

**Réponse à la consultation publique de la Commission européenne relative  
à une approche européenne cohérente en matière d'actions collectives**

**SYNTHESE :**

1. La réparation des préjudices causés par les infractions aux règles de concurrence répond à une exigence constitutionnelle et européenne.
2. L'absence de standards européens est à l'origine d'une inégalité au détriment des consommateurs et PME résidant dans les Etats qui ne disposent pas de procédures d'action collective. Cette situation ne fait par ailleurs nullement échec à l'assignation des entreprises commettant des pratiques anticoncurrentielles de portée européenne établies dans les juridictions des autres Etats membres. Ces entreprises sont en effet de plus en plus susceptibles d'être attirées dans ces derniers Etats, même si les pratiques n'ont pas produit leurs effets à titre principal sur leur territoire.
3. Dans ce contexte, un modèle européen d'action collective peut être défini pour assurer de façon effective les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles tout en prévoyant un ensemble de garde-fous contre les recours abusifs. Des propositions récentes de parlementaires français ont contribué, à l'issue d'une mûre réflexion, à proposer des avancées en ce sens.
4. Un modèle européen efficace devrait répondre à trois conditions. Premièrement, il pourrait privilégier la formation d'actions en réparation consécutives soit à une décision de la Commission européenne, soit à une décision d'une autorité nationale de la concurrence, si elle établit des pratiques anticoncurrentielles, à condition que cette dernière soit devenue définitive. Cette orientation constitue également une garantie contre les procédures et recours abusifs. Deuxièmement, ce dernier type de décision devrait voir son statut renforcé afin de simplifier l'engagement et le traitement de l'action en réparation, comme c'est déjà le cas dans un certain nombre d'Etats membres. Troisièmement, il serait nécessaire de protéger la confidentialité des déclarations et demandes de clémence.

**SYNTHESIS :**

1. The award of damages caused by an infringement to competition rules is a legal requirement that springs from French constitutional law and EU law.
2. The absence of common EU principles creates unequal conditions between SMEs and consumers in the Member States where no collective action mechanism is available, who cannot be compensated for their harm, while those in other Member States are entitled to damages. This situation does not thwart altogether private litigations against undertakings which engage into anticompetitive practices at EU level and which are established in the former Member States. Courts are prone indeed to assert their jurisdiction in the latter Member States, even if they are not those in whose territory the effects have mainly taken place.
3. In this context, European standard principles for collective actions may be defined to the benefit of victims while providing for adequate safeguards that prevent abusive litigation. French MPs have already put forward possible solutions in this field after a careful examination of the issues at stake.
4. An efficient and effective European model could respond to three major conditions. First, it should foster primarily actions following a European Commission decision or a NCA decision, where they find anticompetitive practices, provided that the latter has become final. Second, in order to streamline private enforcement mechanisms, the latter type of decision could ground, in and in itself, the finding that a fault was committed, as this is already the case in a number of Member States. Last, it would be necessary to ensure the confidentiality of leniency applications and declarations.

## Introduction :

La Commission européenne a invité, le 4 février 2011 l'ensemble des intéressés à lui faire part de leurs observations sur un document permettant, d'une part, d'évaluer la valeur ajoutée d'actions collectives au niveau européen dans les domaines du droit de la consommation et du droit de la concurrence, et, d'autre part, de recueillir des propositions concernant les principes cadre qui pourraient guider la définition de standards européens en la matière.

L'Autorité de la concurrence, qui est chargée d'assurer, en France, l'application des articles L. 420-1 et -2 du Code de commerce et 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), se prononcera dans le cadre de la présente réponse à la consultation sur les seuls aspects qui intéressent l'application du droit de la concurrence et le rôle des autorités nationales de concurrence (ci-après « ANC »). L'Autorité se concentrera plus particulièrement sur les développements intervenus postérieurement à son avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles<sup>1</sup>.

Un droit effectif à réparation des personnes publiques ou privées victimes de pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'exerce de manière individuelle ou collective, constitue, du point de vue de l'Autorité, le complément indispensable de l'action de protection de l'ordre public économique dont elle est chargée.

Le droit à réparation de personnes ayant subi un dommage du fait d'une faute répond à une exigence constitutionnelle découlant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel<sup>2</sup>.

Dans le domaine du droit de la concurrence, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne, « *la pleine efficacité du droit européen serait mise en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence* »<sup>3</sup>. Le législateur national est compétent pour en aménager les modalités, tout en étant tenu d'assurer l'équivalence et l'effectivité des droits tirés de l'ordre juridique de l'Union européenne au regard de ceux tirés de l'ordre juridique national, et de s'assurer que la législation applicable ne rend pas excessivement difficile l'exercice du droit à réparation<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Le texte complet de cet avis peut être téléchargé sur le site internet de l'Autorité :

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>

<sup>2</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Viviane L., considérant 11 (« *Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* »), décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Époux L.*, considérant 10 ; décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, considérants 3 et 4. Voir également les décisions n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, et n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel.

<sup>3</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, C-453/99, Rec. p. I-6297 ; 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295 à -298/04, Rec. p. I-6619.

<sup>4</sup> CJCE, *Courage*, précité, point 29 ; 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, Rec. p. I-4025

Ainsi que l'ont relevé plusieurs rapports publics en France<sup>5</sup>, l'exercice du droit à réparation est fortement contraint en pratique et a donné lieu à ce jour à un très faible nombre d'actions ayant débouché sur l'octroi de dommages-intérêts aux victimes<sup>6</sup> à la suite de pratiques anticoncurrentielles. Le nouveau régime de la prescription pourrait néanmoins leur être plus favorable<sup>7</sup>.

Dans ce contexte, des parlementaires ont déposé des propositions de loi instituant des actions collectives formées à l'initiative d'associations de consommateurs agréées dans le domaine du droit de la consommation<sup>8</sup>, ou incluant également dans leur champ les violations du droit de la concurrence<sup>9</sup>. Ils ont ainsi pour objectif de faire des consommateurs des acteurs à part

---

<sup>5</sup> Rapport d'information sur l'action de groupe, n° 499 (2009-2010), MM. BÉTEILLE et YUNG, 26 mai 2010, Sénat ; Rapport d'information, « la responsabilité civile : des évolutions nécessaires », MM. ANZIANI et BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 15 juillet 2009 ; Rapport de la commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de M. ATTALI, janvier 2008 ; Rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires, sous la présidence de M. COULON, janvier 2008 ; Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur le Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 28 juin 2006 et présenté par M. LAFFINEUR ; Rapport sur l'action de groupe, sous la présidence de MM. CERUTTI et GUILLAUME, décembre 2005.

<sup>6</sup> L'Autorité de la concurrence ne dispose pas de statistiques officielles en la matière en l'absence de nomenclature du ministère de la Justice et des Libertés permettant de retracer exclusivement les actions en réparation liées à une violation de l'article L. 420-1 ou -2 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 101 et/ou 102 TFUE. Le rapport réalisé par Ashurst à la demande de la Commission européenne (« *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules* ») et publié sur le site de la DG Concurrence mentionnait en 2004, en ce qui concerne la France (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>), douze décisions, dont la moitié étaient fondées sur le droit de l'Union européenne. Quatre réparations ont été accordées à la suite d'une décision du Conseil de la concurrence (auquel s'est substituée l'Autorité de la concurrence en 2009) et une autre à la suite d'une décision de la Commission européenne. Une décision judiciaire a fait suite à un avis du Conseil de la concurrence. Depuis la publication de ce rapport, l'Autorité n'a connaissance que d'une décision de la juridiction administrative accordant une réparation, à la suite de la constatation d'une entente par le Conseil de la concurrence en date du 29 novembre 1995. Le juge administratif connaît des demandes d'indemnisation des personnes publiques à la suite de manœuvres dolosives telles qu'une entente à l'occasion de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public. En l'espèce, la réparation a été fixée à un peu plus de 6 millions d'euros (TA Paris, 6<sup>e</sup> sect., 1<sup>er</sup> ch., 27 mars 2009, SNCF ; CE, 27 juin 2008, Société Guintoli, N° 306627 ; CE, 19 décembre 2007, société Campenon-Bernard, n°324642). Deux décisions judiciaires, rendues à la suite d'une décision de la Commission européenne, n'ont pas accordé de réparation aux demandeurs (Tribunal de commerce de Nanterre, 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharm c/ sociétés Roche et Hoffmann La Roche, 2004F02643 ; Tribunal de commerce de Paris, 26 janvier 2007, Laboratoires Juva c/ Hoffmann La Roche, RG03048044).

<sup>7</sup> La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a modifié l'article 2224 du Code civil. Elle prévoit que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peuvent avoir pour effet de porter le délai de prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

<sup>8</sup> Assemblée Nationale, Proposition de loi de M. CHATEL visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs, n° 3055, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 avril 2006

<sup>9</sup> Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire, présentée par M. Laurent BÉTEILLE, enregistrée à la présidence du Sénat le 22 décembre 2010 ; Sénat, proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire, présentée par M. Richard YUNG, enregistrée à la présidence du Sénat le 22 décembre 2010 ; Sénat, proposition de loi sur le recours collectif, présentée par Mme Nicole BRICQ, M. Richard YUNG et plusieurs de leurs collègues, enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 février 2010 ; Proposition de loi n°1897 (2008-2009) relative à la suppression du crédit revolving, à l'encadrement des crédits à la consommation et à la protection des consommateurs par l'action de groupe,

entière du respect de ces règles et de renforcer leur confiance dans l'économie de marché, tout en veillant à concilier l'introduction d'actions collectives avec les principes directeurs de la procédure civile française et à éviter les dérives ayant pu être constatées dans des Etats tiers.

La Commission européenne pourrait utilement tirer parti de ces réflexions pour définir, le cas échéant, des standards européens communs afin d'assurer un accès effectif à la justice aux citoyens et aux entreprises européennes, de participer à la construction d'un espace unifié de justice et de liberté, et de prévenir une évolution trop hétérogène des législations nationales qui nuirait à ces deux objectifs.

Un socle de règles cohérentes et équilibrées, tirant bénéfice de l'expérience des Etats membres et d'une mûre réflexion des parlementaires européens et nationaux, serait aussi de nature à mieux prévenir les risques de dérives que ne pourraient le faire des législations nationales dispersées. Il limiterait également les risques du développement d'une concurrence entre les places de droit.

Le droit de la concurrence apparaît comme un domaine privilégié de ces réflexions. Depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1/2003, le 1<sup>er</sup> mai 2004, les ANC fonctionnent en effet dans le cadre d'un réseau intégré. Elles appliquent des normes substantielles communes dérivant directement du traité (les articles 101 et 102 TFUE) et faisant l'objet d'une interprétation uniforme par la Cour de justice de l'Union européenne du fait du contrôle juridictionnel que cette dernière exerce sur les décisions de la Commission européenne ou de son rôle dans le cadre de questions préjudicielles des juridictions nationales. La réalisation d'un degré élevé de cohérence et de convergence découle ainsi de l'existence même du réseau européen de la concurrence.

L'Autorité estime dans ce contexte que la définition de standards européens en matière d'actions en réparation aurait une valeur ajoutée particulière en droit de la concurrence, afin d'assurer une égalité entre les consommateurs européens, et de respecter les principes d'effectivité et d'équivalence des règles de concurrence issues des traités européens<sup>10</sup> (1). Afin d'assurer la complémentarité des actions publique et privée, l'office des autorités nationales de concurrence et de celui des juges nationaux doivent par ailleurs être soigneusement articulés, en privilégiant les actions en réparation formées à la suite de la décision d'une ANC et en protégeant les programmes de clémence<sup>11</sup> (2).

## **1. LA DEFINITION DE STANDARDS EUROPEENS EN MATIERE D' ACTIONS EN REPARATION SERAIT DE NATURE A FAIRE PROGRESSER LES DROITS DES VICTIMES TOUT EN PREVENANT LES RECOURS ABUSIFS**

Les obstacles à la formation d'actions par les entreprises ou les consommateurs pour obtenir réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles ont déjà fait l'objet d'analyses approfondies en France par les ministères compétents et les parlementaires<sup>12</sup>

---

enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 septembre 2009 et rejetée le 15 septembre 2009; Proposition de loi n° 322 (2005-2006) sur le recours collectif, présentée par Mme Nicole BRICQ, M. Richard YUNG et plusieurs de leurs collègues, déposée au Sénat le 25 avril 2006

<sup>10</sup> Réponse aux questions n°s 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 et 12

<sup>11</sup> Réponse aux questions n°s 2, 3, 10, 12, et 32

<sup>12</sup> Voir note de bas de page 5, 8 et 9

français depuis 2005. Sans revenir sur ce diagnostic, qui conserve son actualité en France, il convient de relever que l'évolution du paysage européen depuis cette date a modifié la situation des victimes françaises, et, plus généralement de celles qui résident dans les Etats qui ne disposent pas de mécanismes d'actions collectives au regard de celles qui sont établies dans d'autres Etats membres. Cela rend nécessaire la définition de standards européens lorsque les dommages résultent de violations de l'article 101 et/ou 102 TFUE (1.1.), ainsi que la mise en place de garanties permettant d'éviter les recours abusifs (1.2.). Dans le domaine du droit de la concurrence, ces standards devront répondre à certaines conditions spécifiques pour assurer l'effectivité des recours (1.3.).

### **1.1.L'hétérogénéité des règles nationales est source d'inégalités pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles**

Treize Etats membres de l'Union européenne sont aujourd'hui dotés de mécanismes d'actions collectives, dont les modes de fonctionnement et le champ d'application restent variables<sup>13</sup>.

En application du règlement (CE) n°44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I »), les actions en responsabilité extracontractuelle visant à obtenir la réparation de dommages liés à la violation de règles de concurrence peuvent être formées soit dans l'Etat membre dans lequel le défendeur a sa résidence habituelle (article 2), soit devant le tribunal de l'Etat dans lequel le fait dommageable s'est produit (article 5, paragraphe 3), soit, s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, « à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément » (article 6, paragraphe 1). L'article 28 donne par ailleurs au juge compétent la faculté de regrouper des demandes connexes.

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles ont pu, en application de ces différentes options, introduire leurs actions dans les Etats membres dont les règles de procédure civile et

---

<sup>13</sup> Allemagne (investissements financiers, loi dite *KapMuG* du 16 août 2005 ; par ailleurs des recours individuels en réparation peuvent, depuis 2008, être exercés en leur nom propre par des sociétés spécialisées ayant acquis des droits litigieux moyennant une rétrocession partielle des dommages-intérêts en cas de succès de l'action, comme cela a été le cas dans le cadre de la réparation accordée par la Cour d'appel de Düsseldorf dans le prolongement du cartel du ciment), Bulgarie (droit de la consommation ; article 188 de la loi sur la protection du consommateur et chapitre 33 du Code de procédure civile), Danemark (responsabilité contractuelle et extracontractuelle ; par. 254 a à k de la loi sur l'administration de la justice), Espagne (droit de la consommation ; sections 206.1.6, 221, 223, par. 3 et 519 du Code de procédure civile et article 11 de la loi n°15/2007 sur la concurrence), Finlande (droit de la consommation ; loi *Ryhäkannelaki* n°444/2007 du 13 avril 2007), Hongrie (action d'intérêt public en droit de la concurrence pouvant ensuite fonder des actions en réparation individuelles ; article 92 de la loi sur la concurrence, telle qu'applicable à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2005), Italie (droit de la concurrence et droit de la consommation ; article 140 bis du Code de la consommation), Pays-Bas (médiations collectives en matière contractuelle et extracontractuelle, soumises à validation par la Cour d'appel d'Amsterdam ; articles 7.907-910 du Code civil et 1013 à 1018 du Code de procédure civile), Pologne (responsabilité contractuelle et extracontractuelle, à l'exception des dommages corporels ; loi sur les actions de groupe du 17 décembre 2009), Portugal (droit de la consommation, santé publique, environnement ; loi n°83/1995 sur l'action populaire), Royaume-Uni (loi de portée générale applicable tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle ; article 19, III des *Civil procedural rules*), Roumanie (droit de la consommation ; ordonnance n° 21/1992), Suède (responsabilité contractuelle et extracontractuelle ; loi n°2002/599 sur les actions de groupe).

de responsabilité<sup>14</sup> leur sont les plus favorables. Une certaine concurrence entre les places de droit tend ainsi à naître. Il est en effet aisé, pour une personne installée dans un Etat membre, de réunir les éléments de fait établissant qu'une pratique anticoncurrentielle commise dans cet Etat est susceptible d'avoir eu des effets dans un autre Etat où, compte tenu d'un cadre législatif plus propice à l'action en réparation, elle souhaite introduire une telle action.

Ainsi, dans l'affaire dite du cartel des vitamines<sup>15</sup>, la *High Court* britannique a enjoint<sup>16</sup> à des groupes internationaux dont les sièges se situaient en France, en Suisse et en Allemagne mais dont des filiales étaient établies au Royaume-Uni et n'avaient pas participé directement aux pratiques de verser des dommages et intérêts à des filiales allemandes et britanniques d'un groupe néerlandais. La Cour s'est fondée sur l'article 6, paragraphe 1 du règlement « Bruxelles I » et sur la notion d'entreprise en droit de la concurrence pour établir sa compétence. Elle a par ailleurs admis le bien-fondé des demandes d'entreprises qui n'avaient effectué aucun achat auprès des filiales britanniques du groupe qui avait pris part à l'infraction dans la mesure où, en l'absence de cartel, ces filiales britanniques auraient probablement offert aux entreprises allemandes des produits à un meilleur prix. Dans un autre arrêt de juillet 2010 faisant suite à une action en réparation fondée sur la décision de la Commission européenne relative au cartel du caoutchouc<sup>17</sup>, la Cour d'appel de Londres a retenu sa compétence par un raisonnement analogue, après avoir vérifié que la filiale britannique ne pouvait ignorer que la société mère avait commis des pratiques anticoncurrentielles de la société mère, ce qui était le cas en l'espèce compte tenu de la portée européenne de celles-ci. Plus récemment, des filiales de Honda ont assigné une douzaine d'entreprises françaises, allemandes, italiennes et britanniques sur le fondement d'une décision de la Commission européenne de novembre 2007 dans le secteur du verre automobile<sup>18</sup>. Une action vient également d'être formée au Royaume-Uni par un demandeur établi en Irlande contre des filiales britanniques de groupes internationaux dont les pratiques ont été sanctionnées par une ANC, en l'occurrence l'autorité de concurrence italienne.

Des médiations collectives en matière financière à l'initiative de représentants néerlandais d'investisseurs néerlandais et résidant dans d'autres Etats que les Pays-Bas se forment par ailleurs dans ce dernier pays à l'encontre de groupes établis dans un autre Etat<sup>19</sup>. Les règles de compétence pourraient être interprétées de manière équivalente en droit de la concurrence. Compte tenu du développement encore récent des mécanismes d'actions collectives dans d'autres pays, il est probable que les actions internationales se développent bien davantage encore dans un avenir proche devant des fors étrangers.

Ainsi, aucune entreprise ayant participé à un cartel ou commis un abus de position dominante en violation des règles européennes de concurrence n'est exonérée de son obligation de

---

<sup>14</sup> S'agissant de la violation des règles de concurrence européenne, toutes les juridictions de l'Union se réfèrent aux articles 101 et/ou 102 TFUE afin d'établir l'existence d'une faute ouvrant droit à réparation. Il est ici fait référence aux règles générales relatives à l'intérêt à agir et à la responsabilité délictuelle, dont l'application est déterminée, sauf convention fixant la loi applicable, par l'article 6, paragraphe 3 du règlement (CE) n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit « Rome II ». Le domaine de la loi déterminée par cette règle de conflit englobe également la cession de créance de droits litigieux (article 15, point e).

<sup>15</sup> COMP/E-1/37.512, 10 janvier 2003, JOUE 2003, L 6/1

<sup>16</sup> High Court of Justice, 6 mai 2003, *Provimi Ltd and ors v Aventis Animal Nutrition SA and ors*, [2003] EWHC 961 (Comm).

<sup>17</sup> Court of Appeal, London, 23 juillet 2010, *Cooper Tire & Rubber Co v Shell Chemicals UK* [2010] UKCLR 1097, EWCA Civ 864

<sup>18</sup> COMP/39.125, 12 novembre 2008, JOUE 2009, C173/13

<sup>19</sup> Cour d'appel d'Amsterdam, 12 novembre 2010, LJN: BO3908, 200.070.039/01 (sur la seule question de la compétence à ce stade)

réparer les dommages causés, quel que soit son lieu d'établissement. Bien plus, les entreprises installées dans un Etat dont la législation est moins propice à l'introduction de telles actions courent davantage de risques que celles-ci ne soient, compte tenu de ce vide juridique, portées devant des juridictions plus coutumières d'un tel contentieux.

Dans le même temps, l'absence de mécanisme d'action collective dans certains Etats membres prive les victimes résidant dans ces Etats qui ne disposent pas de moyens analogues à ceux d'un grand groupe, c'est-à-dire au premier chef les PME et les consommateurs individuels, de la perspective concrète d'obtenir réparation de leur préjudice. Il en résulte une forte asymétrie entre les acteurs économiques et une forte inégalité entre les consommateurs européens, selon l'Etat dans lequel ils résident. La définition de standards européens communs serait de nature à remédier à cette difficulté.

### **1.2. La définition de garanties communes constitue la meilleure protection contre les litiges abusifs**

La définition de standards européens en matière d'actions collectives est ainsi nécessaire pour assurer un égal accès à la justice. Mais il convient de l'entourer de toutes les garanties nécessaires pour prévenir les litiges abusifs. L'Autorité de la concurrence est favorable aux propositions communes des parlementaires français<sup>20</sup> en ce sens.

Quatre grands principes peuvent ainsi être dégagés.

En premier lieu, les standards européens pourraient reposer sur le principe de dommages et intérêts exclusivement compensatoires, correspondant à une appréciation objective du préjudice subi, car la fonction punitive est déjà assurée par les sanctions administratives prononcées par les ANC. La Cour de cassation a en outre récemment jugé que la reconnaissance d'un jugement allouant des dommages-intérêts disproportionnés au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur était contraire à l'ordre public international<sup>21</sup>.

En deuxième lieu, les standards européens pourraient privilégier la formation d'actions consécutives aux décisions d'ANC devenues définitives, qui offrent des garanties procédurales renforcées et assurent une plus grande efficacité dans le traitement des demandes.

En troisième lieu, afin d'acclimater progressivement les actions collectives dans les Etats qui ne connaissent pas à ce jour cette procédure, il paraît préférable, dans un premier temps, de réserver la formation du groupe à une entité agréée chargée de recueillir le consentement exprès de l'ensemble des parties concernées en usant de moyens de publicité appropriés sous le contrôle du juge. La rémunération du conseil auquel elles pourront avoir recours ne devrait pas dépendre du montant des dommages-intérêts obtenus.

En quatrième lieu, si les modalités d'accès aux preuves doivent faciliter la démonstration de la responsabilité de l'auteur du dommage, il convient toutefois d'éviter que la procédure ne porte des atteintes disproportionnées à la vie des entreprises. Les mesures d'instruction pourraient ainsi rester à la discrétion du juge, d'autant que les actions en réparation formées à

---

<sup>20</sup> Voir notes de bas de page 8 et 9

<sup>21</sup> Civ. 1ere, 1<sup>er</sup> décembre 2010, n°09-13.303, P+B+R+I.

la suite de décisions d'une autorité de concurrence, qui contiennent déjà les constatations nécessaires à l'établissement de la faute, devraient être privilégiées (voir 2.).

### **1.3.Des standards européens communs ne seront efficaces en droit de la concurrence que sous certaines conditions**

Afin d'assurer l'efficacité des standards européens, certaines options proposées par la Commission européenne, qui conviennent dans d'autres domaines du droit, ne paraissent pas adaptées en droit de la concurrence.

Ainsi, l'extension du pouvoir d'injonction au droit de la concurrence, tel que prévu par la directive n°98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs n'aurait qu'un très faible intérêt car les ANC disposent déjà d'un pouvoir équivalent en application de l'article 5 du règlement n°1/2003 précité.

S'agissant de la médiation, elle ne doit pas devenir une condition préalable à l'action contentieuse mais devrait rester une option ouverte aux parties dans le cadre de l'action en réparation pour faciliter l'indemnisation des victimes des pratiques, conformément à la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. La médiation n'est en effet efficace, en particulier en droit de la concurrence, que si les victimes disposent d'un recours effectif, ou si, comme aux Pays-Bas, la transaction est obligatoirement homologuée par une juridiction spécialisée. Cette homologation est en outre de nature à faciliter la reconnaissance transfrontalière des droits obtenus.

Il convient en outre de veiller à la bonne complémentarité de l'action publique et de l'action privée, comme l'illustrent les développements qui suivent.

## **2. LES ACTIONS EN REPARATION FORMEES A LA SUITE DE LA DECISION D'UNE ANC GARANTISSENT LA COHERENCE ENTRE L'ACTION PUBLIQUE ET PRIVEE ET ASSURENT UNE PROTECTION CONTRE LES PROCEDURES ABUSIVES**

Les ANC assument une responsabilité particulière dans le domaine du droit de la concurrence. Chargées de l'« action publique », elles assument un rôle de détection, de collecte de preuves et de décision en matière de pratiques anticoncurrentielles, que ce soit de leur propre initiative ou à la suite de plaintes d'organisations de consommateurs ou d'entreprises lésées, ou encore de demandes de clémence. Pour faciliter la mise en œuvre d'actions privées sans nuire à l'action publique, il convient donc de les articuler avec soin.

De ce point de vue, les futurs standards européens pourraient utilement privilégier la formation des actions collectives consécutives au constat de violation des règles de concurrence par les ANC devenues définitives, dites actions « *follow on* », qui présentent des avantages pour l'ensemble des parties prenantes et constituent un rempart contre les abus (2.1.). A cet effet, le renforcement du statut des décisions d'ANC, s'inspirant de l'expérience d'une majorité d'Etats membres, serait indispensable (2.2.). Enfin, l'efficacité de l'articulation entre les actions publiques et privées dépend de la protection effective des déclarations

effectuées dans le cadre de programmes de clémence, qui jouent un rôle clé dans la détection des pratiques anticoncurrentielles (2.3.).

## **2.1. Les procédures consécutives à la décision d'une ANC, dites « follow on », présentent des avantages pour l'ensemble des parties prenantes**

La formation d'actions en réparation, individuelles ou collectives, à la suite de décisions d'une ANC établissant le constat d'une violation du droit de la concurrence est considérablement facilitée et présente des avantages tant pour les consommateurs et PME victimes de pratiques anticoncurrentielles (2.1.1.) que pour les défendeurs (2.1.2.), et pour le juge chargé de statuer sur la réparation (2.1.3.).

### 2.1.1. Les avantages pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles

Ainsi que l'a indiqué la France dans une note à l'OCDE<sup>22</sup> : « *l'ensemble des décisions de l'Autorité, y compris ses décisions constatant l'existence d'une infraction et imposant une sanction, sont publiques (hormis les mentions couvertes par le secret des affaires) et disponibles gratuitement, dès leur adoption et leur notification aux entreprises condamnées, sur son site Internet. Ensuite, ces décisions sont motivées de façon généralement très détaillée. Elles permettent donc à toutes les victimes d'avoir une idée précise des conséquences générales que le cartel ou l'abus qu'elles concernent a pu avoir sur les secteurs ou marchés concernés et sur les consommateurs (qu'il s'agisse de consommateurs finals, d'utilisateurs de biens intermédiaires, de distributeurs, de clients ou encore de concurrents). Elles peuvent aussi les renseigner sur l'incidence de cette pratique anticoncurrentielle sur le fonctionnement des secteurs ou marchés en aval et sur le fonctionnement plus général de l'économie. Enfin, les analyses et les estimations de surprix que l'Autorité peut être amenée à formuler dans certains cas où les données nécessaires pour les réaliser sont disponibles et fiables, sont accessibles aux victimes potentielles.[...] Lorsque le demandeur en réparation s'en prévaut, ces analyses, toujours très motivées et circonstanciées, constituent en effet des éléments de contexte utiles, qui donnent des indications générales aidant le juge à resituer les arguments invoqués par le demandeur pour prouver son préjudice dans le contexte des conséquences économiques plus larges de l'infraction. Enfin, les entreprises victimes, ainsi que les consommateurs par l'intermédiaire d'organisations agréées, ont la possibilité de jouer, plus en amont, le rôle de plaignant dans les procédures d'infraction menées par l'Autorité. L'introduction d'une saisine devant l'Autorité leur donne, à l'image des entreprises qui sont ultérieurement mises en cause, la possibilité de bénéficier du statut de partie devant l'Autorité, qui leur assure des droits procéduraux très étendus : accès au dossier, droit de présenter des observations suite à la notification des griefs et au rapport des services d'instruction, droit d'être entendu oralement par le collège durant la séance, en particulier. Ils ont donc l'opportunité de faire valoir leur point de vue notamment sur l'importance du dommage à l'économie, sur la base d'argumentaires économiques de nature qualitative ou quantitative. Les possibilités que la loi donne aux victimes de pratiques anticoncurrentielles de contribuer à la mission de préservation de l'ordre public économique de l'Autorité jouent un rôle très important en pratique, en aidant l'Autorité à détecter des ententes ou des abus de position dominante*

---

<sup>22</sup>Note de la délégation de la France, Table ronde sur la quantification par les tribunaux nationaux et les autorités de concurrence des dommages causés à l'économie, 25 janvier 2011, DAF/COMP/WD(2011)16

*potentiels, en produisant des informations utiles et en participant au débat contradictoire, aussi bien sur les faits que sur les éléments à prendre en considération pour déterminer le montant des sanctions. En particulier, les entreprises ou les consommateurs victimes, qui sont présents au quotidien sur le terrain, peuvent jouer un rôle déterminant en apportant à l'Autorité des informations et des données économiques utiles à la bonne compréhension des faits et de leurs conséquences, par exemple dans des secteurs tels que les services, la banque ou encore la grande distribution. »<sup>23</sup>.*

Les victimes, dont les associations de consommateurs, peuvent ainsi participer à l'établissement de la violation des règles de concurrence et bénéficient de ce fait d'un allègement de la charge de la preuve, grâce à l'instruction effectuée par l'Autorité de la concurrence. Cette dernière apparaît particulièrement précieuse pour les pratiques anticoncurrentielles qui présentent un caractère secret, tels que les cartels.

### 2.1.2. Les avantages pour les entreprises en cause

Les actions dites « *follow on* » présentent également des avantages pour les entreprises en cause.

En premier lieu, toutes les ANC sont dotées de pouvoirs qui leur permettent d'instruire des dossiers sans qu'il soit nécessaire d'instituer de nouvelles procédures de type « *discovery* », qui sont généralement coûteuses<sup>24</sup>, et peuvent exposer les entreprises concernées, si elles ne sont pas suffisamment encadrées, à la divulgation de secrets d'affaires à des tiers.

Les ANC sont des autorités accoutumées à la gestion des secrets d'affaires<sup>25</sup> et hautement spécialisées, disposant de moyens d'investigation indispensables à l'instruction des cas d'entente et d'une expertise économique renforcée. Cette expertise leur permet notamment de mieux examiner, le cas échéant, les arguments d'efficacité économique fondés sur l'article

---

<sup>23</sup> Ainsi, dans une décision 10-D-28 du 20 septembre 2010, l'Autorité de la concurrence a sanctionné 11 banques pour une entente consistant en la mise en place de commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques. Pour apprécier le dommage à l'économie, l'Autorité a notamment recherché si ces commissions, qui constituaient une charge d'exploitation pour les banques remettantes, avaient pu être répercutées sous la forme d'une hausse de prix, portant sur le tarif de la remise de chèques ou sur le prix d'autres services bancaires (via des subventions croisées). Elle a observé que la perte subie par les consommateurs du fait d'une hausse des prix (ou de leur maintien à un niveau artificiellement élevé) était en l'occurrence d'autant plus importante que les remettants sont des clients captifs du monopole bancaire. Il a ainsi été estimé que pour chaque centime de la commission interbancaire répercuté, l'augmentation des prix payés par les clients s'élevait en réalité à environ 220 millions d'euros sur l'ensemble de la période considérée. Autre exemple, dans sa décision 09-D-05, l'Autorité a sanctionné une entente dans le secteur du travail temporaire par laquelle les plus grandes entreprises de ce secteur s'étaient concertées sur leur politique commerciale à l'égard de leurs grands comptes. Elle a constaté que les entreprises de travail intérimaire avaient pu se réserver des marges supérieures à celles qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence et que les travailleurs intérimaires avaient également pâti de la pratique en raison du renchérissement du recours à cette forme de travail, qui avait réduit l'emploi. Le surcoût pour les clients et les conséquences sur l'emploi intérimaire ont ainsi été estimés à plusieurs dizaines de millions d'euros.

<sup>24</sup> Selon une étude de 2007 (Cohasset associates, *information governance : a core requirement for the global enterprise*), les entreprises américaines dépenseraient entre 2,5 et 4 millions de dollars sur 1 milliard de chiffre d'affaires annuel en « *e-discovery* » en application de l'article 34(a)(1)(A) des *Federal Rules of civil procedure*.

<sup>25</sup> La divulgation du dossier d'une affaire ayant débouché sur une décision de l'Autorité de la concurrence est, en principe, punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende en application de l'article L. 463-6 du Code de commerce. Pour autant, l'utilisation par les parties d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence est envisageable dans la mesure nécessaire à l'exercice des droits de la défense (Cass.com, 19 janvier 2010, n°08-19.761, P+B).

101, paragraphe 3 TFUE, et d'adopter une « approche par les effets » des plaintes pour abus de position dominante, dans les affaires qui s'y prêtent.

Toutes les ANC veillent, par surcroît, à assurer le respect des droits de la défense, conformément aux exigences communes découlant de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également aux exigences constitutionnelles et législatives nationales<sup>26</sup>.

Enfin, les décisions des ANC contiennent des constatations de fait qui ont déjà fait l'objet d'un débat contradictoire et peuvent nourrir utilement le débat ultérieur devant le juge civil, en réduisant le risque qu'il ne soit statué sur la base de dossiers différents si plusieurs juges sont saisis d'une action en réparation, ce qui contribue également à limiter les hypothèses de décisions contradictoires ultérieures sur la question de la faute.

### 2.1.3. Les avantages pour le juge civil

Le traitement des actions en réparation formées consécutivement à une décision de l'Autorité de la concurrence est facilité pour le juge civil. L'intervention préalable de l'Autorité simplifie en effet la mise en état du dossier (voir sur ce point l'avis précité du 21 septembre 2006, notamment sur la question des actions autonomes, beaucoup plus délicates à traiter).

Le juge peut notamment s'aider, pour évaluer le préjudice, des informations figurant dans la décision rendue par l'Autorité, qui peuvent être relatives au surpris, mais aussi à ses autres composantes possibles, telles que le manque à gagner lié aux ventes perdues du fait d'une éviction ou d'une entente.

## **2.2. Il conviendrait de tirer parti de l'expérience positive de nombreux Etats membres en renforçant le statut des décisions d'ANC devenues définitives, après que les entreprises concernées ont exercé leur droit de recours**

Afin de tirer le meilleur parti des avantages précédemment décrits des actions en réparation consécutives à une décision d'une ANC, le législateur européen pourrait s'inspirer de l'expérience d'un nombre important d'Etats membres.

---

<sup>26</sup> En France, la loi et la jurisprudence ont ainsi défini un très haut degré d'exigence en la matière. L'Autorité de la concurrence donne aux entreprises l'occasion de faire part de leurs observations à trois occasions au cours de la procédure. Elle conduit tout d'abord deux « tours » de débat contradictoire écrits. Le premier est déclenché par la notification des griefs, qui définit le champ des accusations faisant l'objet de la procédure, expose les faits reprochés, les qualifications juridiques envisagées par les services d'instruction à ce stade de la procédure et les responsabilités de chacun. Cette notification des griefs n'est connue que des parties, et, dans sa version confidentielle protégeant les secrets d'affaires, du plaignant, ce qui permet à l'entreprise de faire valoir sa défense sans s'exposer à la divulgation d'informations confidentielles à des tiers et à l'Autorité de recueillir les observations de l'ensemble des parties de façon impartiale. Un second tour de contradictoire est alors organisé sur la base d'un rapport, qui est communiqué selon des modalités identiques aux parties. Ce rapport affine, à l'aune des observations sur la notification de griefs, l'analyse factuelle et juridique des services d'instruction. A l'issue de cette deuxième étape, le collège de l'Autorité, distinct des services d'instruction, convoque systématiquement à une séance orale l'ensemble des parties, en continuant à veiller à la protection des secrets d'affaires. Cette séance permet aux entreprises mises en cause d'être confrontées aux autres parties, dont le saisissant, et de débattre notamment de la réalité des pratiques, de leurs justifications éventuelles, ainsi que de leur imputation.

Dans quatorze Etats membres de l'Union européenne, soit une majorité d'entre eux, les constatations factuelles et les qualifications juridiques au regard du droit de la concurrence retenues dans les décisions de l'ANC compétente devenues définitives bénéficient d'un statut particulier. Au Danemark, en Italie, en Pologne et en Roumanie, la jurisprudence prévoit une inversion de la charge de la preuve. Dans dix autres Etats membres, en application de la loi (Allemagne, Bulgarie, Grèce, Hongrie, République tchèque, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie) ou de la jurisprudence (Belgique, Finlande), les décisions d'ANC constatant une violation des règles de concurrence et devenues définitives<sup>27</sup> après exercice, le cas échéant, des voies de recours suffisent par elles-mêmes à établir l'existence d'une faute des destinataires de ces décisions, susceptible d'ouvrir un droit à réparation.

L'office du juge est, de ce fait, organisé de façon différente du schéma de droit commun, dans un objectif de simplification au bénéfice des victimes de pratiques anticoncurrentielles et de spécialisation des juridictions.

Ainsi, si le législateur européen s'inspirait des exemples exposés ci-dessus, l'action en se déroulerait en deux phases en France, concomitantes ou consécutives. D'une part, les juridictions de contrôle spécialisées seraient chargées de statuer, le cas échéant, sur la décision de l'Autorité. En l'absence de recours dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 464-8 du Code de commerce, cette dernière deviendrait définitive. D'autre part, le juge civil saisi d'une demande en réparation pourrait reconnaître, en application de la jurisprudence fondée sur l'article 1382 du Code civil<sup>28</sup>, l'existence d'une faute du défendeur, si celui-ci était partie à la procédure devant l'Autorité, et pourrait apprécier, sur la base des éléments de fait et de droit qui lui seraient soumis, le lien de causalité entre la violation du droit de la concurrence et le préjudice allégué par le demandeur, pour statuer sur le montant de la réparation éventuelle.

Cette évolution supprimerait également les risques de discrimination à rebours. Si les victimes d'une pratique anticoncurrentielle constatée par une décision de la Commission européenne peuvent, en effet, en application de la jurisprudence *Masterfoods*<sup>29</sup> et de l'article 16, paragraphe 1 du règlement (CE) n°1/2003 du Parlement européen et du Conseil, se prévaloir de celle-ci auprès du juge civil, elles ne peuvent bénéficier d'un dispositif équivalent sur la base d'une décision d'ANC que dans quelques Etats membres, et non dans l'ensemble de l'Union européenne. Les victimes, c'est-à-dire les consommateurs et PME, mais aussi de grands groupes, comme ce fut le cas en France dans l'affaire du travail temporaire, se voient, dans ces conditions privés d'un droit effectif à un recours. Il serait donc souhaitable de mettre fin à cette situation qui peut être source de discriminations.

---

<sup>27</sup> Dans un souci de sécurité juridique, les décisions des ANC ne bénéficieraient ainsi pas de la même présomption de validité que les décisions de la Commission européenne.

<sup>28</sup> Voir à titre d'exemple, CA Versailles, 24 juin 2004, 12ème chambre, 2ème section, *SA Verimédia c/ SA Médiatrie et a.* (JCP E 2004, n° 1487) : une « *décision définitive du Conseil de la concurrence désignant nommément la société (demanderesse) comme l'une des victimes d'actions dilatoires concertées ayant eu pour objet ou pour effet d'entraver le libre exercice de la concurrence dans le secteur (en cause) (...) établit suffisamment que les comportements (...) sanctionné(s) à ce titre constituent bien des fautes à l'égard de (la victime) ».*

<sup>29</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods Ltd et HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, Rec. p. I-11369, points 49 et suivants

### **2.3.L'efficacité de l'articulation entre les actions publiques et privées dépend de la protection effective des programmes de clémence**

Enfin, l'une des conditions essentielles de l'efficacité des standards européens en matière d'action collective porte sur la protection des programmes de clémence.

Ces programmes incitent les entreprises parties à une entente à révéler elles-mêmes ces infractions néfastes pour l'économie en contrepartie d'une réduction de la sanction administrative encourue. Le législateur français a été un pionnier en la matière puisqu'il a doté l'Autorité de cet outil, encadré par l'article L. 464-2, IV du Code de commerce, dès 2001.

Ces programmes bénéficient à l'ensemble de la collectivité car, en leur absence, de nombreux cartels n'auraient pu être détectés par les ANC, et par conséquent portés à la connaissance de leurs victimes, qui ne se verraient dans ces conditions offrir aucun droit à réparation.

Il convient donc d'assurer un équilibre entre la préservation de l'efficacité des programmes de clémence, qui suppose la garantie de la confidentialité des déclarations faites par les entreprises demanderesse, et l'accès aux preuves que peuvent se voir offrir les victimes, dont les actions en réparation seront considérablement facilitées du fait des standards européens.

Ces standards européens devraient donc organiser de façon uniforme au sein du réseau européen de la concurrence la protection des déclarations et preuves annexées aux demandes de clémence, afin que les entreprises concernées ne soient pas placées dans une position moins favorable devant le juge civil que si elles n'avaient pas transmis des informations à la Commission européenne ou à une ANC.

#### **Conclusion :**

La définition de standards européens permettant de favoriser les actions en réparation des dommages nés de pratiques contraires aux articles 101 et/ou 102 TFUE est souhaitable afin de conforter l'effectivité des droits des victimes, qu'il s'agisse de grands groupes, mais aussi, et surtout, de PME et de consommateurs individuels dont la capacité de négocier une transaction permettant d'éviter un litige est moindre. Elle peut également contribuer à réduire les inégalités qui se développent dans l'Union européenne du fait de divergences dans les droits nationaux.

Un modèle propre à l'Union européenne, qui s'acclimaterait ainsi plus aisément dans l'ensemble des États membres, peut être construit à partir des expériences nationales et des réflexions des parlementaires européens et nationaux.

Il doit être efficace, en veillant à une bonne articulation entre action publique et action privée, qui passe essentiellement par la reconnaissance de l'autorité de la chose décidée aux décisions des ANC devenues définitives et par la protection des déclarations de clémence.

Ces conditions d'efficacité répondent également à des considérations d'équilibre car elles participent des garanties effectives contre les recours abusifs, qui doivent faire partie intégrante de ce modèle européen.