

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Annule & remplace le même document du 09 juin 2015

**Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi**

**RELATION ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTION PRIVÉE**

-- France --

**15 juin 2015**

*Ce document par la France est soumis au titre du point III de la 121ème réunion du Groupe de travail n° 3 de l'OCDE tenue le 15 juin 2015.*

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur  
<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>*

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter Mme Naoko Teranishi  
[Téléphone: +33 1 45 24 83 52 -- Courriel: [naoko.teranishi@oecd.org](mailto:naoko.teranishi@oecd.org)].

**JT03378351**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

*Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*

## LA RELATION ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTION PRIVEE EN DROIT DE LA CONCURRENCE<sup>1</sup>

### -- France --

1. Les règles de concurrence se sont inscrites dès l'origine dans le projet européen, comme le pendant, pour les entreprises, des « grandes libertés » de circulation. Le Traité de Lisbonne, bien que modifiant la formulation des objectifs de l'Union européenne (« l'UE »), a confirmé à cet égard l'inscription de la régulation concurrentielle dans la réalisation du marché intérieur - la parenté réaffirmée des règles de concurrence et du marché intérieur participant désormais, plus largement, de la construction d'une « économie sociale de marché ».

2. Il peut dans ce cadre être constaté en Europe, notamment (i) en raison de l'installation d'autorités de concurrence concomitamment au développement, tardif, du droit de la concurrence, et (ii) de freins au développement de l'action privé, une primauté de l'action publique.

3. Ainsi, à la différence des États-Unis où l'action privée est le vecteur principal d'application du droit de la concurrence - plus de 90% des actions introduites devant des juridictions et fondées sur le droit de la concurrence sont des actions « privées »<sup>2</sup> - et où cette dernière a un rôle à la fois réparateur et punitif, au sein de l'Union européenne, la situation est inversée : le droit de la concurrence reste principalement appliqué par les autorités de concurrence et les actions « privées » poursuivent exclusivement un objectif de réparation<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Note rédigée sous la responsabilité de l'Autorité de la concurrence.

<sup>2</sup> Une étude menée par deux universitaires R.H. Lande et J.P. Davis sur la base d'un panel de 40 décisions adoptées entre 1990 et 2007 a démontré que les montants recouvrés au États-Unis dans le cadre d'actions privées atteignaient une fourchette comprise entre 18 et 19,6 milliards de dollars. Ce chiffre représentant sur la même période le triple des amendes imposées par le Department of Justice (cf. R.H. Lande et J.P. Davis « Benefits From Private Enforcement : An Analysis of Forty Cases » cité dans *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Rafael Amaro, Editions Bruylant, p. 51).

<sup>3</sup> La possibilité, théorique, d'octroyer des dommages-intérêts punitifs en Europe est limitée aux systèmes de common law, Royaume-Uni, Irlande et [Chypre](#).

"La note de la Turquie :

Les informations figurant dans ce document et faisant référence à « Chypre » concernent la partie méridionale de l'île. Il n'y a pas d'autorité unique représentant à la fois les Chypriotes turcs et grecs sur l'île. La Turquie reconnaît la République Turque de Chypre Nord (RTCN). Jusqu'à ce qu'une solution durable et équitable soit trouvée dans le cadre des Nations Unies, la Turquie maintiendra sa position sur la « question chypriote ».

La note de tous les États de l'Union européenne membres de l'OCDE et de l'Union européenne :

La République de Chypre est reconnue par tous les membres des Nations Unies sauf la Turquie. Les informations figurant dans ce document concernent la zone sous le contrôle effectif du gouvernement de la République de Chypre."

4. De nombreux rapports publiés depuis le début des années 2000 ont relevé à cet égard le faible poids de l'action privé en comparaison de celui de l'action publique<sup>4</sup>.

5. Pour autant, l'effectivité des règles de concurrence ne repose pas uniquement sur l'action publique, elle dépend également de la possibilité pour les victimes de telles pratiques d'obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi. La Cour de Justice de l'Union européenne (« la CJUE ») a reconnu durant la dernière décennie le caractère complémentaire de l'action privée en réparation et de l'action publique pour « *contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté* »<sup>5</sup>.

6. En France, si le contentieux portant sur des pratiques anticoncurrentielles demeure limité, il est possible de relever une montée en puissance récente. Ainsi sur 163 décisions adoptées par des juridictions judiciaires entre 1986<sup>6</sup> et juin 2013, plus de 80% d'entre elles ont été adoptées ces dix dernières années<sup>7</sup>. Il peut par ailleurs être noté que la grande majorité (environ 85%) des actions portées devant le juge judiciaire l'ont été indépendamment de toute procédure devant l'Autorité de la concurrence (procédure dite de « *stand alone* »)<sup>8</sup>.

7. Les années 2014 et 2015 auront en outre conduit à consacrer des avancées substantielles qui sont susceptibles de faciliter, en pratique, la mise en œuvre de ce droit, consacré par le juge européen, à demander réparation (**point I**).

8. Au regard du cadre légal actuel, deux questions se posent par ailleurs avec une particulière acuité, en ce que leur résolution conditionne à la fois l'effectivité de l'action privée et le maintien d'une action publique robuste en France :

- la question de l'interaction entre les autorités de concurrence et le juge qui doit bénéficier d'aménagements spécifiques (**point II**) ;
- l'appréciation du dommage, point focal du contentieux de la réparation (**point III**).

## 1. Le développement de l'action en réparation, Appui a la diffusion d'une culture de la concurrence

9. Créer les conditions du développement de l'action en réparation en matière de concurrence en France procède d'un triple enjeu.

10. Il s'agit tout d'abord d'un enjeu de compétitivité. Il apparaît en effet que faire de la France une place attractive pour le traitement des litiges représente un gain de compétitivité en empêchant la marginalisation juridique du pays à mesure que les entreprises françaises sont attirées dans des fors étrangers. Il s'agit ensuite d'un enjeu de justice dès lors que lorsqu'une infraction aux règles de concurrence est sanctionnée par l'Autorité de la concurrence, les grandes entreprises victimes obtiennent souvent des auteurs un dédommagement transactionnel tandis que les Petites et Moyennes Entreprises (« les PME ») et les consommateurs ne disposent pas d'un pouvoir équivalent de négociation. Il s'agit

<sup>4</sup> Voir notamment le rapport publié le 31 août 2004 par le cabinet Ashurst (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>).

<sup>5</sup> Voir CJUE, 20 septembre 2001, Courage v. Crehan, C-453/99 et CJUE, 13 juillet 2006, Manfredi, affaires jointes C- 295 à 298/04.

<sup>6</sup> Date d'entrée en vigueur des premières dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles en France

<sup>7</sup> *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Rafael Amaro, Editions Bruylant, Annexe 1.

<sup>8</sup> *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Rafael Amaro, Editions Bruylant, Annexe 2.

enfin d'un enjeu de confiance, étant rappelé que l'acceptabilité des principes de la concurrence passe par un droit effectif pour l'ensemble des justiciables, consommateur comme entreprise, à obtenir réparation du préjudice subi en conséquence de pratiques anticoncurrentielles. C'est l'une des conditions essentielles de la diffusion d'une culture de la concurrence, à laquelle les entreprises ont tout intérêt.

11. Les dernières années ont à cet égard été charnières pour l'action privée, avec l'aboutissement de deux initiatives significatives et structurantes. L'une en France introduisant le mécanisme de l'action collective (**point 1.1**) et l'autre au niveau de l'UE visant à harmoniser certains pans essentiels de la procédure contentieuse (**point 1.2**).

### ***1.1 L'introduction du mécanisme de l'action collective en France : une solution équilibrée***

12. La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite « loi Hamon ») a proposé la mise en place d'un mécanisme d'action collective consistant, en matière de concurrence, en une action consécutive à une décision de l'Autorité de la concurrence (dite de « *follow on* »), engagée par une association de consommateurs.

13. Le schéma retenu est donc celui d'une action privée s'appuyant sur l'action publique, qui accroît la visibilité du droit de la concurrence et son appropriation par les consommateurs. Il permet l'indemnisation effective du dommage y compris dans des contentieux de masse, tout en évitant les recours abusifs. Enfin, l'action de groupe française fait écho à de nombreux égards au « modèle européen » de recours collectif préconisé par la Commission européenne dans sa recommandation de juin 2013<sup>9</sup>.

14. Sur le fond deux types de remarques peuvent être faites sur le dispositif prévu par la loi Hamon :

15. En premier lieu, le mécanisme mis en place est équilibré et propre à éviter la judiciarisation de la vie économique en responsabilisant les acteurs grâce à un certain nombre de garde-fous. Cet équilibre ressort notamment des choix opérés en faveur du principe de l'*opt-in*, du rejet du mécanisme de *discovery* ou de l'exclusion des dommages-intérêts punitifs. Ce nouveau texte encourage par ailleurs le règlement consensuel du litige par la promotion de la médiation collective.

16. En adossant l'action de groupe au constat préalable d'une infraction par une autorité de concurrence, le gouvernement et le Parlement français ont souhaité préserver l'équilibre sur lequel est fondé la régulation concurrentielle, en France comme dans le reste de l'Europe, en reconnaissant le rôle décisif des autorités de concurrence dans la détection, en premier lieu, des comportements infractionnels. Ce faisant, la loi Hamon allège, pour les associations de consommateurs, la charge de prouver l'existence d'une faute qu'une autorité de concurrence aurait déjà établie.

17. Enfin, le système limite les risques de dommage réputationnel indu pour les entreprises en conditionnant la mise en œuvre de mesures de publicité à l'intervention du jugement sur le fond.

18. En second lieu, il peut être noté deux pistes d'évolution possible, à l'avenir, de ce dispositif inédit en France.

19. Tout d'abord, la loi ne prévoit pas que les PME puissent bénéficier de ce mécanisme. Il pourra donc être envisagé dans le futur, à l'instar du choix fait dans plusieurs Etats Membres de l'UE (Danemark,

---

<sup>9</sup> La Commission recommande la mise en place de mécanismes de recours collectifs fondés sur un système *d'opt-in*, ouvrant la voie à des dommages et intérêts purement compensatoires, « tenus en l'état » par l'action publique le cas échéant et dont le financement ne doit pas inciter à l'introduction d'actions abusives (encadrement stricte des pactes de *quota litis* et mise à la charge de la partie qui succombe des frais de justice).

Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni ou encore Suède), d'ouvrir les actions collectives au PME et ce d'autant plus qu'elles sont souvent les premières victimes des pratiques mises en œuvre sur les biens et services intermédiaires et que leur pouvoir de négociation, trop faible, leur ferme la porte d'une indemnisation par voie transactionnelle.

20. Par ailleurs, le lien entre l'action collective et l'action publique pourrait encore être renforcé. A cet égard, l'effet probatoire des décisions des autorités de concurrence constatant un manquement aux règles de concurrence (réputé établi de manière irréfragable pour les besoins de l'action de groupe) est cantonné aux seules décisions devenues définitives, ce qui peut reporter l'action à une période où les preuves, éparses et peu susceptibles d'archivage puisqu'elles concernent des actes d'achat du quotidien, auront déperissé ou disparu avec l'effet du temps. Le système de « navettes » applicable en France, impliquant de fréquents allers-retours entre la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris pour une seule et même affaire avant que la décision de l'Autorité ne devienne définitive, rend ce risque d'autant plus aigu. Le législateur a d'ores et déjà tenu partiellement compte de cette difficulté en prévoyant un mécanisme d'introduction anticipée des actions collectives permettant la résolution consensuelle du litige par voie de médiation (dans l'intérêt des consommateurs comme des entreprises en cause) sans attendre l'épuisement des voies de recours. En outre, l'effet probatoire attaché aux décisions des autorités de concurrence vaut dès lors que sont épuisés les recours pour « *la partie relative à l'établissement des manquements* », ce qui permet notamment aux décisions adoptées suite à une non-contestation des griefs de faire l'objet plus rapidement d'une action collective, nonobstant l'existence de recours pendants sur la sanction ou son *quantum*.

21. En tout état de cause, ce dispositif inédit ouvre aux consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles une nouvelle voie équilibrée afin de solliciter la réparation de leur préjudice. Une telle innovation, afin d'être efficace et de minimiser le risque de « *forum shopping* », devait toutefois s'accompagner d'une intervention au niveau de l'UE afin d'harmoniser certains aspects des droits processuel et substantiel nationaux, ce qui a été fait avec l'adoption de la directive n°2014/014/UE du Parlement et Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence.

### ***1.2 La directive européenne sur les actions en réparation : prolongement de l'objectif d'acclimation du procès civil aux spécificités du contentieux en matière de concurrence***

22. L'apport essentiel de la directive sur les actions en réparation réside dans sa portée « horizontale », au-delà du seul champ des recours collectifs. La directive apporte en effet une série de réponses indispensables pour acclimater les règles de procédure civile ou de droit civil aux spécificités du contentieux concurrence et forger ainsi une règle commune nécessaire à la réalisation du marché unique.

23. En premier lieu, il convient de souligner que la directive ne s'apparente pas à un corps étranger dont l'influence viendra corrompre les équilibres, certes savamment bâtis, du procès civil tel qu'il est pratiqué en France :

- L'effet probatoire attaché à la décision de l'Autorité de concurrence devenue définitive est conforme en tout point au dispositif retenu par la loi Hamon (cf. supra point 1.1), y compris d'ailleurs dans sa rédaction. La Loi Hamon va d'ailleurs plus loin que la directive sur le statut accordé aux décisions « étrangères » puisqu'il n'opère pas de distinction entre les décisions françaises et celle adoptées dans les autres Etats Membres<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Le droit français ne prévoit aucune différence probatoire entre les décisions françaises et étrangères tandis que la directive ne confère aux décisions étrangères que le statut d'un « commencement de preuve »

- Une garantie est offerte au demandeur qu'il sera encore en mesure d'agir lorsque la décision de l'autorité de concurrence aura été adoptée et les voies de recours épuisées, dans le prolongement de l'amendement à l'article L.463-7 du code de commerce introduit par la loi Hamon qui prévoyait une interruption de la prescription jusqu'à ce que la décision de l'autorité de concurrence soit devenue définitive. La rédaction est ici encore remarquablement proche des dispositions applicables en droit français, notamment sur le point de départ de la prescription<sup>11</sup>. Il n'en demeure pas moins que certains ajustements seront probablement nécessaires, pour tenir compte du fait que la prescription ne commence à courir qu'à compter de la cessation de l'infraction, ainsi que du décalage dans le champ des éléments de l'infraction dont la victime supposée a connaissance ou est censée avoir connaissance<sup>12</sup>.

24. En second lieu, la directive apporte des réponses nécessaires à des points qui restaient en suspens, notamment en facilitant la capacité à établir l'existence d'une éventuelle répercussion du surcoût, obstacle majeur à l'action en réparation des victimes indirectes - en particulier des consommateurs qui sont en fin de chaîne et qui disposent moins aisément des documents comptables et financiers permettant d'identifier, par eux-mêmes, le surcoût et sa répercussion. La directive établit par ailleurs un standard commun pour l'obtention et l'utilisation des pièces issues du dossier de l'autorité de concurrence (cf. infra point 2.2).

25. Ces deux derniers points devront faire l'objet d'une transposition en droit français, ce dernier ne prévoyant pas actuellement de dispositif identique à ceux prévus par la directive. Il devra en particulier être introduit le principe selon lequel la charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur à une action en réparation, lorsqu'il a recours à ce moyen de défense, et non au demandeur<sup>13</sup>.

26. Si ces avancées sont significatives, il n'en demeure pas moins que l'efficacité d'ensemble des règles de concurrence, dans leur mise en œuvre privée comme publique, repose également sur la capacité des autorités et du juge à interagir dans le cadre de procédures indemnitaires (**point II**) ainsi que sur la possibilité, en pratique, pour les victimes d'apporter la démonstration de l'existence et du niveau de dommage subi - et pour le juge de l'apprécier (**point III**).

## **2. La bonne articulation entre action privée et action publique passe par un dialogue fluide entre les autorités de concurrence et le juge**

27. L'action en réparation, en particulier si elle est introduite en parallèle ou à l'issue d'une procédure administrative, revêt deux enjeux : d'une part, celui de la préservation de la cohérence dans l'application des règles de concurrence ; d'autre part, celui de la prise en compte des contraintes que

---

<sup>11</sup> La directive prévoit que le point de départ de la prescription est fixé au moment : « [avant que] le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance [des faits] » tandis que l'article 2224 du code civil le fixe « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits »

<sup>12</sup> Article 10, paragraphe 2 de la directive : « Les délais de prescription ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance :

a) du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence;

b) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice; et

c) de l'identité de l'auteur de l'infraction. »

<sup>13</sup> Actuellement, la Cour de cassation retient que la preuve du préjudice implique la démonstration, par la victime, « qu'elle n'avai[t] pas pu répercuter les effets de la hausse des prix » (Cass. Com., 15 mai 2012, 11-18.495, Inédit).

peuvent faire peser un contentieux privé sur la capacité d'une autorité à détecter et sanctionner efficacement des pratiques anticoncurrentielles.

28. Par-delà ces deux enjeux, l'objectif consiste naturellement à soutenir l'application effective des règles de concurrence dans son versant privé comme dans son versant public.

29. La combinaison de ces enjeux et de cet objectif détermine la nature du dialogue entre les autorités de concurrence et le juge de la réparation.

30. Si l'articulation entre action privée et action publique peut s'appuyer sur les modalités classiques du dialogue entre autorités et juges (**point 2.1**), l'irruption de la question spécifique de l'accès au dossier d'une autorité de concurrence par les parties à un litige privé invite à repenser et préciser les contours de ce dialogue (**point 2.2**).

### **2.1 Des outils existant de longue date qui permettent de structurer les échanges entre l'autorité de concurrence et le juge de la réparation**

31. Le dialogue entre le juge et l'autorité de concurrence s'est dès l'origine fondé sur des mécanismes souples : le rôle de l'autorité de concurrence n'est pas de trancher définitivement, pour l'avenir, un débat juridique ou une question d'interprétation, qui relève, selon les cas, de l'office de la Cour de Justice ou des juridictions suprêmes nationales, mais d'éclairer et de mettre le juge saisi en position d'apprécier le litige sur le fond en exposant l'état du droit et en l'articulant au besoin avec les faits de l'espèce mais sans aller jusqu'à se prononcer en lieu et place du juge.

32. En premier lieu, l'*amicus curiae* est l'instrument le plus emblématique de ce dialogue. Consacré à l'article 15 du règlement n°1/2003, il ouvre la possibilité à n'importe quelle autorité nationale de concurrence et à la Commission européenne, à la demande du juge national ou de leur propre initiative, de faire part de leurs observations dans le cadre d'affaires où sont en jeu des questions d'application du droit de la concurrence. Cette voie de dialogue permet de dépasser le cadre spécifique du débat contradictoire qui s'instaure en cas de recours contre une décision de l'autorité de concurrence, instance dans laquelle l'autorité a le statut de partie<sup>14</sup>, pour permettre un échange d'une autre nature où l'autorité de concurrence remplit le rôle d'« informateur bénévole »<sup>15</sup>.

33. Ainsi, entre 2004 et le 1<sup>er</sup> mai 2015, la Commission européenne est intervenue à 30 reprises auprès des juridictions nationales à leur demande et à 17 reprises de sa propre initiative. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le juge français a demandé à une seule reprise à la Commission européenne son assistance au titre de l'article 15, paragraphe 1 du Règlement n°1/2003<sup>16</sup>, mais qu'en revanche près d'un tiers (5) des observations soumises de sa propre initiative par la Commission européenne, sur le fondement de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement n°1/2003, l'ont été dans le cadre d'une instance en cours devant les juridictions françaises.

<sup>14</sup> Cf. arrêt VEBIC VZW, C-439/08, déjà cité.

<sup>15</sup> Sous la direction de G. Cornu, Vocabulaire juridique.

<sup>16</sup> La Cour d'appel de Paris a sollicité pour la première fois l'avis de la Commission européenne sur le fondement de l'article 15, paragraphe 1 du règlement 1/2003 par un arrêt du 19 juin 2014 dans l'affaire dite « on net/off net » relative à des pratiques de différenciation tarifaire abusive mises en œuvre par SFR et Orange en métropole (décision n°12-D-24).

34. L'Autorité de la concurrence est intervenue quant à elle auprès du tribunal de commerce de Paris en tant qu'*amicus curiae* pour l'éclairer sur la notion d'engagements, dans le cadre des suites contentieuses de la décision 10-D-29 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques. Elle est également intervenue en 2014 dans une instance en cours.

35. En deuxième lieu, le juge peut interroger l'Autorité par la voie de la demande d'avis prévue par l'article L.462-3 du code de commerce, dont l'existence peut en partie expliquer l'absence, jusqu'à présent, d'appétence du juge français pour la consultation de la Commission européenne.

36. Un exemple est l'avis 12-A-15 du 9 juillet 2012 rendu dans l'affaire opposant la société Carrefour à ses franchisés sur la licéité de certaines clauses de réaffiliation : loin de se limiter au seul contentieux dans le cadre duquel s'insérait la demande d'avis, la position de l'Autorité sur ces clauses a pu être utilement reprise postérieurement par le juge dans une série de contentieux commerciaux mettant aux prises enseignes et franchisés<sup>17</sup>.

37. La saisine de l'Autorité de la concurrence par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire opposant la société Bottin Cartographe à Google en est un nouvel exemple. Dans cette affaire, la société Bottin Cartographe avait obtenu en première instance la condamnation de Google à réparer le préjudice causé par un abus de position dominante dans le secteur de la cartographie en ligne. Dans un arrêt du 20 novembre 2013, la Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre ce jugement, a saisi l'Autorité pour avis afin qu'elle se prononce sur certains points du dossier, notamment la définition des marchés pertinents ainsi que la position de Google sur les marchés concernés.

38. En dernier lieu, la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 (dite « loi Lurel ») a complété récemment la panoplie d'outils de dialogue entre le juge et l'Autorité de la concurrence, en sécurisant la transmission de pièces par l'Autorité de la concurrence au juge que ce soit dans le cadre d'une procédure pour avis, d'un *amicus curiae* ou d'un dialogue non contentieux avec le juge.

39. L'Autorité de la concurrence peut ainsi transmettre certaines pièces utiles à la résolution du litige sans contrevenir à l'obligation de secret professionnel<sup>18</sup>. Ce faisant, la loi Lurel conforte également la conduite d'un dialogue fructueux avec le juge, en-dehors du cadre, plus lourd, de la procédure pour avis. Aménageant la possibilité pour l'Autorité d'agir de sa propre initiative, ces dispositions s'inscrivent enfin dans l'office de l'Autorité qui consiste à agir pour la préservation de l'« ordre public économique » et dans l'intérêt de la manifestation de la vérité des faits - et non pour la défense d'un intérêt particulier.

## **2.2 L'accès au dossier des autorités de concurrence : trouver le bon point d'équilibre**

40. Il est apparu progressivement indispensable de fixer des curseurs valables pour l'UE dans son ensemble qui, tout en préservant l'accès à la justice, réglerait *ex ante* et pour tous la question du champ et de l'intensité de la protection dont doit bénéficier le dossier d'une autorité de concurrence contre les risques de divulgation.

---

<sup>17</sup> Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 3 avril 2013, 10/24013.

<sup>18</sup> Article L.463-6 du code de commerce.



41. En effet, si la Cour de justice, à plusieurs reprises<sup>19</sup>, a eu l'occasion de rechercher un point d'équilibre en se prononçant sur la question de l'accès au dossier de clémence des autorités de concurrence<sup>20</sup> et en consacrant le principe selon lequel la protection des programmes de clémence concourt à l'application effective des articles 101 et 102 TFUE, la nécessité s'est néanmoins faite sentir d'établir un cadre de protection adapté à certaines pièces sensibles du dossier (pour l'essentiel, les pièces auto-incriminantes fournies volontairement par les parties) pour lesquelles l'approche au cas par cas consacrée par la Cour de Justice n'offrait pas la sécurité juridique requise.

42. L'aboutissement de cette règle commune est le reflet d'un consensus européen sur la nécessaire protection de certaines pièces du dossier, faute de quoi le travail de détection et de sanction des infractions par les autorités de concurrence serait affecté.

43. En premier lieu, il peut être relevé que la directive garantit l'efficacité de l'action publique (i) en protégeant les déclarations auto-incriminantes fournies par des entreprises coopérant avec les autorités de concurrence et (ii) en préservant la sérénité de l'enquête et de l'instruction tant que celles-ci n'ont pas abouti.

44. S'agissant de la clémence, la directive permet aux entreprises qui participent à un tel programme en dénonçant un cartel de ne pas devenir des cibles désignées pour les actions en réparation. En effet, parmi les conditions d'octroi de la clémence devant l'Autorité de la concurrence, l'entreprise doit satisfaire à une obligation générale de coopération qui implique de communiquer toutes les informations et tous les éléments de preuves qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée<sup>21</sup>. Le risque que faisait peser cette obligation de coopération dans le cadre de la procédure administrative sur le terrain civil n'est en effet pas neutre si les documents fournis dans ce cadre venaient ensuite à être divulgués à des tiers dans un contentieux de *follow on*.

45. Ainsi, la protection de la déclaration du demandeur de clémence, de même que celle des autres documents de nature similaire fournis dans des procédures négociées (cf. en France, le procès-verbal de non contestation de griefs), évite de placer des entreprises ayant volontairement coopéré avec l'autorité de concurrence dans une situation défavorable du seul fait de leur coopération. Ces garanties permettent de maintenir les incitations des entreprises à entrer en voie de procédures négociées.

46. En outre, la mise en place, par la directive, d'une protection temporaire des actes établis par l'autorité de concurrence et les parties spécifiquement pour les besoins de la procédure, tant que la procédure devant l'autorité de concurrence est en cours, est à même de concilier la sérénité de l'instruction avec les besoins, légitimes, d'accès par le plaignant aux éléments utiles à sa prétention. En pratique, il s'agit (i) d'éviter les interférences sur la conduite de l'action publique de demandes intempestives et régulières qui créeraient des charges administratives importantes et influeraient sur la stratégie d'instruction, (ii) de limiter la divulgation d'éléments d'analyse préliminaire sans les situer dans le contexte d'une instruction en cours et (iii) de prévenir le contournement des règles d'accès au dossier devant l'autorité par le recours aux injonctions de production ou d'obtention de pièces du juge de la mise en état.

<sup>19</sup> Voir arrêts de la Cour de Justice, Pfeiderer du 14 juin 2011 (C-360/09) et Donau Chemie du 6 juin 2013 (C-536/11).

<sup>20</sup> La Cour de justice a considéré, qu'en l'absence de dispositions en droit de l'UE relatives à l'accès aux informations fournies dans le cadre d'un programme de clémence, il appartenait aux juridictions nationales de déterminer, sur la base de leur droit interne, au cas par cas (excluant ainsi un refus systématique de transmission) les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de ces dernières fournies volontairement par le demandeur de clémence.

<sup>21</sup> Voir le point 21 du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français.

47. Enfin, la directive établit un canevas général d'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité d'une demande d'accès, avec une déclinaison spécifique aux demandes de production de pièces issues du dossier de l'autorité de concurrence, notamment en intégrant, parmi les facteurs à prendre en compte par le juge, « *la nécessité de préserver l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique* » (article 6, paragraphe 4, c) et considérant 24).

48. Il sera noté que ces avancées devront faire l'objet d'une transposition en droit français. En effet, si comme cela a été rappelé (cf. supra point 2.1), un cadre à la fois novateur et équilibré avait été trouvé avec les modifications introduites par la loi Lurel à l'article L.462-3 du code de commerce, la directive permet de consolider de manière définitive la protection des déclarations auto-incriminantes fournies par des entreprises coopérant avec les autorités de concurrence et plus largement celle des pièces du dossier dont la divulgation prématurée nuirait à l'instruction.

49. En second lieu, au-delà de ce régime spécifique d'accès aux preuves issues du dossier de l'autorité de concurrence, la directive assoit aussi les modalités d'un dialogue fructueux et serein entre l'autorité de concurrence et le juge.

50. Elle permet tout d'abord à l'autorité de concurrence d'intervenir de sa propre initiative pour éclairer le juge sur le caractère sensible de certaines pièces qui ne sauraient être produites sans mettre en danger l'action publique (article 6, paragraphe 11). Il s'agit d'une extension de la faculté offerte aux autorités nationales de concurrence (« ANC ») européenne d'intervenir sur le fond d'une affaire sur le fondement de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement 1/2003, en sécurisant la transmission d'observations par les ANC qui portent non pas directement sur l'application des articles 101 et 102 TFUE mais sur des éléments susceptibles d'affecter, indirectement, la mise en œuvre effective de ces dispositions<sup>22</sup>. En vue d'assurer, en pratique, la possibilité pour les ANC de soumettre en temps utile leurs observations, la directive fait par ailleurs référence, dans ses considérants, à un système d'information des ANC relatif aux demandes de production de pièces<sup>23</sup>.

51. La directive prévoit enfin que les parties, demandeur comme défendeur, directement intéressées par le litige soient celles sollicitées en priorité par le juge pour la production de pièces, l'office d'une autorité de concurrence comme ses ressources, limitées, étant incompatibles avec des mesures visant à l'attirer

---

<sup>22</sup> A cet égard, l'arrêt *X BV* de la Cour de Justice (C-429/07) du 11 juin 2009 avait fait le départ entre les interventions, respectivement, des ANC et de la Commission européenne, sur le fondement de l'article 15, paragraphe 3, laissant entendre que le champ d'intervention de cette dernière était plus large que celui des premières : « *Les première et deuxième phrases du paragraphe 3, premier alinéa, dudit article 15 autorisent les autorités de concurrence des États membres à soumettre des observations écrites d'office, et des observations orales avec l'autorisation de la juridiction concernée, aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 CE ou 82 CE. Les troisième et quatrième phrases de cette disposition autorisent également la Commission à soumettre des observations écrites d'office, et des observations orales avec l'autorisation de la juridiction en question, devant les juridictions des États membres lorsque l'application cohérente de l'article 81 CE ou 82 CE l'exige. Ainsi, l'article 15, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement n° 1/2003 vise deux types d'intervention différents ayant des champs d'application distincts: l'intervention des autorités nationales de concurrence devant les juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 CE ou 82 CE et l'intervention de la Commission devant les juridictions des États membres lorsque l'application cohérente de l'article 81 CE ou 82 CE l'exige.* »

<sup>23</sup> Considérant 30 : « *Les États membres devraient pouvoir créer un système prévoyant qu'une autorité de concurrence est informée des demandes de production d'informations lorsque la personne qui introduit une telle demande ou à qui une telle demande est adressée est concernée par l'enquête de l'autorité de concurrence portant sur l'infraction présumée, sans préjudice du droit national prévoyant des procédures non contradictoires.* »

systématiquement devant le juge dans le cadre de contentieux privés. Ainsi, la demande de transmission par une juridiction à une autorité de concurrence d'éléments du dossier ne pourra intervenir que lorsqu'une partie ou un tiers n'est pas déjà en mesure ou ne peut raisonnablement pas fournir les pièces demandées. Un tel principe de « subsidiarité » avait d'ailleurs déjà été retenu par les juridictions françaises dans une affaire où des parties à une procédure devant l'Autorité – et qui à ce titre avaient à leur disposition le dossier – avaient demandé à une juridiction d'enjoindre cette dernière de transmettre son dossier<sup>24</sup>.

### 3. Le Dommage : quelle place pour les autorités de concurrence dans l'évaluation du préjudice subi par les victimes ?

52. La mise en place de mécanismes encadrant l'action en réparation et organisant l'interaction entre le juge et les autorités de concurrence constituent des étapes essentielles en vue d'offrir un accès effectif à une indemnisation pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

53. La problématique de la démonstration du préjudice – dans son existence comme dans son *quantum* – demeure cependant : le droit à réparation resterait purement théorique, même en présence d'une procédure efficace, sans la possibilité *in fine* de présenter au juge les éléments justifiant d'un dommage réel.

54. Dans un contexte juridique où les actions en *follow on* sont encouragées, l'autorité de concurrence a un rôle pédagogique à jouer (**point 3.1**). Il ne peut toutefois être envisagé son intervention systématique, le contentieux indemnitaire et la question de l'évaluation du dommage individuel restant en dehors des missions assignées au régulateur concurrentiel (**point 3.2**).

#### 3.1 Le rôle pédagogique des autorités de concurrence en anticipation des actions en réparation

55. Comme cela a été rappelé, tant le législateur européen que le législateur français tendent à encourager les actions en réparation en *follow on*. En effet, en libérant les plaignants de la charge de prouver la faute qu'une autorité de concurrence aurait déjà établie, ces évolutions législatives incitent fortement à attendre l'adoption d'une décision définitive sur les pratiques avant de lancer une action indemnitaire. Ceci est d'autant plus vrai que les aménagements apportés aux délais de prescription garantiront au plaignant qu'il sera toujours en mesure d'agir une fois la décision de l'autorité adoptée et les voies de recours épuisées (cf. supra point 1.2).

56. Les victimes seront toutefois toujours soumises à l'obligation de démontrer tant l'existence d'un lien de causalité que celui d'un préjudice. C'est sur ce dernier volet que les autorités de concurrence peuvent être désormais incitées à jouer un rôle.

57. A titre liminaire, il convient de souligner les possibilités offertes au plaignant devant l'autorité de concurrence d'utiliser les pièces du dossier dont il dispose pour asseoir ses prétentions dans le cadre de l'action de *follow-on*. La solution déjà posée dans l'arrêt Semavem de la Cour de cassation du 19 janvier

<sup>24</sup> Dans l'affaire *Ma liste de courses*, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 novembre 2013 a retenu que : « les pièces dont la communication est demandée sont couvertes par le secret de l'instruction qui ne tombe que lorsque la divulgation des pièces est nécessaires à l'exercice des droits d'une partie, **qu'il incombe dès lors à la société MDLC de justifier de la nécessité de produire de telles pièces pour l'exercice de ses droits dans le litige qui l'oppose aux sociétés (...)**; que la violation du secret professionnel n'est admise que lorsque celle-ci est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense, **que l'Autorité et ses agents n'ont pas à assumer le risque d'une violation du secret professionnel aux lieux et place de la partie qui est seule à même de connaître exactement, alors qu'elle-même en dispose déjà, les pièces nécessaires à l'exercice de ses droits ; que l'Autorité peut donc se prévaloir régulièrement d'un empêchement légitime** ». Cette solution est également consacrée dans un arrêt postérieur de la Cour d'appel de Paris du 24 septembre 2014, dans une affaire *Eco-Emballages et Valorplast c/ DKT*.

2010 et, à l'avenir, les dispositions de la directive sur les actions en réparation, permettent à la partie qui dispose déjà des pièces du dossier de les utiliser, sans conditions, sous réserve de respecter les protections, absolues ou temporaires, instituées pour les déclarations du demandeur de clémence, la transaction et les actes de procédure – pour ces derniers, tant que l'instruction est en cours.

58. Par ailleurs, le contenu même des décisions publiées est susceptible de faciliter les débats devant le juge chargé de la réparation. En France, l'Autorité de la concurrence a d'ores et déjà pris en compte ce facteur et ses décisions, publiées *in extenso*, sont à cet égard riches de constats utiles, sur les effets ou le dommage à l'économie, pour le demandeur.

59. Certains développements des décisions de l'Autorité de la concurrence peuvent en effet jeter un pont entre l'action publique et l'action privée et notamment (i) l'identité des victimes ou des catégories de victimes, (ii) la description détaillée des mécanismes de la pratique (objet d'un cartel par exemple), (iii) le périmètre des pratiques (marchés concernés) ou encore (iv) la valeur des ventes du marché concerné et (v) la durée des pratiques.

60. Récemment, le tribunal de commerce de Paris a eu à se prononcer sur une demande en réparation de la société Outremer Télécom à l'encontre d'Orange. Cette action avait été introduite à la suite de la décision n°09-D-36 de l'Autorité de la concurrence sanctionnant Orange Caraïbe et Orange pour des pratiques anticoncurrentielles commises sur les marchés de la téléphonie mobile et fixe dans la zone Antilles-Guyane. Dans son jugement du 16 mars 2015, le tribunal de commerce de Paris s'est appuyé sur les constatations de l'Autorité de la concurrence dans cette affaire (et de la Cour d'appel dans le cadre du recours contre la décision) afin d'octroyer une réparation d'un montant de 8 millions d'euros au demandeur.

61. Au-delà des appréciations qualitatives menées dans le cadre de l'examen du critère du dommage à l'économie, l'Autorité de la concurrence peut être en mesure, lorsque le débat contradictoire devant elle lui apporte des éléments utiles à cette fin et sans toutefois y être tenue, de donner des indications sur l'ampleur possible du dommage par l'intermédiaire d'estimations du surpris<sup>25</sup>. Enfin, les conséquences structurelles des pratiques mises en évidence par l'Autorité, en particulier en présence d'accords de répartition de marchés ou d'abus d'éviction, peuvent également appuyer utilement le juge dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation<sup>26</sup>.

### **3.2 Action publique et action privée : une approche différente de la notion de dommage**

62. En premier lieu, si les décisions publiées par l'Autorité de la concurrence ont vocation dans un certain nombre d'affaires à offrir un appui aux victimes de pratiques anticoncurrentielles afin de démontrer leur préjudice, le rôle que peut jouer l'Autorité reste toutefois contraint par le fait que les finalités de son analyse de l'effet de pratiques ou du dommage à l'économie sont fondamentalement différentes de celle conduite par le juge au titre de l'évaluation du montant du préjudice individuel subi par une victime,.

---

<sup>25</sup> Voir pour illustration notamment la décision n°11-D-02 du 28 janvier 2011 « Monuments historiques » où l'Autorité a estimé le surpris d'une pratique d'entente à 24% ou la décision n°10-D-39 du 22 décembre 2010 « Signalisation routière » où elle avait identifié un ordre de grandeur du surpris causé par les pratiques de 5 à 10%, certains témoignages faisant ressortir un surpris de plus de 20%.

<sup>26</sup> Voir pour illustration les décisions n°13-D-11 du 14 mai 2013 « Plavix » et n°13-D-21 du 18 décembre 2013 « Subutex » concernant des pratiques d'abus de position dominante dans le secteur pharmaceutique où l'Autorité avait réalisé des comparaisons entre les taux de substitution observés et les taux de substitution moyens pour des molécules de la même classe thérapeutique.

63. Tout d'abord, les objectifs de la sanction administrative et de la réparation civile diffèrent : la première a une fonction punitive et de dissuasion générale et particulière reconnue par la jurisprudence au regard de l'impératif légal de protection de l'ordre public économique<sup>27</sup> tandis que la seconde répare un préjudice, et répond ainsi au principe selon lequel tout fait quelconque, qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

64. Par ailleurs, ces différences d'objectifs emportent des différences de méthode et de contenu : le dommage à l'économie prend en compte, de façon globale, tous les aspects de la perturbation que la pratique est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie dans son ensemble. La prise en compte du dommage à l'économie s'inscrit donc dans une perspective de préservation de l'ordre public économique, et non dans une logique de réparation ou de restitution. Le dommage causé à l'économie se distingue ainsi des préjudices individuels ou de groupe subis par les victimes, directes ou indirectes, de pratiques anticoncurrentielles et ne se limite pas aux seuls gains illicites que l'auteur ou les auteurs de ces pratiques ont pu escompter, à l'époque où ils s'y sont engagés. A titre d'exemple, l'Autorité avait souligné, dans sa décision 09-D-05 du 2 février 2009 « travail temporaire », que la pratique a consisté, pour les entreprises en cause, à s'entendre pour confisquer à leur profit une partie des allègements de charges sociales (« allègements Fillon ») en les détournant des entreprises auxquelles ils étaient destinés. Au titre de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité a donc pris en compte, au stade de la détermination des sanctions, cette importante perturbation des effets incitatifs des politiques publiques de l'emploi et son impact budgétaire. Elle a aussi tenu compte du fait que celui-ci était supporté par les contribuables, dans un contexte de lutte contre le chômage et de priorité accordée à la croissance économique.

65. Le dommage à l'économie n'est donc pas comparable avec le préjudice individuel subi par une victime.

66. En second lieu, pour l'avenir, certaines dispositions de la directive sur les actions en réparations invitent toutefois à une interaction entre action publique et action privée s'agissant du dommage et ce par deux moyens.

67. Il s'agit d'abord de l'introduction d'une disposition visant à permettre la consultation des autorités de concurrence sur l'évaluation du montant du préjudice (article 17§3 de la directive). L'autorité de concurrence demeure libre dans son choix d'accéder, ou non, à une demande de consultation. Elle peut en effet intervenir lorsqu'elle « *estime qu'une telle aide est appropriée* ». A cet égard, l'intervention d'une autorité de concurrence sur ce nouveau terrain devrait être guidée par deux principes. D'une part, il convient de ne pas diverter des ressources affectées à la détection d'infractions pour intervenir dans un litige privé : il semble dès lors opportun de privilégier un appui sur la base du dossier dont l'autorité de concurrence dispose déjà plutôt que d'envisager un complément d'instruction dans le cadre de cette consultation. D'autre part, il importe de ne pas rentrer dans le chiffrage précis mais plutôt de s'en tenir à un exposé méthodologique circonstancié, le cas échéant appuyé par des éléments déjà disponibles au dossier ; à défaut, l'autorité de concurrence encourt le risque de se substituer au juge et d'inciter, pour l'avenir, les justiciables et/ou le juge à multiplier les demandes de consultation.

68. La directive précise ensuite qu'une autorité de concurrence « peut considérer l'indemnisation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante à cet égard » (article 18, paragraphe 3). L'objectif du législateur européen est ici d'inciter au règlement consensuel des litiges entre auteurs et victimes de pratiques

<sup>27</sup> Le caractère dissuasif de la sanction a au demeurant été reconnu en 2011 par la Cour de cassation dans sa décision de non-transmission d'une QPC dans l'affaire des parfums.

anticoncurrentielles. Sans porter atteinte à la marge d'appréciation dont dispose l'autorité de concurrence dans la fixation du montant de la sanction pécuniaire, en conformité avec les critères et principes posés par le droit national – expressions de l'autonomie procédurale laissée en la matière par le droit européen –, cette nouvelle disposition s'inscrit néanmoins dans un mouvement inverse de celui exposé tout au long de cette contribution, en ce sens qu'ici et pour la première fois, l'aboutissement d'un litige privé est susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation portée par l'autorité de concurrence au titre de la mise en œuvre de l'action « publique ». Aussi, plusieurs garde-fous sont nécessaires, parmi lesquels le fait de circonscrire cette prise en compte aux hypothèses de règlement consensuel<sup>28</sup> et de ne pas en faire une obligation nouvelle dans le chef des autorités de concurrence.

---

<sup>28</sup> Ici, entendu comme excluant l'hypothèse d'un règlement par sentence arbitral. Cf. les définitions de « règlement consensuel du litige » et de « règlement consensuel », à l'article 2, paragraphes 21 et 22 de la directive.