sur l'élasticité de la demande, les coûts marginaux, les prix et les quantités, ainsi que sur les réactions et le comportement des entreprises au sein du marché pertinent. Il existe différents modèles de simulation qui varient en sophistication et complexité et amènent à des résultats radicalement différents. Les plus utilisés sont le modèle Cournot et le modèle Bertrand. Dans le premier, chaque entreprise est supposée produire un seul et même produit à un prix marginal constant, et chacune doit être capable de fournir le marché en entier en ayant une connaissance parfaite de la demande sur ce marché. Il n'y a aucune possibilité d'entrée pour d'autres entreprises. Les entreprises fixent donc des niveaux de production alors que dans le second modèle, elles fixent les prix afin de s'approprier le marché en entier en fixant des prix plus bas que les autres entreprises présentes sur le marché. J'avoue que pour le juste ..... entre telle ou telle méthode est plus qu'ardu et relève en réalité de l'expertise économique.

1-3 Par ailleurs certains problèmes sont posés lors du calcul du manque à gagner du défendeur:

119. Par exemple :

- La *durée du dommage* ne coïncide pas toujours avec durée de l'infraction. En effet, le dommage peut avoir commencé plus tard que l'infraction si les premiers effets de celle-ci ont mis du temps à se faire sentir, ou continuer dans le temps alors que l'infraction a cessé. Dans ces conditions, il faudra tenir compte de la période de rétablissement et des investissements effectués pour cela.
- *L'actualisation des pertes futures* : on applique un taux de réduction aux pertes futures pour calculer leur valeur actuelle. Ce taux est une estimation du coût de capital.
- *L'effet des taxes* : les gains qui auraient dû être effectués auraient-ils dû être taxables ? Les dommages et intérêts accordés doivent être réduits du montant de la taxe que le plaignant aurait normalement dû payer.
- *Les intérêts sur les pertes passées* : si la loi ne spécifie pas ce point il existe plusieurs possibilités : taux d'intérêt simples, taux d'intérêt composés ou aucun taux d'intérêt.

120. Comme on le voit les méthodes d'approche sont complexes et on pourrait souhaiter l'adoption de lignes directrices, question posée également dans le cadre du "*Livre Vert*".

## 2/ Le problème de l'évaluation du quantum – Le rôle particulier de l'expertise

Les explications précédentes montrent que le plus souvent le juge pourra difficilement trouver dans le seul dossier constitué par le demandeur suffisamment de matière pour évaluer le préjudice économique.

Il aura donc quasi systématiquement besoin de faire appel à une expertise.

C'est ce qui s'est vérifié par exemple dans les affaires MORS/LABINAL, ou encore UGAP/CAMIF, SNCF, etc... D'ailleurs les demandeurs la sollicitent le plus souvent d'entrée de jeu<sup>110</sup> cette demande étant accompagnée bien sûr d'une demande de provision. Mais l'expertise pose plusieurs problèmes, qui seront plus précisément examinés par M. Nussenbaum. On en invoque quelques unes.

<sup>110</sup> La Presse s'est faite l'écho de la demande de FREE contre France Télécom d'une provision de ... 500 millions d'euros, (pour une demande totale estimée à 2,35 milliards d'euros).M. Canivet, intervention prec.

- a) Tout d'abord celle de la formation et de la spécialité de l'expert. Il est évident que s'agissant d'un préjudice "économique", résultant de pratiques elle-même de nature "économique", la nomination seulement d'un expert comptable ou financier ne peut pas répondre aux exigences de l'évaluation du "préjudice économique". Dans certaines affaires, on a donc vu l'expert comptable être conduit à désigner un sapiteur économiste<sup>111</sup>. (avec la difficulté de la répartition des tâches, alors qu'un seul "expert" rend son avis au le Tribunal). En réalité l'inverse paraîtrait sans doute plus logique puisque, avant des questions comptables, l'évaluation du préjudice économique en matière concurrentielle pose des problèmes d'ordre "économique". De manière générale, les juridictions compétentes devraient se préoccuper d'établir une liste d'experts économistes spécialisés et formés<sup>112</sup> aptes à intervenir sur ce type d'affaires, quitte à ceux-ci à déléguer, sous leur contrôle et celui du Juge, les questions "comptables".
- b) Ensuite, est posée la question de la réunion par l'expert des preuves nécessaires, c'est-à-dire des éléments utiles à l'évaluation du préjudice et qui sont détenus par les parties ou des tiers. Le Code de procédure civile prévoit déjà la possibilité pour le juge d'ordonner de telles productions (art. 138 et s du NCPC).

121. La question de la production des éléments de preuves du préjudice, comme de la faute, est considéré comme essentielle par la Commission et fait aussi l'objet de différentes et importantes suggestions du "Livre Vert" dont certains se rapprochent de la procédure de "Discovery" anglo-saxonne. Au stade de l'expertise le problème paraît se poser avec moins d'acuité que pour la faute, l'expert pouvant précisément identifier les éléments dont il a besoin pour la quantification du préjudice. Surtout il peut se tourner vers le juge en cas de difficulté. Mais l'expert peut aussi se heurter à la réticence du détenteur de l'information, dans la mesure où il s'agit d'une pièce détenue par l'une ou l'autre des parties, ou un tiers. Sur cette question il y a lieu d'attirer l'attention sur le récent arrêt Laboratoires Boiron de la Cour de Justice<sup>113</sup> qui a une fois de plus évoqué le principe d'effectivité et déclaré, au nom de celui-ci, que le juge national "*...est tenu d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national, au nombre desquels figure celui d'ordonner les mesures d'instructions nécessaires, y compris la production par l'un des parties ou par un tiers d'un acte ou d'une pièce...*" (point 87). Il conviendrait de réfléchir à un système qui sanctionnerait (astreintes, amende civile?) la partie qui ferait obstruction à la mesure d'instruction en refusant de satisfaire aux demandes de l'expert, et de manière plus générale en refusant de coopérer à l'expertise.

- c) Par ailleurs, se pose la question des coûts du procès et de l'expertise que l'on ne peut pas aborder en détail ici, dans la mesure où elle n'est pas propre au sujet ici traité. Mais il est clair qu'en cas d'expertise sur le préjudice, le montant de la provision ordonnée doit être suffisante, ne serait ce que pour permettre au demandeur de mener efficacement son action et suivre l'expertise.

<sup>111</sup> Cf. par ex. affaire UGAP/CAMIF...

<sup>112</sup> Sur la formation, voir interview de M. Canivet, prec.

<sup>113</sup> CJCE 7 sept. 2006, C.-526/04.

122. En revanche, la suggestion du "Livre Vert" qui conduirait à ne pas imputer les frais et dépens au demandeur débouté ne peut que choquer ; chacun doit assumer les risques de ses initiatives surtout quand elles s'avèrent mal fondées.

- d) Enfin, se pose aussi, le problème de la formation des juges en matière économique, évoquée aussi par M. le Premier Président Canivet<sup>114</sup>. Il est essentiel que cette formation soit développée, sans quoi le juge risque d'être trop dépendant de l'expert. De même et dans le cas, sans doute de plus en plus fréquent, où le juge se voit soumettre des "*contre expertise*" par les parties, sauf à ignorer celles-ci pour ne se fier (ou entériner "*mécaniquement*") qu'à l'expertise judiciaire, le juge doit bien "*arbitrer*", entre les experts. A cet égard une comparution des experts à l'audience, et la possibilité d'un débat contradictoire à cette occasion -qui est théoriquement possible aujourd'hui et se pratique parfois- devrait être recherchée.

\*  
\*      \*

En conclusion, la réparation du préjudice économique résultant des pratiques anticoncurrentielles constitue le nouveau et difficile défi qui est lancé, sous l'égide des Autorités Communautaires et nationales, aussi bien aux justiciables qu'à leurs conseils, et bien sûr aux juges. La tâche est particulièrement complexe. On doit donc être d'autant plus être rigoureux afin d'atteindre l'objectif premier de la "*réparation*" : l'indemnisation effective de l'entier "*préjudice économique* subi par les demandeurs.

Sans bouleverser notre droit positif ni transposer des solutions valables peut être -et encore- dans d'autres ordres juridiques, des améliorations concrètes peuvent être apportées au système actuel. C'est ce que l'on a essayé de montrer, sans prétendre à l'exhaustivité.

Paris, le 25 avril 2007

---

<sup>114</sup> M. Canivet Intervention prec.