



COMMISSION EUROPÉENNE  
DG Concurrence

Bruxelles, le 19 décembre 2005  
ce texte est une traduction  
informelle de la version anglaise  
SEC(2005)1732

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

**ANNEXE AU LIVRE VERT**

**SUR LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS POUR INFRACTION AUX  
REGLES COMMUNAUTAIRES SUR LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION  
DOMINANTE**

{COM(2005)672déf}

## TABLE DES MATIÈRES

SECTION I: INTRODUCTION .....	7
A. OBJET DU DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION .....	7
B. LES OBJECTIFS ET LES AVANTAGES DE L'APPLICATION DU DROIT PAR LA SPHERE PRIVEE .....	7
1. Réparation .....	7
2. Dissuasion .....	8
3. Rapprocher le droit de la concurrence des citoyens .....	8
4. Autres avantages de l'application du droit par la sphère privée .....	8
5. Une approche équilibrée .....	9
C. L'APPLICATION DU DROIT PAR LA SPHERE PRIVEE EST UN COMPLEMENT DE SON APPLICATION PAR LA SPHERE PUBLIQUE .....	9
D. L'INTRODUCTION D'UNE ACTION EN DOMMAGES ET INTERETS POUR INFRACTION AUX REGLES ANTITRUST COMMUNAUTAIRES EST UN DROIT CONSACRE PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE .....	10
E. EXPLOITER LA REFORME DU REGLEMENT N° 1/2003 .....	13
F. LES OBSTACLES AUX ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS .....	14
1. Actions collectives .....	14
2. Existence d'une faute .....	15
3. Charge de la preuve et degré de preuve .....	15
4. Collecte et présentation des preuves .....	15
5. Valeur probante des décisions des autorités nationales de la concurrence et des juridictions nationales .....	15
6. Quantification des dommages .....	16
7. Moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts et la situation de l'acheteur indirect .....	16
8. Montant des dommages et intérêts .....	16
9. Péremptions .....	16
10. Dépens .....	17
11. Droit applicable .....	17
G. FACILITER LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS POUR INFRACTION AUX REGLES ANTITRUST COMMUNAUTAIRES .....	17
SECTION II: ACCES AUX PREUVES .....	21

A.	DIVULGATION ET PRODUCTION DE PREUVES DOCUMENTAIRES .....	21
	1. <i>Le cadre général</i> .....	21
	a. La situation dans les États membres de l'UE .....	21
	b. Initiatives européennes et internationales .....	23
	2. <i>Mesures contre le refus de communiquer des preuves et contre la destruction de preuves</i> .....	25
	a. Sanctions en cas de non divulgation de preuves .....	25
	b. La prévention de la destruction de preuves.....	25
	3. <i>Témoins devant la justice</i> .....	26
	a. Citation de témoins devant la justice en vue de la communication d'éléments de preuve .....	26
	b. Interrogatoire et contre-interrogatoire des témoins devant la justice.....	27
	4. <i>Accès aux documents détenus par la Commission ou par les autorités nationales de la concurrence</i> .....	28
	a. Accès au titre des règles relatives à la transparence administrative.....	28
	b. Accès des juridictions nationales au titre du devoir de coopération loyale entre la Commission et les États membres.....	29
B.	ALLEGEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE IMPOSEE AU REQUERANT.....	30
	1. <i>La charge de la preuve et le degré de preuve</i> .....	30
	2. <i>Allègement de la charge de prouver l'infraction imposée au requérant en cas d'asymétrie des informations</i> .....	31
	3. <i>Allègement de la charge de prouver l'infraction imposée au requérant en cas de décision préalable d'une autorité nationale de la concurrence</i> .....	32
	4. <i>Conséquences d'un refus de communiquer des preuves</i> .....	32
C.	OPTIONS POLITIQUES .....	33
	1. <i>Options relatives à la divulgation de preuves documentaires</i> .....	33
	2. <i>Options relatives à l'accès aux documents détenus par la Commission ou par une autorité nationale de la concurrence</i> .....	34
	3. <i>Options relatives à l'allègement de la charge de prouver l'infraction aux règles antitrust imposée au requérant</i> .....	35
	SECTION III: NECESSITE DE L'EXISTENCE D'UNE FAUTE.....	37
A.	INTRODUCTION.....	37
B.	OPTIONS POLITIQUES .....	39
	SECTION IV: DOMMAGES ET INTERETS.....	41

A.	INTRODUCTION.....	41
B.	ÉLÉMENTS PRESENTANT UN INTERET POUR LA DEFINITION DES DOMMAGES ET INTERETS.....	41
	1. <i>Notion de compensation ou de réparation</i> .....	41
	2. <i>Récupération d'un gain illicite</i> .....	41
	3. <i>Dommages et intérêts exemplaires ou punitifs</i> .....	42
	4. <i>Dommages et intérêts porteurs d'intérêts</i> .....	44
C.	QUANTIFICATION DES DOMMAGES.....	45
	1. <i>Introduction</i> .....	45
	2. <i>Modes de calcul du montant des dommages et intérêts</i> .....	46
	a. Les modes de calcul simples.....	47
	b. Les modes de calcul plus complexes.....	48
	c. La méthode de sondage.....	48
	d. La quantification <i>ex aequo et bono</i> .....	49
	3. <i>Deux cas particuliers: calcul du manque à gagner du demandeur et calcul du         préjudice sur la base du gain illicite réalisé par le défendeur</i> .....	49
D.	PROCEDURE FRACTIONNEE.....	51
E.	OPTIONS POLITIQUES.....	51
	1. <i>Options relatives à la définition des dommages et intérêts</i> .....	51
	2. <i>Options relatives aux méthodes de quantification des dommages/modes de         calcul des dommages et intérêts</i> .....	52
	3. <i>Autres options</i> .....	53
	SECTION V: LE MOYEN DE DEFENSE PORTANT SUR LA REPERCUSSION DES SURCOUTS ET LA SITUATION DE L'ACHETEUR INDIRECT.....	54
A.	INTRODUCTION.....	54
B.	LE MOYEN DE DEFENSE PORTANT SUR LA REPERCUSSION DES SURCOUTS.....	54
C.	SITUATION DE L'ACHETEUR INDIRECT.....	59
D.	OPTIONS POLITIQUES RELATIVES AU TRAITEMENT DU MOYEN DE DEFENSE PORTANT SUR LA REPERCUSSION DES SURCOUTS ET LA SITUATION DES ACHETEURS INDIRECTS.....	61
	SECTION VI: DEFENSE DES INTERETS DES CONSOMMATEURS.....	63
A.	INTRODUCTION.....	63

B.	LES ACTIONS COLLECTIVES ET REPRESENTATIVES DANS LES AFFAIRES ANTITRUST DANS LES ÉTATS MEMBRES.....	65
C.	OPTIONS POLITIQUES.....	67
	SECTION VII: COUT DES ACTIONS.....	69
A.	INTRODUCTION.....	69
B.	L'OBLIGATION IMPOSEE AUX ÉTATS MEMBRES DE PREVOIR DES REGLES EN MATIERE DE RECOUVREMENT DES COUTS GARANTISSANT UN ACCES EFFECTIF AUX TRIBUNAUX.....	70
C.	REGLES RELATIVES AU RECOUVREMENT DES COUTS APPLIQUEES PAR LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES.....	72
D.	REGLES RELATIVES AU RECOUVREMENT DES COUTS APPLIQUEES PAR LES JURIDICTIONS DES ÉTATS MEMBRES .....	73
E.	LES REGLES RELATIVES AU RECOUVREMENT DES COUTS COMME INCITATIONS A L'INTRODUCTION D'UNE ACTION .....	74
F.	OPTIONS POLITIQUES.....	75
	SECTION VIII: COORDINATION DE L'APPLICATION DU DROIT PAR LA SPHERE PUBLIQUE ET PAR LA SPHERE PRIVEE .....	77
A.	INTRODUCTION.....	77
B.	LA CLEMENCE ET LES ACTIONS AU CIVIL COMME ELEMENTS D'UN SYSTEME OPTIMAL DE DISSUASION A L'EGARD DES INFRACTIONS ....	77
C.	LE LIEN ENTRE LES PROGRAMMES DE CLEMENCE ET LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS .....	78
D.	OPTIONS POLITIQUES.....	79
	SECTION IX – COMPETENCE ET DROIT APPLICABLE.....	82
A.	COMPETENCE ET JONCTION DE DEMANDES .....	82
B.	DROIT APPLICABLE .....	83
C.	OPTIONS POLITIQUES.....	87
	SECTION X: AUTRES POINTS A TRAITER.....	89
A.	RECOURS A L'EXPERTISE DEVANT LES TRIBUNAUX.....	89
	1. <i>Introduction</i> .....	89
	2. <i>Option politique concernant les experts</i> .....	90
B.	IMPACT DES DELAIS DE PRESCRIPTION DANS LES ÉTATS MEMBRES...	90

<i>1. Introduction</i> .....	90
<i>2. Les délais de prescription dans les États membres</i> .....	91
<i>3. Les délais de prescription en droit communautaire</i> .....	92
<i>4. Option politique concernant les délais de prescription</i> .....	93
C. LE LIEN DE CAUSALITE.....	93

## SECTION I: INTRODUCTION

### A. OBJET DU DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

1. Le Livre vert et le présent document de travail des services de la Commission ont pour but d'examiner les moyens qui permettraient de faciliter les actions en dommages et intérêts pour infraction aux articles 81 et 82 du traité CE (règles antitrust communautaires) devant les juridictions nationales afin de mieux dédommager les victimes et de compléter les activités des autorités publiques chargées de l'application du droit. Les actions en dommages et intérêts s'inscrivent dans le cadre de l'application du droit communautaire de la concurrence par la sphère privée.
2. Par «application du droit par la sphère privée», on entend l'introduction d'une action en justice par la victime d'un comportement anticoncurrentiel. Les juridictions compétentes en la matière en Europe sont les juridictions nationales des États membres. En effet, il n'existe pas de juridiction compétente au niveau communautaire pour instruire les actions en dommages et intérêts introduites par des particuliers pour infraction aux règles antitrust communautaires.
3. L'application du droit par la sphère privée et par la sphère publique sont les deux piliers de l'application des règles antitrust communautaires. L'application par la sphère privée diffère de l'application par la sphère publique, dans le cadre de laquelle les pouvoirs publics (la Commission au niveau communautaire et les autorités nationales de la concurrence au niveau des États membres) enquêtent sur les infractions présumées au droit de la concurrence et peuvent imposer certaines mesures et sanctions, notamment des amendes à l'encontre des entreprises qui se sont rendues coupables d'un comportement infractionnel. Les amendes contribuent au budget public et les activités des autorités publiques chargées de l'application du droit sont prises en charge par l'État. L'application par la sphère privée est payée par le particulier qui introduit l'action, sachant qu'il peut récupérer cet argent grâce aux indemnités qui lui sont attribuées si son action aboutit.

### B. LES OBJECTIFS ET LES AVANTAGES DE L'APPLICATION DU DROIT PAR LA SPHERE PRIVEE

#### *1. Réparation*

4. La notion d'actions privées en dommages et intérêts est assortie du principe fondamental que la victime d'une infraction au droit peut obtenir réparation de la perte subie à la suite de l'infraction en cause. Si l'on veut rapprocher le droit de la concurrence des consommateurs et des entreprises et améliorer leur accès aux différents types d'actions qu'ils peuvent introduire en justice pour protéger leurs droits, il est souhaitable que les victimes d'infractions au droit de la concurrence puissent être dédommagées de la perte subie. Les dommages et intérêts peuvent aussi bien être réclamés dans le cadre d'actions entre cocontractants que d'actions engagées par des tiers à l'encontre des contrevenants.

## *2. Dissuasion*

5. Une application renforcée du droit par la sphère privée maximisera le respect du droit en complément de son application par la sphère publique. Une application renforcée du droit incitera davantage les entreprises à s'y conformer, ce qui contribuera à maintenir les marchés ouverts et concurrentiels.
6. Une application renforcée du droit par la sphère privée élargira l'éventail d'infractions sanctionnées tout en renforçant le degré d'application générale. Cela résultera en particulier des actions qui ne sont pas introduites sur la base de décisions adoptées par les pouvoirs publics (actions de suivi). Concernant les actions de suivi, la facilitation de l'application du droit par la sphère privée permettra plus souvent qu'auparavant à la victime du comportement anticoncurrentiel de se voir indemniser de ses pertes, outre les amendes infligées par les autorités de la concurrence. Tant l'octroi de dommages et intérêts que l'imposition d'amendes contribuent au maintien d'une concurrence effective et découragent tout comportement anticoncurrentiel.

## *3. Rapprocher le droit de la concurrence des citoyens*

7. Le fait d'accorder aux entreprises et citoyens européens (à titre collectif ou individuel) de plus grandes possibilités de faire respecter directement leurs droits dans le domaine de la concurrence les rapprochera des règles de concurrence et les impliquera activement dans leur application. Il en va de même pour les entreprises susceptibles de se voir poursuivre en justice en cas d'inexécution des obligations qui leur incombent au titre du droit communautaire de la concurrence. Rapprocher le droit communautaire de la concurrence des citoyens les incitera à s'impliquer davantage dans son application. Les citoyens seront ainsi sensibilisés au droit de la concurrence et y deviendront attachés, ce qui permettra de mettre les citoyens européens de même que les entreprises en contact plus direct et plus étroit avec les dispositions législatives et les politiques élaborées au niveau de l'Union européenne.

## *4. Autres avantages de l'application du droit par la sphère privée*

8. L'introduction d'une action peut présenter plusieurs autres avantages pour les particuliers. Par exemple, les juridictions nationales peuvent appliquer des sanctions civiles de nullité à l'encontre de relations contractuelles dans le cadre de l'instruction d'une action en dommages et intérêts. Les juridictions nationales peuvent condamner le défendeur à payer les frais de justice de la partie ayant obtenu gain de cause, alors que ces frais ne sont pas récupérables dans le cadre d'une plainte déposée auprès d'une autorité de la concurrence. Il est par ailleurs possible de combiner une demande introduite devant une juridiction nationale avec d'autres demandes.
9. L'application du droit par la sphère privée revêt également de l'importance dans le contexte plus large du renforcement de la compétitivité de l'Europe. La concurrence sur le marché encourage les entreprises à innover, à se montrer performantes et à contribuer à une exploitation plus efficace des ressources, d'où une productivité renforcée. Les marchés ouverts et concurrentiels constituent le principal moteur de la compétitivité, laquelle a une incidence sur le niveau de vie des citoyens. Cette

circonstance est explicitement reconnue dans les plans d'action de la Commission pour la stratégie de Lisbonne renouvelée formant un partenariat avec les États membres. Il s'agit d'accroître la croissance économique européenne et de créer des emplois. Des actions plus fortes s'imposent au niveau tant national qu'europpéen pour veiller à ce que les marchés soient bien ouverts et concurrentiels.

10. L'application des règles de concurrence joue un rôle essentiel pour garantir que les entreprises européennes se trouvent dans une situation comparable. Elle fait échec aux obstacles à la concurrence (ententes et pratiques d'exclusion des entreprises en position dominante, par exemple) en se prévalant des instruments du droit de la concurrence pour aborder les cas individuels. Faciliter et renforcer l'application des règles antitrust communautaires par la sphère privée permettrait de renforcer l'efficacité du respect du droit de la concurrence et apporterait une contribution substantielle à l'objectif clé consistant à préserver des marchés ouverts et concurrentiels dans le marché intérieur.
11. Une application renforcée du droit de la concurrence par la sphère privée est par conséquent parfaitement conforme aux objectifs plus larges de la stratégie de Lisbonne renouvelée, visant à renforcer la compétitivité de l'Europe au profit des citoyens européens tout comme des entreprises.

#### 5. *Une approche équilibrée*

12. Si l'application du droit par la sphère privée présente ainsi des avantages non négligeables pour les particuliers et les entreprises, ainsi que pour la société dans son ensemble, tout débat portant sur les moyens qui permettraient de faciliter l'application du droit par la sphère privée doit veiller à tenir compte des coûts associés à l'introduction d'actions pour infraction au droit de la concurrence qui ne sont pas fondées. Il importe en effet de ne pas faciliter l'introduction de ces actions, dont les coûts sociaux l'emportent sur les avantages. La Commission souhaite exploiter ce débat afin de déterminer les moyens qui permettraient de mieux réparer les dommages causés par les infractions aux règles antitrust et de renforcer les mesures de dissuasion, tout en évitant les situations où les défendeurs règlent le litige pour la simple raison que les frais de procédure sont trop élevés. L'ultime objectif doit consister à favoriser une culture de la concurrence, et non pas une culture de contentieux.

#### **C. L'APPLICATION DU DROIT PAR LA SPHERE PRIVEE EST UN COMPLEMENT DE SON APPLICATION PAR LA SPHERE PUBLIQUE**

13. Les actions privées introduites devant les juridictions nationales représentent dans une large mesure un complément de l'application des règles antitrust communautaires par la sphère publique. Les actions privées ne doivent pas et ne peuvent pas remplacer l'application du droit par la sphère publique. Le rôle des pouvoirs publics continuera à être de la plus haute importance en ce qui concerne la mise au jour des pratiques anticoncurrentielles telles que les cartels, pour lesquels les pouvoirs d'investigation particuliers qui leur sont conférés et les programmes de clémence sont indispensables pour une application efficace du droit de la

concurrence. Les autorités de la concurrence continueront également à jouer un grand rôle dans les cas nécessitant une analyse économique complète.

14. Les actions privées peuvent en particulier porter sur les affaires non traitées par les pouvoirs publics, notamment par manque de ressources et en raison d'autres contraintes liées à la hiérarchisation des priorités.
15. Le principe de l'application du droit communautaire par la sphère privée parallèlement à son application par les pouvoirs publics remonte à l'arrêt *van Gend & Loos*. Dans cet arrêt, la Cour a exprimé le principe de la complémentarité des rôles des autorités publiques et des particuliers dans l'application des droits résultant du droit communautaire dans les termes suivants:

*«la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles [226] et [227] confient à la diligence de la Commission et des États membres».*<sup>1</sup>

**D. L'INTRODUCTION D'UNE ACTION EN DOMMAGES ET INTERETS POUR INFRACTION AUX REGLES ANTITRUST COMMUNAUTAIRES EST UN DROIT CONSACRE PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE**

16. L'application des règles communautaires de la concurrence par la sphère privée peut se concrétiser sous différentes formes, dont les actions en dommages et intérêts. Une action en dommages et intérêts est introduite à l'encontre de l'auteur de l'infraction par la victime en vue d'obtenir une indemnisation financière pour le préjudice qu'elle a subi. L'application du droit par la sphère privée peut également prendre la forme d'actions en nullité ou de recours en injonction, par exemple des actions visant à mettre un terme à un comportement anticoncurrentiel ou à faire appliquer un contrat. Ces recours en injonction peuvent conduire à des mesures provisoires ou définitives.
17. Si la nullité à titre de sanction pour infraction à l'article 81 CE a été explicitement prévue par le traité CE (article 81, paragraphe 2), les actions en dommages et intérêts et les actions en cessation peuvent être déduites de l'article 10 CE. En outre addition, en vertu de la jurisprudence communautaire, la pleine efficacité du droit communautaire directement applicable nécessite que les juridictions nationales soient compétentes pour ordonner des mesures provisoires<sup>2</sup> ainsi que pour accorder des dommages et intérêts.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Affaire 26/62, *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Administration fiscale néerlandaise*, Rec. 1963, p. 1.

<sup>2</sup> Arrêt de la Cour du 19 juin 1990 dans l'affaire C-213/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, Rec. 1990, p. I-2433, points 20 à 21. Selon l'Avocat général, M. Jacobs, le raisonnement dans l'arrêt *Courage* s'applique également aux recours en injonction (voir ses conclusions dans l'affaire C-264/01, *AOK Bundesverband*, Rec. 2004, p. I-2493, point 104. Concernant les critères permettant d'ordonner des mesures provisoires, voir l'arrêt de la Cour du 21 février 1991 dans les affaires jointes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, Rec. 1991, p. I-415, ainsi que l'arrêt de la

18. L'obligation au titre de laquelle les juridictions nationales sont tenues d'accorder des dommages et intérêts a été établie par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans son arrêt *Courage/Crehan* portant spécifiquement sur l'application des droits et obligations résultant de l'article 81 CE.<sup>4</sup>
19. L'arrêt *Courage* repose sur une jurisprudence constante des juridictions communautaires concernant la protection effective des droits découlant des dispositions communautaires par les juridictions des États membres. Cette jurisprudence se centre sur la protection des droits des particuliers contre les infractions au droit communautaire commises par les États membres. Cette jurisprudence comporte par exemple l'obligation pour les juridictions nationales d'ordonner des mesures provisoires lorsqu'un droit découlant des dispositions communautaires est soumis à un examen judiciaire,<sup>5</sup> d'assurer la restitution de taxes perçues par un État membre en violation du droit communautaire<sup>6</sup> ou d'assurer l'octroi de dommages et intérêts pour violation du droit communautaire par un État membre.<sup>7</sup> L'arrêt *Courage* étend cette jurisprudence aux actions engagées par un particulier contre un autre particulier pour infraction au droit communautaire en déclarant que les juridictions nationales doivent, dans certaines circonstances, permettre aux particuliers de demander des dommages et intérêts pour infraction au droit communautaire de la concurrence commise par un autre particulier.
20. L'existence, en droit communautaire, d'un recours en dommages et intérêts à l'encontre de particuliers pour infraction aux articles 81 et 82 CE résulte des mêmes principes que ceux qui permettent d'introduire un tel recours contre les États membres

---

Cour du 9 novembre 1995 dans l'affaire C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH et autres/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec. 1995, p. I-3761.

<sup>3</sup> Si l'application du droit de la concurrence par la sphère privée peut être améliorée en renforçant l'efficacité des actions en dommages et intérêts, dans d'autres domaines du droit communautaire, d'autres voies de recours peuvent produire de meilleurs résultats, comme, par exemple, en cas d'infractions au droit applicable en matière de marchés publics, où la prise de mesures provisoires et l'annulation des décisions illégales peuvent être plus appropriées. Par exemple, en cas d'infraction aux directives relatives aux procédures de passation des marchés publics (directives 2004/17 et 2004/18), les directives 89/665 et 92/13 relatives aux procédures de recours en la matière contraignent les États membres à permettre d'autres types de recours, notamment la possibilité d'obtenir des mesures provisoires ou l'annulation des décisions illégales. Ces mesures sont très efficaces si elles sont prises rapidement, à un stade où il est encore possible de remédier aux infractions (soit, de préférence, pendant la procédure d'adjudication précédant la signature du contrat).

<sup>4</sup> Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, *Courage Ltd/Bernard Crehan et Bernard Crehan/Courage Ltd et autres*, Rec. 2001, p. I-6297. Voir également les conclusions de l'Avocat général, M. Van Gerven, dans l'affaire C-128/92, *Banks/British Coal*, Rec. 1994, p. I-1209, points 36 à 54.

<sup>5</sup> Voir, par exemple, *Factortame I*, citée en note 2 ci-dessus.

<sup>6</sup> Affaire 68/79, *Hans Just/ministère danois des impôts et accises*, Rec. 1980, p. 501, affaire 199/82, *Administration des fincés de l'État italien/SpA San Giorgio*, Rec. 1983, p. 3595, et affaire C-192/95, *Comateb et autres/Directeur général des douanes et droits indirects*, Rec. 1997, p. 1-165.

<sup>7</sup> Affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et autres/Italie*, Rec. 1991, p. I-5357, et affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland et The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e.a. («Brasserie du Pêcheur»)*, Rec. 1996, p. I-1029.

pour violations d'autres dispositions du droit communautaire. Ce recours repose sur le fait que, tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour,<sup>8</sup> les articles 81 et 82 CE engendrent directement des obligations et des droits pour les particuliers. Le principe des effets directs suppose que les particuliers peuvent faire valoir ces droits et faire appliquer ces obligations directement devant une juridiction nationale. C'est ainsi que la Cour a statué dans l'arrêt *Courage* que:

*«de même qu'il créé des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que celui-ci impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires».*<sup>9</sup>

21. Afin d'assurer l'efficacité (effet utile) des droits découlant des dispositions communautaires directement applicables, les juridictions nationales doivent assurer des voies de recours appropriées pour en garantir la protection. Cette protection comporte le droit de réclamer des dommages et intérêts. Cela vaut pour l'ensemble des droits et obligations découlant du droit communautaire, aussi bien ceux qui concernent les États membres que, en vertu de l'arrêt *Courage*, ceux qui concernent les particuliers. C'est ainsi que la Cour a statué dans l'arrêt *Courage*:<sup>10</sup>

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

*Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté.»*

22. En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique national de déterminer les modalités d'exercice de ce droit de recours en dommages et intérêts, pour autant que ces modalités soient équivalentes à celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'elles permettent l'exercice effectif des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.<sup>11</sup> Le Livre vert et

---

<sup>8</sup> Affaire 127/73, *BRT/SABAM*, Rec. 1974, p. 51, point 16.

<sup>9</sup> *Courage*, point 19, renvoyant à l'arrêt *van Gend & Loos*, cité en note 1 ci-dessus, à l'affaire 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Rec. 1964, p. 585, et à *Francovich*, cité en note 7 ci-dessus, point 31. Voir également les points 20 à 23 de l'arrêt *Courage*.

<sup>10</sup> *Courage*, points 26 et 27.

<sup>11</sup> *Courage*, point 29, renvoyant à l'affaire C-261/95 *Palmisani*, Rec. 1997, p. I-4025, point 27.

le présent document de travail des services de la Commission examinent les moyens qui permettraient d'assurer en Europe l'efficacité d'un recours en dommages et intérêts visant la protection des droits résultant du droit antitrust communautaire.

#### **E. EXPLOITER LA REFORME DU REGLEMENT N° 1/2003**

23. La récente réforme du système d'application du droit antitrust communautaire mis en place par le règlement n° 1/2003,<sup>12</sup> qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004, visait l'objectif d'une application renforcée par les autorités de la concurrence des États membres et par les juridictions nationales, d'où une possibilité accrue d'application du droit communautaire de la concurrence par la sphère privée.
24. L'article 6 du règlement n° 1/2003 dispose que les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Quant à l'article 3, il prévoit que les juridictions nationales appliquent le droit communautaire de la concurrence aux comportements anticoncurrentiels susceptibles d'affecter le commerce entre États membres lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à ces comportements. Afin de faciliter l'application des règles antitrust communautaires par les juridictions nationales, l'article 15, paragraphe 1, du règlement prévoit expressément un certain nombre de mécanismes permettant aux juridictions de demander à la Commission de leur communiquer des informations ou un avis.
25. Le considérant 7 du règlement reconnaît explicitement l'importance du rôle joué par les actions en dommages et intérêts engagées par les particuliers devant les juridictions nationales, en complément de l'application des règles antitrust communautaires par la sphère publique. Il dispose en effet que:
- «Les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles communautaires de concurrence. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres.»*
26. La Communication de la Commission relative au traitement des plaintes souligne que l'un des principaux objectifs du règlement n° 1/2003 *«consiste à obtenir la participation efficace des juridictions et des autorités de concurrence des États membres à l'application des articles 81 et 82»*.<sup>13</sup> La Communication souligne l'importance que revêtent les actions des particuliers pour l'application du droit communautaire de la concurrence..

---

<sup>12</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, JO L 1 du 4.1.2003, L 1/1.

<sup>13</sup> Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, JO 2004 C 101/65, point 9 (voir, plus généralement, les parties II A et B).

27. La modernisation du droit communautaire de la concurrence a ouvert la voie à une application renforcée des règles de concurrence par la sphère privée en supprimant le monopole de la Commission sur les exemptions accordées par l'article 81, paragraphe 3, et en habilitant les juridictions nationales à appliquer ces règles. Afin de compléter ce processus et d'assurer une application du droit antitrust aussi efficace et efficiente que possible en Europe, il importe de songer à ce dont on a besoin pour faire de l'application du droit par la sphère privée un moyen plus efficace de faire respecter le droit.

## F. LES OBSTACLES AUX ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS

28. Afin de faciliter l'identification des obstacles potentiels aux actions en dommages et intérêts en Europe, la Commission a commandé une étude sur la situation en matière de demandes d'indemnisation dans les affaires relatives à des infractions aux règles communautaires de la concurrence, qui a été publiée sur le site web de la DG Concurrence le 2 septembre 2004.<sup>14</sup> Tout au long du présent document, il faut entendre par références à «l'Étude» les références à cette étude.
29. L'Étude est parvenue à la conclusion que les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust communautaires se caractérisent par un «*total sous-développement*», d'une part, et que les approches adoptées par les États membres se caractérisent par une «*diversité étonnante*», d'autre part. L'Étude n'a identifié qu'un nombre très limité de cas ayant donné lieu à l'attribution de dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust communautaires depuis 1962. L'Étude a également établi un nombre tout aussi limité de cas d'attribution de dommages et intérêts en application du droit national de la concurrence.
30. En ce qui concerne les principaux obstacles à l'application du droit antitrust communautaire par la sphère privée qui existent actuellement dans les États membres de l'Union européenne, l'Étude a notamment identifié les obstacles suivants (dans l'ordre présenté dans l'Étude):

### 1. Actions collectives

31. L'Étude fait état des restrictions relatives aux actions collectives dans les États membres. En particulier, elle insiste sur la rareté des actions collectives (on entend par action collective une action unique engagée au nom d'un groupe d'intéressés) et des actions représentatives (actions intentées par des organisations représentatives, telles que des organisations de consommateurs). L'Étude considère ces restrictions comme un obstacle aux actions privées dans la mesure où elles réduisent les possibilités qui s'offrent aux requérants potentiels.

---

<sup>14</sup> L'ensemble de la documentation constituant l'Étude est disponible sur le site web de la DG Concurrence, à l'adresse [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/study.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html).

## *2. Existence d'une faute*

32. La preuve d'une négligence ou d'une intention frauduleuse est requise dans certains États membres, parallèlement à la preuve de l'infraction. L'Étude observe que cette situation constitue un obstacle supplémentaire aux actions privées, obstacle que doit surmonter le requérant. L'Étude fait néanmoins remarquer que dans la majorité des États membres, soit l'existence d'une faute n'est pas nécessaire, soit il y a présomption de faute, réfutable ou irréfutable, dès lors qu'une infraction au droit de la concurrence a été établie, ou bien l'infraction est elle-même réputée constituer une faute.

## *3. Charge de la preuve et degré de preuve*

33. L'Étude indique que le fait que la charge de la preuve du lien de causalité et des dommages causés incombe au demandeur -et ceci, dans tous les États membres- est un obstacle aux actions privées. Le degré de preuve élevé requis dans certains États membres exacerbe par ailleurs les difficultés rencontrées par les requérants, notamment lorsque les éléments de preuve accessibles ne sont pas très complets. Certains États membres abaissent le degré de preuve requis au regard de la quantification des dommages, qui peuvent s'avérer difficiles à démontrer selon le degré de preuve requis.

## *4. Collecte et présentation des preuves*

34. L'Étude observe que, dans la plupart des États membres, les pouvoirs dont disposent les juridictions nationales pour ordonner la production de documents sont très limités. De plus, des exigences en matière de divulgation obligatoire préalablement au procès n'existent que dans très peu d'États membres. Les parties ne sont ainsi pas tenues de produire les documents pertinents à moins que la partie requérante puisse identifier expressément le document précis qu'elle recherche, ce qui complique l'obtention des éléments de preuve nécessaires pour étayer une allégation. L'Étude estime que le pouvoir limité dont dispose le requérant pour exiger la production de preuves constitue un obstacle à l'aboutissement des actions intentées.
35. Par ailleurs, l'Étude souligne que dans certains États membres, seul le juge peut interroger les témoins, ce qu'elle considère être un obstacle aux actions privées en ce sens où un interrogatoire par l'intermédiaire du juge peut parfois constituer un moyen moins efficace d'obtenir des informations qu'un interrogatoire direct par les parties.

## *5. Valeur probante des décisions des autorités nationales de la concurrence et des juridictions nationales*

36. L'Étude estime que le fait que les décisions adoptées par les autorités nationales de la concurrence (l'ANC du pays d'origine et celles des autres États membres) et par les juridictions des autres États membres ne sont pas contraignantes pour les juridictions saisies dans la plupart des États membres constitue un obstacle aux actions privées. En effet, les requérants doivent apporter formellement la preuve de certains éléments de leur requête, notamment l'infraction qui, sinon, serait réputée prouvée.

## *6. Quantification des dommages*

37. La preuve des dommages causés étant complexe et difficile, il peut s'avérer très risqué d'introduire une action en dommages et intérêts. L'Étude indique que la quantification des dommages est une difficulté majeure dans le cadre des actions privées, en soulignant l'absence de modèles généralement reconnus en matière de quantification. Les approches divergentes utilisées pour déterminer les profits perdus peuvent donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts considérablement différents. Une restriction à cet égard pourrait dissuader les particuliers d'engager une action. De nombreux États membres autorisent un abaissement du degré de preuve requis lorsque les dommages sont difficiles à quantifier.

## *7. Moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts et la situation de l'acheteur indirect*

38. L'Étude estime que l'existence du moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts est un obstacle aux actions privées puisqu'il complique considérablement les demandes d'indemnisation. Dans la mesure où il réduit le montant des dommages et intérêts accordés à l'acheteur direct, il amenuise également son incitation à introduire une demande.
39. L'Étude fait observer que les actions des acheteurs indirects sont théoriquement possibles dans la plupart des États membres. Toutefois, l'Étude note que le manque de clarté quant à la possibilité dont disposent les acheteurs indirects pour introduire une action, associé aux difficultés en matière de preuve (en ce qui concerne en particulier le lien de causalité et les dommages), constituent de sérieux obstacles aux actions des acheteurs indirects. L'Étude précise que la combinaison de la possibilité qui s'offre au défendeur de se prévaloir du moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts, d'une part, et des actions des acheteurs indirects, d'autre part, restreindrait sérieusement les actions privées.

## *8. Montant des dommages et intérêts*

40. L'Étude estime que les effets dissuasifs des restrictions quant aux sommes qui peuvent être attribuées, telles que l'inexistence de dommages et intérêts punitifs, peuvent également constituer un obstacle aux actions privées.
41. L'Étude rend compte des divergences entre les États membres en ce qui concerne les approches adoptées en matière d'allocation de dommages et intérêts porteurs d'intérêts (écarts concernant le niveau des taux d'intérêt et leur durée d'application selon, par exemple, que l'on prend pour point de départ la date de l'infraction ou la date de l'arrêt). Elle indique que les restrictions relatives au niveau des taux d'intérêt et à leur durée d'application ont un effet dissuasif sur les actions privées.

## *9. Péremptions*

42. L'Étude observe que les délais de prescription de courte durée constituent des obstacles aux actions privées. Par exemple, un délai de prescription de courte durée peut empêcher l'introduction d'actions parallèles suite à l'issue favorable d'une première action. Les actions privées engagées à la suite d'une décision administrative constatant une infraction peuvent également être empêchées par un

délai de prescription de courte durée, délai qui peut par ailleurs s'avérer problématique lorsqu'aux restrictions relatives à l'accès aux preuves s'ajoute l'obligation de présenter l'ensemble des éléments de preuve lors du dépôt de la demande.

#### *10. Dépens*

43. L'Étude indique la règle générale qui veut, dans tous les États membres, que la partie qui succombe paie les dépens, bien qu'en pratique les honoraires ne soient pas intégralement récupérables. Les frais et les risques élevés que supposent les actions en matière de concurrence, de même que la longue durée des procédures, dissuadent les particuliers d'introduire des actions, d'autant plus qu'ils risquent ne pas récupérer l'intégralité des frais engagés (cela pouvant néanmoins également être considéré comme réduisant le risque pour le demandeur dans le cas où sa demande n'aboutirait pas).

#### *11. Droit applicable*

44. L'Étude fait observer que l'application par une juridiction nationale d'une série de lois nationales différentes dans le cadre d'une action impliquant des préjudices subis dans différents États membres peut compliquer les actions engagées par les particuliers et y faire obstacle. La Commission a présenté une proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (la proposition «Rome II»).<sup>15</sup> La question de la loi applicable aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit antitrust communautaire devrait être étudiée à la lumière de la règle générale prévue dans la proposition de la Commission (en vertu de laquelle c'est le lieu où le dommage survient qui détermine la loi applicable à la réparation de ce dommage) et de la possibilité de présenter une proposition relative à une règle spéciale pour la loi applicable aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit antitrust communautaire.

### **G. FACILITER LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS POUR INFRACTION AUX REGLES ANTITRUST COMMUNAUTAIRES**

45. L'Étude a constaté très peu de cas ayant conduit à l'attribution de dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust communautaires. Vu les principaux obstacles aux actions privées en dommages et intérêts, on pourrait dire que cette situation est essentiellement due à des problèmes d'asymétrie des informations. L'incertitude quant à l'issue de nombreuses affaires suppose que les frais potentiellement élevés ne sont pas nécessairement compensés par d'aussi bonnes perspectives de réparation. Il se pose certaines questions d'ordre juridique et autres qui impliquent une complexité considérable et permettent des approches divergentes voire, dans certains cas, contradictoires. Dans les affaires antitrust, le rapport risques/récompenses fait pencher la balance contre l'introduction d'une

---

<sup>15</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, COM (2003) 427 final; voir le rapport de la commission des affaires juridiques du Parlement européen sur cette proposition, A6-0211/2005, 27 juin 2005.

action. Il importe d'aborder ce problème afin d'encourager les victimes à faire respecter leurs droits et à déposer des demandes d'indemnisation. La CJCE a reconnu que le fait d'encourager les actions en dommages et intérêts «renforce le caractère opérationnel [des articles 81 et 82 CE et est ainsi] susceptible de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté».<sup>16</sup>

46. Contrairement à la situation actuelle en Europe, le système américain de règlement des litiges antitrust incite fortement à saisir la justice et s'attaque ainsi au problème que pose le rapport risques/récompenses dans les affaires antitrust. Parmi les caractéristiques les plus notables du système américain qui ont pour effet d'inciter à intenter des actions, on peut citer les dommages et intérêts triples, les règles adaptées relatives aux dépens et la possibilité d'amalgamer plusieurs demandes de faible ampleur en une seule demande au titre des règles de procédure applicables aux actions de groupe. Certaines de ces caractéristiques peuvent être qualifiées d'«incitations financières» et sont généralement propres aux litiges antitrust, tandis que d'autres sont des caractéristiques communes au système américain de règlement des litiges dans son ensemble.
47. Le système américain est souvent perçu comme encourageant les actions non fondées ou abusives. Il conviendrait d'étudier ce système de manière approfondie et d'en tirer des leçons, ainsi que de s'inspirer des expériences d'autres juridictions étrangères dans ce domaine, le cas échéant. Certes, la protection des droits résultant du droit communautaire de la concurrence est importante, mais il importe également de ne pas permettre des actions excessives et de chercher à parvenir à une certaine forme de modération dans le système d'application.
48. Dans le contexte européen, il ne fait pas de doute que des règles plus claires encourageraient les actions en justice. Cela vaut non seulement pour les règles matérielles mais aussi, en ce qui concerne les actions en dommages et intérêts visant à faire appliquer le droit antitrust, pour les voies de recours et les procédures régissant ces actions. La clarté quant au fond existe déjà sous la forme d'une jurisprudence constante au niveau communautaire sur ce que constitue une violation des articles 81 et 82 CE. L'existence de cette jurisprudence constante était une condition sine qua non du remplacement du règlement n° 17 par le règlement n° 1/2003. En son absence, la Communauté n'aurait pas pu conférer aux juridictions nationales et aux autorités de la concurrence des États membres le pouvoir d'appliquer l'article 81, paragraphe 3.
49. L'application du droit communautaire de la concurrence par la sphère privée est donc à distinguer du droit matériel de la concurrence, c'est-à-dire la détermination du type de comportement qui constitue une violation du droit. L'accent du Livre vert et du présent document de travail des services de la Commission est mis sur les règles relatives aux recours et aux procédures régissant les actions en dommages et intérêts, c'est-à-dire les règles permettant de saisir la justice pour faire appliquer le droit matériel. Si les requérants potentiels, qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers, ne connaissent pas les règles auxquelles ils se trouveront confrontés en

---

<sup>16</sup> Point 27 de l'arrêt *Courage*.

justice avant d'engager une action, cela peut les dissuader de faire appel à la justice en vue de faire respecter leurs droits. Ces règles peuvent changer beaucoup de choses puisqu'elles peuvent influencer les chances de déterminer la responsabilité ou peuvent déterminer d'autres questions comme, par exemple, le montant des dommages et intérêts que la juridiction saisie est susceptible d'accorder.

50. Dans le contexte européen, non seulement la clarté est-elle souhaitable, mais aussi le principe d'une situation égalitaire dans tous les États membres en matière de respect et d'application des droits découlant des dispositions communautaires. Si un justiciable résidant dans un État membre a plus de chances de se voir attribuer par sa juridiction nationale des dommages et intérêts qu'un justiciable domicilié dans un autre État membre, le droit matériel communautaire de la concurrence, uniforme à travers l'Union, ne sera pas appliqué de manière uniforme dans toute la Communauté. Il est essentiel de veiller à ce que les droits des citoyens européens bénéficient de la même protection dans toute la Communauté.
51. Des mesures visant à améliorer les conditions et modalités d'introduction des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit communautaire de la concurrence peuvent être prises tant au niveau communautaire qu'au niveau national. Il est à espérer que le Livre vert suscitera un débat sur la question de l'application du droit antitrust communautaire par la sphère privée en général, ainsi que des discussions concernant les méthodes possibles de facilitation à tous les niveaux (communautaire et national), le cas échéant.
52. Bien que certaines des questions abordées dans le Livre vert et dans le présent document de travail des services de la Commission soient communes à plusieurs types de litiges civils relevant de différents domaines (dont les actions au civil pour infraction au droit de la concurrence), il convient de discuter de ces questions au seul regard du droit de la concurrence. En effet, dans le domaine de la concurrence, une action au civil touche à un intérêt public particulier et présente un certain nombre de spécificités qui, prises ensemble, supposent que l'introduction d'une action est exceptionnellement difficile. Les plus importantes de ces spécificités concernent notamment les points suivants:
  - Premièrement, les articles 81 et 82 CE constituent des dispositions fondamentales du traité destinées à protéger la concurrence dans le marché unique.<sup>17</sup> Dans l'arrêt *Courage*, la CJCE a reconnu que le droit de réclamer des dommages et intérêts renforce le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence. La CJCE reconnaît également que les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective en Europe.<sup>18</sup> Le droit d'introduire une action en dommages et intérêts dont jouissent les particuliers doit être considéré

---

<sup>17</sup> Affaire C-126/97, *Eco Swiss/Benetton*, Rec. 1999, p. I-3055, point 36.

<sup>18</sup> Point 27 de l'arrêt *Courage*.

comme étant dans l'intérêt public. Le premier aspect différenciateur est donc l'élément relatif à l'intérêt public.

- Deuxièmement, l'importance du contexte du marché est à prendre en considération. Un examen plus large des faits pertinents est justifié dans les cas où le droit de la concurrence est invoqué. Pour établir une infraction aux règles de concurrence, il est généralement nécessaire de définir le marché en cause et de démontrer que le comportement reproché a des effets négatifs sur les prix, la production ou l'innovation sur ce marché. De même, la quantification des dommages peut s'avérer particulièrement difficile puisque, en cas de surfacturation, il s'impose de calculer la différence entre le prix pratiqué par les membres de l'entente et un prix compétitif fictif. Ces difficultés nécessitent souvent de pouvoir accéder aux éléments de preuve décrivant les activités commerciales des autres acteurs potentiels et réels sur le marché, ainsi qu'une analyse complexe exigeant de recueillir un nombre substantiel de faits. Le deuxième aspect différenciateur réside donc dans l'ampleur de la charge de la preuve imposée à un requérant potentiel.
- Par ailleurs, non seulement la charge de la preuve imposée au demandeur potentiel est-elle particulièrement lourde, mais les informations nécessaires pour pouvoir saisir la justice sont également réparties de manière inégale: le fait que le demandeur soit souvent tenu de démontrer la position du défendeur sur le marché et ses pratiques commerciales entraîne une nette asymétrie entre le demandeur potentiel et le défendeur accusé d'un comportement anticoncurrentiel.

53. Les sections II à X du présent document abordent, point par point, les actions en dommages et intérêts et identifient les solutions possibles pour faciliter ces actions au regard de chacun des grands problèmes détectés. Tous les intéressés sont invités à réagir aux options et questions identifiées pour chacun des problèmes abordés dans le Livre vert et le présent document de travail des services de la Commission. La Commission déterminera, le cas échéant, les mesures nécessaires pour promouvoir et faciliter encore davantage les actions dommages et intérêts pour infraction au droit antitrust communautaire sur la base des réponses et réactions au Livre vert et au présent document de travail des services de la Commission.

## SECTION II: ACCES AUX PREUVES

### A. DIVULGATION ET PRODUCTION DE PREUVES DOCUMENTAIRES

#### 1. Le cadre général

##### a. La situation dans les États membres de l'UE

54. Il a généralement été reconnu que la difficulté que suppose pour le requérant l'obtention des éléments prouvant l'infraction alléguée aux règles antitrust constitue l'un des principaux obstacles aux actions en dommages et intérêts.<sup>19</sup> Cela est particulièrement vrai dans les cas où une autorité de la concurrence n'a pas rendu au préalable une décision constatant l'infraction. Dans le cadre de ces actions dites «indépendantes», beaucoup dépend de la possibilité dont dispose le requérant pour obliger le défendeur, voire même un tiers, à divulguer des documents qui se trouvent en sa possession et qui sont susceptibles de constituer des preuves de l'infraction alléguée.
55. Dans tous les États membres de l'UE, les juges disposent au moins de certaines compétences leur permettant d'ordonner aux deux parties au litige et à des tiers de divulguer des documents, même si ce droit peut être plus limité vis-à-vis des tiers. Cela se fait habituellement sur la demande des parties, mais peut également se faire *ex officio*. En Europe, la production de documents est commune aux juridictions de common law et de droit civil. La principale différence entre ces deux traditions juridiques réside en ce que, en common law, la divulgation est dans une large mesure dirigée par les parties, sous une supervision minimale des juridictions. En revanche, dans les systèmes de droit civil, les parties ne disposent généralement que d'un pouvoir limité pour imposer la «production de preuves» ou pour obtenir des témoignages de la part de parties adverses ou de tiers. Elles doivent donc compter sur la coopération volontaire ou demander l'intervention du tribunal. Cela dit, il convient de rappeler qu'en droit civil, les juges jouent généralement un rôle plus significatif dans les enquêtes qu'en common law.
56. Dans certains systèmes de common law, la divulgation est possible préalablement au procès, c'est-à-dire après le dépôt d'une demande mais avant l'audience finale quant au fond.<sup>20</sup> Par cette procédure, les parties se communiquent tous les documents concernant la matière du litige qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle. Ce processus est davantage considéré comme un échange d'éléments de preuve et de déclarations entre les parties destiné à éviter les

---

<sup>19</sup> Voir l'étude sur la situation en matière de demandes d'indemnisation dans les affaires relatives à des infractions aux règles communautaires de la concurrence, rapport comparatif, (ci-après le «rapport comparatif»), disponible à l'adresse: [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/study.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html), page 11.

<sup>20</sup> La divulgation est même possible préalablement à l'action, c'est-à-dire avant le dépôt d'une demande.

surprises et à clarifier l'objet de la demande, permettant aux deux parties d'évaluer le bien-fondé de leurs dossiers respectifs, ainsi qu'à favoriser le règlement amiable du litige. Si les avocats effectuent un travail approfondi et minutieux en matière de divulgation, aucune des réponses données à leurs questions par les témoins de la partie adverse pendant le procès ne devrait les étonner. Par ailleurs, les vastes procédures préalables au procès peuvent s'avérer coûteuses et prendre du temps. De telles procédures peuvent ralentir l'instruction en obligeant les parties à consacrer beaucoup de temps et de ressources à la production et à la divulgation de divers documents à l'autre partie. Les retards provoqués par la divulgation peuvent néanmoins être minimisés par une gestion efficace du dossier de la part de la juridiction saisie. Lorsqu'il apparaît que l'organisation d'une conférence ou d'un examen préliminaire permettrait de faciliter une procédure, la juridiction nationale devrait être en mesure, sur la demande d'une partie ou de sa propre initiative, de donner des instructions en vue de l'organisation d'une telle conférence ou d'un tel examen.<sup>21</sup>

57. Un argument contre les longues procédures destinées à obtenir des éléments de preuve consiste à dire que ces mesures sont susceptibles de faire l'objet d'abus visant à obtenir des secrets d'affaires. Néanmoins, dans la plupart des États membres de l'UE, des dispositifs de protection ont été intégrés aux règles applicables en matière d'obtention d'éléments de preuve, aussi bien pour les juridictions qui permettent la divulgation que pour les juridictions qui obtiennent les éléments de preuve essentiellement par ordres de dépôt.<sup>22</sup> Le degré de protection des secrets d'affaires contre la divulgation varie selon les États membres. En Allemagne, par exemple, la protection des secrets d'affaires s'étend à l'ensemble des équipements de travail techniques et aux méthodes de travail. Toutefois, seuls les tiers peuvent invoquer des secrets d'affaires pour refuser la divulgation de documents.<sup>23</sup> En France, les motifs de refus se limitent aux secrets industriels ou aux informations relatives à la structure des concurrents et ne couvrent pas les documents comptables. Dans certaines juridictions et sous certaines conditions, l'audience peut avoir lieu en tout ou partie à huis clos pour des raisons de protection de secrets d'affaires.<sup>24</sup> En droit procédural anglais, le Competition Appeals Tribunal (CAT) peut interdire la divulgation des documents confidentiels.<sup>25</sup> Les tribunaux anglais de droit commun ne disposent pas de ce pouvoir exprès, mais si une partie revendique le secret professionnel, le tribunal peut ordonner une mesure de divulgation contrôlée déterminant dans chaque cas le degré de divulgation

---

<sup>21</sup> Voir, par exemple, en ce qui concerne le Royaume-Uni, l'article 20, paragraphe 1, du règlement 2003 du Competition Appeal Tribunal («règlement du CAT», SI 2003 n° 1372), disponible sur Internet à l'adresse <http://www.catribunal.org.uk/documents/SI2003No1372.pdf> et, en ce qui concerne l'Irlande, l'ordonnance 63B, articles 13 et 14 du règlement des Superior Courts, disponible à l'adresse <http://www.courts.ie/rules.nsf/>.

<sup>22</sup> En Estonie, en Espagne, en Italie, à Chypre, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal et en Slovaquie, la protection des secrets d'affaires n'est pas explicitement reconnue comme un motif de refus de divulgation.

<sup>23</sup> *Zivilprozessordnung (ZPO)*, section 142 (2).

<sup>24</sup> Au Danemark par exemple.

<sup>25</sup> Voir le règlement du CAT, cité en note 21 ci-dessus, article 53.

approprié, par exemple, en limitant la divulgation aux avocats des parties et en les contraignant à ne pas en informer leurs clients.

## b. Initiatives européennes et internationales

58. Au niveau européen, la divulgation des éléments de preuve a été abordée par la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle.<sup>26</sup> Selon son article 6, paragraphe 1:

*«Les États membres veillent à ce que, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles et suffisants pour étayer ses allégations et précisé les éléments de preuve à l'appui de ses allégations qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que ces éléments soient produits par la partie adverse, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. Aux fins du présent paragraphe, les États membres peuvent prévoir qu'un échantillon raisonnable d'un nombre substantiel de copies d'une œuvre ou de tout autre objet protégé est considéré par les autorités judiciaires compétentes comme constituant des éléments de preuve suffisants».*

59. Une certaine forme de divulgation a également été recommandée par deux projets portant sur l'harmonisation du droit de procédure civile au niveau européen et international, à savoir le code de procédure civile européen<sup>27</sup> et les principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale.<sup>28</sup>
60. Le projet de code de procédure civile européen prévoit des obligations limitées en matière de divulgation. Au titre de son article 4, chacune des parties est tenue de fournir aux autres parties une liste des documents qui se trouvent en sa possession ou sous son contrôle dès lors qu'ils concernent un élément en cause dans l'affaire et qu'ils ne leur ont pas été communiqués au préalable, pour autant qu'une règle générale de droit national l'exige ou que le tribunal l'ordonne, après avoir offert à toutes les parties l'occasion de s'expliquer. Selon les termes de l'article 4.2.1 du projet de code, dès lors qu'une partie a fourni cette liste de documents, elle

---

<sup>26</sup> Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO 2004 L 157/45.

<sup>27</sup> Un groupe de travail sur le rapprochement du droit de procédure civile a été créé en 1987. Ce groupe a publié son rapport final ainsi qu'un projet de code en 1994. Voir M. Storme (ed.), «Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne - Approximation of Judiciary Law in the European Union», (Dordrecht/Boston/London, 1994).

<sup>28</sup> L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome. Sa vocation est d'étudier les moyens de moderniser, d'harmoniser et de coordonner le droit privé, notamment commercial, d'États ou de groupes d'États. Il dispose depuis 2000 d'un groupe de travail conjoint avec l'ALI (American Law Institute) dans ce domaine. Les principes de procédure civile transnationale ont été approuvés par UNIDROIT et l'ALI en 2004 (Projet de principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, février 2004 (UNIDROIT 2004 – Étude LXXVI – Doc 11)). Les États peuvent adopter ces principes et ces règles applicables au règlement des litiges transnationaux en dehors du cadre de l'arbitrage.

communiqué à toutes les autres parties les documents qui y figurent ou bien leur permet de les consulter ou d'en faire des copies, à l'exception des documents pour lesquels elle a invoqué la confidentialité s'opposant à leur divulgation ou communication. Les critères d'après lesquels la confidentialité peut être invoquée sont définis par l'ordre juridique national. Lorsque le tribunal a la conviction que la communication ou la consultation et la réalisation d'une copie d'un document porteraient préjudice à la partie qui a fourni la liste ou à toute autre personne, il peut décharger cette partie de l'obligation de divulguer le document en question. Un tribunal pourrait, sur la demande d'une partie, ordonner à un tiers de divulguer ou communiquer un document qui se trouve en sa possession ou sous son contrôle et qui concerne un élément en cause dans l'affaire.

61. Selon le principe 16.2 des principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, si une partie en fait la demande, une juridiction nationale «ordonne la production de toutes preuves pertinentes, non-couvertes par des règles de confidentialité et raisonnablement identifiées qui se trouvent en possession ou sous le contrôle d'une partie ou [...] d'un tiers». Le fait que les preuves puissent être défavorables à la partie qui les a produites ne peut justifier un refus de divulgation. D'après le commentaire qui accompagne ce principe, «la preuve «pertinente» est un élément probatoire qui soutient, contredit ou affaiblit une affirmation de fait contestée dans la procédure. Une partie ne doit pas être autorisée à conduire des «*fact fishing expeditions*» afin de développer un litige qui ne se fonde sur aucun élément; en revanche, la partie adverse peut se voir enjoindre de produire une preuve qui est sous son contrôle. Les Principes permettent ainsi une «*discovery*» (communication) limitée sous le contrôle du tribunal». Ce commentaire est lié à un autre principe selon lequel les parties doivent présenter «de façon raisonnablement détaillée» les faits pertinents et décrire «de façon suffisamment précise» les moyens de preuve disponibles à l'appui de leurs allégations («*fact pleading*»)<sup>29</sup>.
62. Enfin, il convient de mentionner le règlement n° 1206/2001 du Conseil relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention de preuves en matière civile ou commerciale.<sup>30</sup> En vertu de ce règlement, une juridiction d'un État membre peut demander à une juridiction d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction ou demander à procéder directement à un acte d'instruction dans un autre État membre.<sup>31</sup> La formulation du règlement, notamment son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, semble suggérer que cette demande pourrait se rapporter à une divulgation de preuves préalablement au procès.

---

<sup>29</sup> Principe 11.3 des principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, cités en note 28 ci-dessus. L'exigence de décrire de façon suffisante consiste généralement dans l'obligation d'identifier les principaux documents sur lesquels se fonde la demande ou la défense, et de présenter de façon synthétique les témoignages attendus. «*Fact pleading*» diffère de la procédure de «*notice pleading*», admise dans les règles fédérales de procédure civile des États-Unis et qui n'impose pas à une partie d'apporter une preuve suffisante à première vue pour pouvoir exiger la communication de preuves par une autre partie.

<sup>30</sup> Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention de preuves en matière civile ou commerciale, JO 2001, L 174/1.

<sup>31</sup> Aux fins de ce règlement, le terme «État membre» désigne n'importe quel État membre de l'UE à l'exception du Danemark.

## 2. Mesures contre le refus de communiquer des preuves et contre la destruction de preuves

### a. Sanctions en cas de non divulgation de preuves

63. Dans la majorité des États membres, une personne qui refuse de produire un document après avoir été enjointe de le faire encourt des sanctions.<sup>32</sup> S'il s'agit le plus souvent de sanctions financières<sup>33</sup>, les sanctions peuvent également prendre d'autres formes. Au Danemark et en Allemagne, les tiers qui refusent de divulguer des documents encourt une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à six mois en cas de récidive. En Angleterre et en Irlande, une personne qui réalise une fausse déclaration sans conviction quant à sa véracité ou qui refuse de divulguer un élément peut être jugée coupable d'outrage au tribunal.<sup>34</sup>
64. Dans certains États membres, le refus de communiquer des preuves peut avoir des conséquences sur la procédure en cours.<sup>35</sup> En Irlande, par exemple, une partie qui ne respecte pas une ordonnance de divulgation risque une saisie conservatoire et, si elle est requérante, de voir sa demande déboutée pour défaut de poursuivre ou, si elle est défenderesse, de voir sa défense radiée.<sup>36</sup> En France, le refus de divulgation d'un défendeur peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts. En Angleterre, une partie qui n'est pas satisfaite de l'ampleur de la divulgation de la partie adverse peut obtenir du tribunal une ordonnance contraignant cette dernière à communiquer de nouveaux éléments spécifiques ou à réaliser des recherches plus approfondies. En cas de délivrance de cette ordonnance, son non-respect peut être considéré comme un outrage au tribunal et peut entraîner de graves conséquences, notamment une fin de non-recevoir ou le prononcé d'un arrêt à l'encontre de l'intéressé.

### b. La prévention de la destruction de preuves

65. En matière d'actions privées, l'obtention de preuves présente un point faible, à savoir que l'introduction d'une action, nécessaire pour provoquer la divulgation ou la production de documents, implique le risque que le défendeur détruise des éléments à charge. Ce problème n'est traité qu'en partie par les sanctions infligées en cas de non-divulgation dont il est question ci-dessus. Pour lutter efficacement

---

<sup>32</sup> Voir le rapport comparatif, page 65.

<sup>33</sup> Tel est le cas en Belgique, en République tchèque, au Danemark, en Allemagne, en Estonie, en Espagne, en France, en Lettonie, en Lituanie, en Hongrie, en Pologne, au Portugal, en Slovaquie et en Suède. Au Danemark, en Allemagne et en France, les sanctions financières ne sont infligées que si la divulgation est exigée d'un tiers.

<sup>34</sup> L'outrage au tribunal est un concept de common law en vertu duquel le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour infliger des amendes, voire même condamner à une peine d'emprisonnement.

<sup>35</sup> Voir également les points 88 et suivants du document de travail concernant les conséquences d'un refus de communiquer des preuves.

<sup>36</sup> Ordonnance 31, article 21 du règlement des Superior Courts cite en note 21 ci-dessus.

contre ce problème, il pourrait être nécessaire d'instaurer des sanctions suffisamment dissuasives en cas de destruction d'éléments à charge.<sup>37</sup>

66. Un autre moyen d'aborder ce problème consiste à mettre en place des procédures de «sécurisation» des preuves (enregistrement et conservation) afin d'en assurer la subsistance ou la disponibilité, par exemple, en faisant des copies des documents susceptibles d'être détruits. En République tchèque, les éléments de preuve peuvent être sécurisés au moyen d'une motion préalablement au démarrage de la procédure à proprement dite, en cas de doute quant à leur disponibilité ultérieure ou si l'on craint qu'ils ne pourront être obtenus que très difficilement. En Italie, en Lituanie, au Luxembourg et en Slovaquie, il est possible de sécuriser les preuves s'il existe un risque de décès du témoin ou de modification du lieu ou de l'objet à inspecter d'ici l'ouverture de la procédure. En Espagne, s'il y a des motifs raisonnables de penser que les preuves risquent de ne plus être accessibles au moment du procès, on peut en demander un examen précoce. Si cet examen est accordé, le requérant doit alors signifier sa demande dans un délai de deux mois, à expiration duquel les éléments de preuve cesseront d'être valables. Cette disposition semble permettre la prise de mesures avant même l'introduction de l'action.
67. Enfin, la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle<sup>38</sup> comporte également des mesures de conservation des preuves. L'article 7 de cette directive exige des États membres qu'ils veillent à ce qu'une juridiction puisse ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents, au regard de l'atteinte alléguée, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. La juridiction peut ordonner ces mesures avant même l'engagement d'une action au fond, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle.

### *3. Témoins devant la justice*

#### *a. Citation de témoins devant la justice en vue de la communication d'éléments de preuve*

68. Dans plusieurs juridictions, la convocation des parties et de leurs représentants comme témoins fait l'objet de limites, qui peuvent constituer un obstacle à l'obtention de preuves, surtout dans les affaires antitrust où les déclarations des représentants des entreprises en cause peuvent fournir des éléments d'information significatifs et importants. Dans neuf juridictions de l'UE, ni les parties ni leurs représentants ne peuvent être convoqués comme témoins, même si la plupart de ces

---

<sup>37</sup> Par exemple, les procédures américaines en matière de communication d'éléments de preuve sont renforcées par une peine d'emprisonnement de cinq ans maximum pour outrage au tribunal, pour non-production de documents ou pour destruction de documents (article 37 des règles fédérales de procédure civile).

<sup>38</sup> Voir note 26 ci-dessus.

juridictions prévoient d'offrir aux parties la possibilité de faire des déclarations.<sup>39</sup> Dans presque tous les États membres, les personnes tenues par le secret professionnel et les parents (proches) des parties peuvent refuser de témoigner ou en ont même parfois l'obligation. Enfin, dans certaines juridictions, les déclarations de témoins ne peuvent se faire par écrit.<sup>40</sup>

#### b. Interrogatoire et contre-interrogatoire des témoins devant la justice

69. L'interrogatoire d'un témoin en justice peut se diviser en trois étapes. L'interrogatoire principal réside dans l'audition du témoin par la partie qui l'a convoqué. Cette première étape est généralement suivie d'un contre-interrogatoire, c'est-à-dire l'audition du témoin par une partie autre que celle qui l'a convoqué. Le contre-interrogatoire a habituellement pour but d'amoindrir l'effet des preuves apportées par le témoin. La troisième étape possible est le réinterrogatoire, c'est-à-dire une nouvelle audition du témoin par la partie qui l'a convoqué, en vue d'expliquer ou de contredire toute fausse impression découlant du contre-interrogatoire.
70. L'interrogatoire revête une importance particulière pour établir les faits en cas d'absence de preuves documentaires ou pour établir la vérité lorsque des faits sont contestés. Dans les pays suivant la tradition du common law, le contre-interrogatoire semble être particulièrement important dans les procédures judiciaires. Un contre-interrogatoire permet en effet de vérifier la fiabilité et l'exactitude des éléments de preuve communiqués par un témoin. C'est ainsi que dans les affaires de concurrence le contre-interrogatoire est jugé être un instrument utile en cas de litiges sur les faits, comme dans le cas des ententes.<sup>41</sup>
71. Dans la plupart des États membres, une certaine forme de contre-interrogatoire est autorisée.<sup>42</sup> Quatre pays, à savoir la Belgique, la France, l'Italie et le Luxembourg, ne prévoient pas la réalisation d'un contre-interrogatoire par les parties. Toutefois, même dans ces quatre pays, les parties peuvent demander au juge de poser des questions aux témoins. En Italie, ces questions doivent être déposées à l'avance. Dans le cadre de ce système, les parties ne se voient elles-mêmes pas offrir la possibilité de vérifier la véracité des déclarations des témoins, comme le permet un contre-interrogatoire direct.

---

<sup>39</sup> Les parties ne peuvent être convoquées comme témoins en République tchèque, en Allemagne, en Estonie, en Italie, au Luxembourg, en Hongrie, au Portugal, en Slovaquie et en Suède. Toutefois, en Suède, les parties peuvent être invitées à faire une déclaration en leur qualité de partie et, en République tchèque, en Allemagne, en Estonie, au Portugal et en Slovaquie, les parties peuvent déposer des déclarations.

<sup>40</sup> Tel est le cas en Estonie, en Finlande, en Italie, au Portugal, en Slovénie et en Suède. En Slovénie, une telle déclaration écrite ne serait pas considérée comme une «déposition de témoin», mais comme une autre forme de preuve (il n'existe en effet pas de limites quant à la forme que peuvent prendre les preuves).

<sup>41</sup> Voir le rapport comparatif, pages 66 et suivantes.

<sup>42</sup> Bien que le droit allemand ne l'exclue pas, il semblerait que le contre-interrogatoire ne soit pas très souvent utilisé en pratique. De même, en Lituanie, le contre-interrogatoire n'est pas utilisé en pratique.

72. Il convient de noter que la plupart des pays qui permettent un contre-interrogatoire direct disposent également de dispositifs de protection des témoins. En République tchèque, en Allemagne, en Grèce, en Autriche et en Slovaquie par exemple, le juge est le premier à interroger le témoin afin de veiller à ce que la possibilité lui soit offerte d'effectuer une déclaration complète et cohérente.<sup>43</sup> De même, lors du contre-interrogatoire, le juge peut rejeter les questions qu'il considère hors de propos ou déroutantes. Quant au réinterrogatoire, il permet de rectifier toute fausse impression pouvant résulter du contre-interrogatoire.

#### 4. Accès aux documents détenus par la Commission ou par les autorités nationales de la concurrence

##### a. Accès au titre des règles relatives à la transparence administrative

73. La plupart des États membres, si ce n'est la totalité d'entre eux, ont établi des règles concernant la transparence administrative de leurs institutions. Pour l'Union européenne, ce principe de transparence est consacré par l'article 255 CE, qui confère aux citoyens de l'Union et aux personnes résidant dans un État membre un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Les principes, les conditions et les limites de ce droit d'accès ont été définis par le règlement n° 1049/2001.<sup>44</sup>, dont l'objectif principal consiste, selon les termes de son troisième considérant, à améliorer «la transparence du processus décisionnel» des institutions européennes. Ce règlement s'inscrit dans le cadre d'un effort visant à renforcer la transparence et la responsabilité des travaux des institutions européennes. Les personnes qui formulent une demande d'accès aux documents au titre de ce règlement ne sont pas tenues de justifier leur demande<sup>45</sup> et tout document communiqué suite à une demande tombe dans le domaine public.

74. Si l'intérêt du demandeur n'est pas pertinent aux fins de déterminer si un document doit être divulgué ou non,<sup>46</sup> la protection d'intérêts privés à réclamer des dommages et intérêts n'est visiblement pas l'objectif de ce règlement. Il pourrait donc être approprié de créer un droit spécifique permettant aux particuliers qui sont parties à un litige d'obtenir directement des autres parties les informations qu'elles ont transmises à la Commission ou à une autorité nationale de la concurrence.

---

<sup>43</sup> Voir le rapport comparatif, page 68.

<sup>44</sup> Règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO 2001, L 145/43.

<sup>45</sup> Article 6, paragraphe 1, du règlement n° 1049/2001.

<sup>46</sup> Affaires jointes T-110/03, T-150/03 et T-405/03, *Jose Maria Sison/Conseil*, arrêt du 26 avril 2005, non encore publié, point 55.

b. Accès des juridictions nationales au titre du devoir de coopération loyale entre la Commission et les États membres

75. L'accès aux documents détenus par la Commission suit des règles différentes lorsqu'une juridiction nationale est à l'origine de la demande. La règle de base en ce qui concerne la coopération de la Commission avec les juridictions nationales repose sur le devoir de coopération loyale entre la Commission et les États membres, établi à l'article 10 CE tel qu'il est interprété par les juridictions communautaires.<sup>47</sup> Cette question est spécifiquement abordée à l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 qui stipule que, dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 CE, les juridictions nationales «peuvent demander à la Commission de leur communiquer les informations en sa possession». La communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE comporte une section portant spécifiquement sur le devoir de la Commission de transmettre des informations aux juridictions nationales.<sup>48</sup>
76. Lorsqu'elle transmet des informations aux juridictions nationales, la Commission est tenue de respecter les garanties accordées aux personnes morales et physiques par l'article 287 CE, qui oblige l'ensemble du personnel de la Commission à ne pas divulguer les informations couvertes par le secret professionnel. L'article 28, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 réitère cette obligation et l'étend aux agents et fonctionnaires des États membres. L'obligation de secret professionnel vise principalement à protéger les secrets d'affaires et les autres informations confidentielles. Lorsque des informations de cette nature sont transmises à une juridiction nationale, leur protection devient la responsabilité de cette juridiction. La Commission, en revanche, doit prendre les précautions nécessaires pour protéger les secrets d'affaires et autres informations confidentielles, notamment en informant la juridiction nationale des documents ou parties de documents comportant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles. Cela implique également que, avant de communiquer des documents comportant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles à une juridiction nationale, la Commission doit s'assurer que celle-ci veillera à la confidentialité de ces documents. Dans les «hypothèses exceptionnelles» où la juridiction ne peut offrir une telle garantie, la Commission se doit de refuser la communication des documents.<sup>49</sup>
77. Hormis les cas de protection des secrets d'affaires et autres informations confidentielles, la Commission peut également refuser de communiquer des renseignements aux juridictions nationales pour des raisons impératives tenant à la nécessité de préserver les intérêts de la Communauté ou pour éviter toute entrave à

---

<sup>47</sup> Voir affaire T-353/94, *Postbank/Commission*, Rec. 1996, p. II-921, pour une application du devoir de coopération loyale entre la Commission et les juridictions nationales dans une affaire de concurrence.

<sup>48</sup> Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JO 2004 C 101/54, points 21 à 26.

<sup>49</sup> Affaire C-2/88, *Zwartveld*, Rec. 1990, p. I-3365, points 10 et 11, et *Postbank*, cite en note 47 ci-dessus, point 93.

son fonctionnement et à son indépendance, notamment de nature à compromettre l'accomplissement des missions qui lui sont confiées.<sup>50</sup> Sur la base de cette exception, la Commission a annoncé dans sa communication sur la coopération avec les juridictions nationales qu'elle ne transmettrait aux juridictions nationales des renseignements fournis volontairement par l'auteur d'une demande de clémence qu'avec l'accord de celui-ci.<sup>51</sup>

## **B. ALLEGEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE IMPOSEE AU REQUERANT**

### *1. La charge de la preuve et le degré de preuve*

78. La règle générale établie par les législations nationales des États membres veut que la charge de prouver l'ensemble des éléments d'une demande incombe au requérant. En d'autres termes, le requérant doit dans tous les cas prouver l'infraction, le lien de causalité entre l'infraction et le dommage subi, ainsi que le quantum des dommages et intérêts. La charge de la preuve des moyens de défense incombe au défendeur. En droit communautaire, l'article 2 du règlement n° 1/2003 établit ces règles pour ce qui concerne les actions fondées sur les règles antitrust communautaires.
79. En revanche, l'article 2 du règlement n° 1/2003 ne définit pas le degré de preuve, qui reste ainsi régi par les législations nationales. Les juridictions de droit civil ont tendance à fonctionner sur la base de la nécessité imposée au requérant de parvenir à convaincre le juge.<sup>52</sup> Dans les juridictions de common law, en revanche, les conditions d'infraction aux articles 81 et 82 CE ont tendance à être établies par la prépondérance de la preuve (ou probabilité prépondérante).<sup>53</sup> En pratique, il peut ne pas y avoir de différence majeure entre ces deux critères, puisque le juge peut exiger d'être convaincu qu'une explication est plus probable que l'autre.
80. Le degré de preuve présenté dans le projet de principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale<sup>54</sup> rapproche les juridictions de common law et de droit civil en déclarant que «[l]es faits sont prouvés si le tribunal est raisonnablement convaincu de leur véracité».<sup>55</sup> Ce critère adopte celui du droit civil

---

<sup>50</sup> *Ibidem* et affaire C-275/00, *First et Franex*, Rec. 2002, p. I-10943, point 49.

<sup>51</sup> Point 26 de la communication cite en note 48 ci-dessus.

<sup>52</sup> Tel semble être le cas en Allemagne, en Estonie, en Espagne, en France, en Italie, en Lettonie, au Luxembourg, en Hongrie, aux Pays-Bas et au Portugal, par exemple.

<sup>53</sup> Tel est le cas à Chypre, en Irlande, à Malte et au Royaume-Uni.

<sup>54</sup> Voir note 28 ci-dessus.

<sup>55</sup> Principe 21.2. Le commentaire qui accompagne ce principe (commentaire P-21B) dit: «*Le degré contenu dans l'expression «raisonnablement convaincu» est en substance celui qui est retenu dans la plupart des systèmes juridiques. Aux États-Unis et dans certains autres pays, le standard retenu est celui de «preponderance of the evidence» (de la probabilité prépondérante) qui fonctionnellement a le même sens.*»

relatif à la conviction subjective de la juridiction saisie et intègre une partie du critère de la prépondérance de la preuve utilisé en common law au travers de l'utilisation d'un critère de raisonnabilité.

## 2. Allègement de la charge de prouver l'infraction imposée au requérant en cas d'asymétrie des informations

81. Il y a asymétrie des informations lorsqu'une partie (le plus souvent le défendeur) a sous son contrôle ou a accès à un plus grand nombre d'éléments de preuve concernant une allégation que le requérant (potentiel). Certains éléments du droit tant national que droit communautaire indiquent qu'en cas d'asymétrie des informations, la charge de prouver l'infraction aux règles antitrust imposée au requérant est allégée.
82. En droit allemand de la concurrence, la section 20 (5) de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* («GWB») allège la charge de la preuve imposée au requérant lorsqu'il s'agit d'actions intentées par des PME contre des abus. Lorsque le requérant est en mesure d'apporter une preuve suffisante à première vue, le défendeur est tenu de faire la lumière sur les questions relatives à son domaine d'activité qui ne peuvent être clarifiées par le requérant, mais qui peuvent l'être facilement et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles le soient par le défendeur. De même, selon les règles autrichiennes de procédure civile, le requérant n'est tenu que d'apporter certains éléments de preuve de base concernant une question qui se trouve sous le contrôle du défendeur, auquel incombe dès lors la charge de réfuter ces éléments de preuve.<sup>56</sup>
83. L'allègement de la charge de la preuve imposée au requérant a également été abordé par la CJCE dans l'arrêt *Aalborg Portland*. Après avoir paraphrasé l'article 2 du règlement n° 1/2003, la Cour a poursuivi en déclarant que:

«[m]ême si la charge légale de la preuve incombe selon ces principes soit à la Commission, soit à l'entreprise ou à l'association concernée, les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaite.»<sup>57</sup>
84. On peut soutenir que les arguments présentés en cas d'asymétrie des informations par le requérant (informations sur la stratégie commerciale et tarifaire par exemple) seraient considérés comme des «éléments factuels de [une telle] nature». Il suffirait par conséquent, en cas d'asymétrie des informations, que le requérant présente des faits pouvant constituer des preuves d'une infraction aux règles communautaires de la concurrence. Il incomberait ensuite au défendeur de fournir les explications ou

---

<sup>56</sup> Voir *Oberster Gerichtshof (OGH)* du 16 décembre 2002, 16 Ok 11/02, concernant l'application de cette règle dans une affaire relative à la pratique de prix d'éviction.

<sup>57</sup> Affaires jointes C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00 et C-219/00, *Aalborg Portland et autres/Commission*, Rec. 2004, p. I-123, point 79.

justifications nécessaires pour prouver que ces faits ne constituent pas une infraction aux règles communautaires de la concurrence.

### 3. Allègement de la charge de prouver l'infraction imposée au requérant en cas de décision préalable d'une autorité nationale de la concurrence

85. Selon l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, «[l]orsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission».<sup>58</sup> Cela suppose qu'un requérant qui engage ultérieurement une procédure devant une juridiction nationale peut invoquer la décision de la Commission constatant une infraction au regard du même comportement pour prouver l'infraction qu'il dénonce.
86. Certaines dispositions nationales ont étendu ce principe aux décisions des autorités nationales de la concurrence. En Allemagne, la section 33 (4) de la *GWB* prévoit qu'une juridiction saisie d'une action en dommages et intérêts pour infraction au droit national ou communautaire de la concurrence est tenue de s'en tenir à une constatation d'infraction par la Commission ou une autorité nationale de la concurrence, qu'il s'agisse de l'autorité allemande ou de l'autorité de concurrence d'un autre État membre. Cette disposition de la législation allemande prévoit également que la juridiction allemande saisie est tenue de respecter une décision rendue par la juridiction d'un autre État membre dans la mesure où elle a pour mission de constater une infraction en sa qualité d'autorité publique chargée de l'application du droit de la concurrence ou de statuer sur un recours formé contre une décision administrative.
87. De même, lorsqu'ils sont saisis d'actions en dommages et intérêts, les juridictions britanniques de droit commun ou le Competition Appeals Tribunal (CAT) sont tenus de respecter toute décision de la Commission européenne constatant une infraction, toute décision de l'Office of Fair Trading (OFT, l'autorité de concurrence du Royaume-Uni) constatant une infraction au droit national ou communautaire de la concurrence ou toute décision rendue par le CAT sur un recours formé contre une décision de cette nature de l'OFT.<sup>59</sup>

### 4. Conséquences d'un refus de communiquer des preuves

88. L'importance à accorder aux restrictions imposées par une partie à l'autre partie en matière d'accès aux preuves semble varier selon les États membres. Dans certains États membres, le refus de communiquer des preuves semble être considéré comme la démonstration que les documents en question apportent la preuve des faits

---

<sup>58</sup> Voir également l'affaire C-344/98, *Masterfoods*, Rec. 2000, p. I-11369, point 52.

<sup>59</sup> Sections 18 et 20 de la Enterprise Act 2002, insérées comme sections 47A et 58A respectivement dans la Competition Act 1998.

allégués.<sup>60</sup> Dans d'autres États membres, lorsqu'une partie empêche l'autre de prouver un fait, la charge de la preuve est explicitement inversée.<sup>61</sup> Il n'en est ainsi que si l'accès aux preuves est rendu impossible, et non pas s'il est simplement plus difficile. Dans un dernier groupe d'États membres, le refus de communiquer des documents ne serait pas en soi suffisant pour établir la preuve des faits allégués, mais le juge exigerait de nouveaux éléments convaincants.<sup>62</sup> Dans une telle situation, le refus de produire des documents est pris en compte par le juge dans son appréciation des preuves<sup>63</sup> et pour déterminer si la charge de la preuve a été satisfaite.<sup>64</sup>

## C. OPTIONS POLITIQUES

### 1. Options relatives à la divulgation de preuves documentaires

89. Les demandeurs peuvent ne pas pouvoir introduire avec succès une action en dommages et intérêts pour la simple raison qu'ils ne sont pas en mesure d'apporter des éléments de preuve suffisants (de l'un) des éléments constitutifs de cette action. Pour les cas où ces éléments de preuve se trouvent en possession d'une autre personne, qu'il s'agisse du défendeur ou d'un tiers, on pourrait envisager d'autoriser le demandeur à y avoir accès tout en veillant, dans le cadre de la conception du système permettant cet accès, à apprécier la proportionnalité de cette possibilité. Les points 90 à 92 présentent les différentes options en ce qui concerne la divulgation des preuves documentaires. Ils décrivent une certaine forme de divulgation entre les parties à une action en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust, mais toutes les options doivent également être entendues comme s'étendant à la divulgation de documents qui se trouvent sous le contrôle d'un tiers. Le point 93 présente une option prévoyant l'application de sanctions en cas de destruction de preuves, et le point 94 une option axée sur la conservation des preuves.

---

<sup>60</sup> Tel semble être le cas en Lettonie. Les experts s'accordent également à dire qu'il en est ainsi en Allemagne (voir page 64 du rapport comparatif). Le rapport national allemand (page 10) se limite à dire que si une partie empêche l'autre de prouver un fait, le tribunal peut alors alléger, voire supprimer, la charge de la preuve normalement imposée à la partie ainsi empêchée.

<sup>61</sup> Voir, par exemple, l'article 344 du code civil portugais.

<sup>62</sup> Par exemple, en France, en Italie, en Hongrie, et au Danemark. Pour ce dernier pays, voir la loi sur l'administration de la justice, section 344(2) et (3). Le rapport national danois ne parle pas explicitement de refus de communiquer des preuves, mais d'inexécution par une partie de son obligation de fournir des informations ou de donner suite à la demande de renseignements complémentaires formulée par le tribunal; ce qui semblerait couvrir le défaut de production de preuves suite à une demande formulée dans ce sens par le tribunal.

<sup>63</sup> Voir le rapport national polonais, page 8.

<sup>64</sup> L'article 217, paragraphe 6, de la loi de procédure civile espagnole a trait à la facilité d'accès aux preuves pertinentes de la partie à laquelle la charge de la preuve incombe (voir le rapport national espagnol, page 9).

Option 1: divulgation de preuves pertinentes et raisonnablement identifiées sur décision d'un tribunal

90. La plupart des États membres disposent déjà de règles régissant la production par les parties de documents déterminés pendant l'instruction. Il pourrait être judicieux d'obtenir que tous les États membres mettent en place une certaine forme de divulgation. Dès lors qu'une partie a présenté en détail les faits relatifs à l'affaire et a apporté des preuves relativement accessibles à l'appui de ses allégations («*fact pleading*»), le tribunal devrait être en mesure de déterminer les informations complémentaires pertinentes nécessaires qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse et en ordonner la divulgation. Cette forme limitée de divulgation de preuves pertinentes et raisonnablement identifiées ordonnée par le tribunal éviterait toute divulgation excessive.

Option 2: divulgation obligatoire de catégories de documents sur décision d'un tribunal

91. Il conviendrait d'envisager d'élargir les règles existantes en matière de divulgation en instaurant, sous réserve de «*fact pleading*», une obligation de divulgation de catégories de documents entre les parties, sous la supervision du tribunal.

Option 3: obligation de fournir aux parties une liste de documents accessibles

92. Sous réserve de «*fact pleading*», chaque partie serait tenue de fournir aux autres parties une liste des documents pertinents en sa possession. À moins que le tribunal ne soit convaincu que la divulgation de ces documents est de nature à porter préjudice à la partie qui en a fourni la liste, tous les documents y figurant seraient accessibles aux parties à la procédure.

Option 4: sanctions pour destruction de preuves

93. On pourrait prévoir des sanctions en cas de destruction de preuves suite à l'engagement de la procédure ou en prévision de celle-ci. Il pourrait s'agir de sanctions monétaires ou pénales et/ou de conséquences sur la procédure comme, par exemple, la radiation de la demande pour ce qui concerne le requérant ou la radiation de la défense pour ce qui concerne le défendeur.

Option 5: conservation des preuves

94. Les tribunaux pourraient ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents au regard de l'infraction alléguée. Afin de rendre cette possibilité effective et proportionnelle, une partie devrait pouvoir demander au tribunal de statuer en ce sens avant même l'engagement de la procédure au fond. Cette partie devrait toutefois fournir des éléments de preuve raisonnablement accessibles attestant la présomption d'infraction.

## 2. Options relatives à l'accès aux documents détenus par la Commission ou par une autorité nationale de la concurrence

Option 6: accès aux documents transmis par les parties au litige à la Commission ou à une autorité nationale de la concurrence

95. Il importerait de déterminer s'il conviendrait d'accorder à une partie à un litige le droit de demander aux autres parties de lui permettre d'obtenir une copie de l'ensemble des documents transmis à la Commission ou à une autorité nationale de la concurrence au cours de la procédure administrative, à l'exception des demandes de clémence, des secrets d'affaires et autres informations confidentielles. Les questions relatives à la divulgation de secrets d'affaires et autres informations confidentielles ainsi qu'aux droits de la défense seraient tranchées au regard du droit du for.

Option 7: accès de la juridiction nationale aux documents détenus par la Commission

96. En vertu de la jurisprudence des juridictions communautaires, la Commission est tenue de transmettre aux juridictions nationales tous les renseignements qu'elles lui demandent. La Commission peut néanmoins refuser de communiquer des renseignements pour des raisons impératives tenant à la nécessité de préserver les intérêts de la Communauté ou pour éviter toute entrave à son fonctionnement et à son indépendance. La Commission est également tenue de ne pas communiquer des informations confidentielles à une juridiction nationale qui ne peut en garantir le traitement confidentiel. Compte tenu de ces contraintes, la Commission souhaiterait favoriser la coopération avec les juridictions nationales. Elle invite donc les intéressés à transmettre leurs avis et commentaires sur les moyens d'assurer l'effet utile de cette coopération et, plus particulièrement, en ce qui concerne: a) les critères d'après lesquels les juridictions nationales estiment être en mesure de garantir la confidentialité des secrets d'affaires et autres informations confidentielles, et b) les situations où les juridictions nationales demandent à la Commission des informations qui pourraient également leur être transmises par les parties.

### *3. Options relatives à l'allègement de la charge de prouver l'infraction aux règles antitrust imposée au requérant*

97. Chacune des options suivantes pourrait alléger la charge de prouver l'infraction au droit de la concurrence imposée au requérant. L'option évoquée au point 98 est destinée à aider un requérant qui engage une action de suivi, tandis que les options abordées dans les points suivants sont particulièrement utiles dans le cadre des actions indépendantes. Si ces dernières options contribueraient chacune à leur façon à un allègement de la charge de prouver l'infraction aux règles antitrust imposée au requérant, une combinaison des deux permettrait d'aider plus efficacement le requérant à satisfaire sa charge de la preuve.

Option 8: valeur probante d'une décision constatant une infraction adoptée par une autorité nationale de la concurrence

98. Une décision constatant une infraction adoptée au préalable par une autorité nationale de la concurrence (de quelque État membre de l'UE que ce soit) ou de sa juridiction de recours pourrait être utilisée pour alléger la charge de prouver l'infraction imposée au requérant. Une première option consisterait à considérer que cette décision préalable déplace la charge de la preuve sur le défendeur, qui devrait alors démontrer l'absence d'infraction. L'autre option consisterait à rendre cette décision contraignante pour la juridiction civile.

Option 9: déplacer la charge de la preuve de l'infraction en cas d'asymétrie des informations

99. On pourrait envisager de déplacer ou, le cas échéant, d'abaisser la charge de la preuve de l'infraction en cas d'asymétrie des informations entre le requérant et le défendeur. Par exemple, dès lors que le requérant aurait établi la présomption d'infraction, il appartiendrait au défendeur d'expliquer et, si nécessaire, de justifier les éléments liés aux preuves qui se trouvent sous son contrôle.

Option 10: conséquences d'un refus injustifié de communiquer des preuves

100. Trois options sont possibles à cet égard: le refus injustifié de communiquer des preuves peut soit a) être considéré comme prouvant les faits allégués (présomption irréfragable), soit b) entraîner l'inversion de la charge de la preuve (présomption réfragable), ou c) être pris en compte dans une certaine mesure par le juge lors de son appréciation des preuves.

### SECTION III: NECESSITE DE L'EXISTENCE D'UNE FAUTE

#### A. INTRODUCTION

101. Les États membres suivent des approches différentes en ce qui concerne l'interaction entre le droit de la concurrence et les règles générales en matière de responsabilité, notamment sur la notion de faute. Un premier groupe d'États membres n'impose pas l'existence d'une quelconque faute que ce soit pour l'introduction d'une action en dommages et intérêts fondée sur une infraction au droit de la concurrence, ou considère que l'infraction constitue elle-même la faute. Dans ces pays l'existence d'une faute n'a pas à être prouvée.<sup>65</sup> Un deuxième groupe d'États semble exiger, outre le caractère illégal des faits reprochés, l'existence d'une faute, sachant que celle-ci est présumée (présomption réfragable ou irréfragable) dès lors que le caractère illégal des faits reprochés est établi. Ces systèmes juridiques semblent donc faciliter l'application du droit de la concurrence par la sphère privée puisque l'existence d'une faute ne représente pas un obstacle pour le requérant dans ces pays.<sup>66</sup>
102. La nécessité de l'existence d'une faute ne constitue donc pas, dans la majorité des États membres (18 sur 25), un obstacle à l'application du droit de la concurrence par la sphère privée. Les sept autres pays (Danemark, Grèce, Espagne, Pologne, Portugal, Finlande et Suède) semblent tous exiger l'existence d'une faute au regard de l'infraction ou des effets de celle-ci. L'existence d'une faute constitue donc dans ces pays un obstacle supplémentaire à surmonter pour pouvoir engager une action en dommages et intérêts.
103. Un système juridique qui exige l'existence d'une faute pour engager une action en dommages et intérêts opère habituellement une distinction entre les notions d'intention et de négligence. Dans tous les pays où l'existence d'une faute est indispensable pour établir la responsabilité, la négligence suffit.<sup>67</sup> Il y a négligence lorsque les entreprises n'exercent pas le degré de diligence requis. À cet égard, la terminologie utilisée varie selon les États membres.
104. En droit communautaire de la concurrence, l'existence d'une faute n'est pas nécessaire pour démontrer une infraction à l'article 81 ou 82 CE. En ce qui concerne l'article 81 CE, cette circonstance découle aussi bien du texte même de l'article (qui condamne les accords qui ont pour «*objet*» ou pour «*effet*» de restreindre le jeu de la concurrence) que de la jurisprudence des juridictions communautaires. Pour ce qui est de l'article 82 CE, il résulte clairement de la

---

<sup>65</sup> La République tchèque, l'Irlande, Chypre, la Slovaquie et le Royaume-Uni appartiennent à ce groupe.

<sup>66</sup> La Belgique, l'Allemagne, l'Estonie, la France, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche et la Slovénie appartiennent à ce groupe .

<sup>67</sup> Certains pays opèrent d'autres distinctions entre différents degrés de négligence ou infligent des sanctions variables en fonction du degré de faute; voir le rapport comparatif, page 52.

jurisprudence que la notion d'abus est une notion objective.<sup>68</sup> En application de l'article 23 du règlement n° 1/2003, la Commission ne peut infliger des amendes aux entreprises ou associations d'entreprises que lorsqu'elles ont agi de propos délibéré ou par négligence. Il convient néanmoins de rappeler que ces dispositions et la jurisprudence ne concernent que l'imposition d'amendes par une autorité publique (et non la constatation de l'infraction). Il reste donc à déterminer la mesure dans laquelle ces dispositions et la jurisprudence pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* à l'octroi de dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust communautaires.

105. Dans le domaine des actions en dommages et intérêts fondées sur des violations par les États membres des obligations qui leur incombent en vertu des traités (responsabilité des pouvoirs publics), la CJCE a précisé dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur* qu'un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée<sup>69</sup> et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées.<sup>70</sup> La CJCE a par ailleurs déclaré que

*«l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers ne saurait être subordonnée à une condition tirée de la notion de faute allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire. En effet, l'imposition d'une telle condition supplémentaire reviendrait à remettre en cause le droit à réparation qui trouve son fondement dans l'ordre juridique communautaire.»<sup>71</sup>*

106. Une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire est une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité des actes des pouvoirs publics. Mais, en vertu de l'arrêt *Camar*<sup>72</sup>, si l'autorité publique concernée ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, comme toutes les entreprises privées, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée.

---

<sup>68</sup> Voir, par exemple, affaire C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commission*, Rec. 1979, p. 461.

<sup>69</sup> Selon la CJCE, le critère pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par l'État membre ou l'institution communautaire concerné(e), des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. À cet égard, la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou le maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire, voir *Brasserie du Pêcheur*, citée en note 7 ci-dessus, points 55 et suivants.

<sup>70</sup> *Brasserie du Pêcheur*, citée en note 7 ci-dessus, point 51.

<sup>71</sup> *Brasserie du Pêcheur*, citée en note 7 ci-dessus, point 79.

<sup>72</sup> Voir affaire C-312/00, *Commission/Camar Srl et Tico Srl*, Rec. 2002, p. I-11355, point 54.

107. Une violation du droit communautaire de la concurrence, qui relève de l'ordre public,<sup>73</sup> est une violation caractérisée susceptible d'avoir de lourdes répercussions négatives sur le marché intérieur. Il importe donc d'examiner la question de savoir si l'existence d'une faute est nécessaire parallèlement à la preuve de l'infraction.
108. Une approche comparable a été adoptée dans le cadre de la directive relative à la responsabilité du fait des produits.<sup>74</sup> D'après cette directive, un producteur est responsable de tout dommage causé par ses produits, indépendamment de l'existence d'une faute éventuellement défendable en application de l'article 7, points b) et e), de la directive. L'absence de nécessité de l'existence d'une faute dans la directive s'explique par la présence de risques et l'asymétrie des informations. En matière de responsabilité du fait des produits, il est extrêmement difficile pour le requérant de fournir des informations sur le processus de production. Ce raisonnement peut s'appliquer par analogie aux affaires antitrust, notamment en ce qui concerne les informations relatives à la stratégie tarifaire et commerciale. Un concurrent de l'auteur du préjudice n'a généralement pas accès aux documents pertinents et toute infraction à l'article 81 ou 82 CE peut de même supposer un risque pour la concurrence.

## **B. OPTIONS POLITIQUES**

### Option 11: responsabilité basée sur l'infraction à proprement dite

109. Une option qui permettrait de faciliter les actions privées en dommages et intérêts consisterait à supprimer la nécessité de l'existence d'une faute en tant que condition pour établir la responsabilité d'une infraction au droit de la concurrence, à considérer que l'infraction constitue elle-même la faute, comme c'est actuellement le cas dans cinq États membres, ou à introduire une présomption de faute irréfragable. Dans ce cas, l'illégalité (violation des règles de concurrence) suffirait à établir la responsabilité non contractuelle. Une telle approche serait d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la CJCE. Étant donné les graves conséquences d'une infraction au droit de la concurrence, un système dans le cadre duquel l'infraction constituerait en soi une faute, semblerait justifié.

### Option 12: responsabilité basée sur l'infraction à proprement dite pour les infractions les plus graves

110. Une autre option consisterait à limiter le système dans le cadre duquel l'infraction constituerait en soi une faute aux infractions caractérisées («*hard core*»). Dans les affaires plutôt complexes, il n'est pas certain qu'il convienne d'engager la

---

<sup>73</sup> Voir *Eco Swiss*, citée en note 17 ci-dessus, points 23 et 25.

<sup>74</sup> Directive 85/374 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO 1985 L 210/29.

responsabilité des entreprises incriminées si elles n'ont pas agi de propos délibéré ou par négligence.

#### Option 13: argument de l'erreur excusable en cas d'illégalité démontrée

111. Une troisième option pourrait consister à considérer que la faute est présumée dès lors qu'une infraction au droit de la concurrence est établie, tout en offrant au défendeur la possibilité de démontrer qu'il a commis une erreur de droit ou de fait excusable. La constatation de l'infraction continuerait à peser contre le défendeur, mais elle n'entraînerait pas de responsabilité pour les dommages causés dès lors qu'il a agi de bonne foi, pensant que son comportement était conforme à la loi. Bien entendu, un tel moyen de défense impliquerait pour le requérant un degré de certitude moins important qu'une présomption irréfragable et supposerait dans certains cas pour les personnes lésées la non-réparation des dommages causés par l'infraction au droit de la concurrence. On pourrait supprimer dans une certaine mesure ces aspects négatifs en exigeant que le degré de diligence imposé aux entreprises soit fixé à un niveau élevé.

## SECTION IV: DOMMAGES ET INTERETS

### A. INTRODUCTION

112. On considère traditionnellement que les dommages et intérêts sont destinés à indemniser une victime de la perte subie du fait d'une infraction aux règles antitrust. Il semble néanmoins qu'une simple compensation ou récupération de la perte ne suffise pas toujours pour inciter les victimes à porter une affaire antitrust devant les tribunaux. Il convient donc de songer à d'autres approches en la matière. Les points 114 à 124 présentent les différentes approches que les États membres ont adoptées pour calculer les dommages et intérêts de manière à encourager les victimes à introduire une action. L'allocation de dommages et intérêts peut ainsi avoir pour objet non seulement d'indemniser la victime de la perte subie à titre individuel, mais aussi de récupérer le gain réalisé par le défendeur du fait de l'acte délictueux. Par ailleurs, certains États membres visent, au-delà du simple *effet* dissuasif du dédommagement, un *objectif* distinct, celui de punir le fautif au travers de l'allocation de dommages et intérêts punitifs ou exemplaires.
113. En dehors de la définition juridique des dommages et intérêts à accorder, des difficultés se posent souvent en ce qui concerne le calcul de leur montant. Les points 125 à 144 se centrent sur différentes méthodes de chiffrage, en présentant divers modèles de calcul des dommages et intérêts et une approche plus équitable. Indépendamment de la méthode retenue, il subsiste le risque que le simple fait de devoir chiffrer les dommages et intérêts puisse décourager les requérants potentiels. Les points 145 et 146 examinent donc une autre possibilité en distinguant, d'une part, l'établissement de la responsabilité et, d'autre part, le calcul du quantum exact des dommages et intérêts à accorder.

### B. ÉLÉMENTS PERTINENTS POUR LA DEFINITION DES DOMMAGES ET INTERETS

#### *1. Notion de compensation ou de réparation*

114. Par compensation ou réparation, on entend l'allocation en nature ou en numéraire d'un équivalent au préjudice subi. La notion de compensation/réparation diffère de celle de rétablissement, qui vise à remettre la victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait préalablement à l'infraction. Dans certains États membres, la compensation/réparation peut n'être accordée que dans les cas où il est impossible ou excessivement difficile de rétablir intégralement la situation initiale de la victime.

#### *2. Récupération d'un gain illicite*

115. Sinon, l'action peut prendre la forme d'une action en récupération du gain illicite réalisé par l'auteur de l'infraction. Dans ce cas, la réclamation du requérant ne porte pas sur la perte subjective subie, mais sur le gain illicite que le défendeur a tiré de l'infraction. Lorsque le gain illicite réalisé par l'auteur de l'infraction est supérieur à la perte du requérant, il est plus avantageux pour ce dernier d'utiliser le gain comme base de calcul du montant des dommages et intérêts qu'une simple compensation. Le droit allemand de la concurrence comporte un exemple de cette approche en permettant à l'autorité nationale de la concurrence (Bundeskartellamt) d'ordonner à une entreprise ayant commis une infraction aux règles de concurrence de payer un montant correspondant au gain réalisé du fait de l'infraction.<sup>75</sup>

### 3. Dommages et intérêts exemplaires ou punitifs

116. Les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs sont des dommages et intérêts qui sont alloués pour sanctionner le défendeur pour l'infraction qu'il a commise et pour le dissuader de renouveler son comportement infractionnel. L'élément punitif d'une allocation de dommages et intérêts peut être en partie considéré comme se limitant à compenser des aspects du préjudice réel qui sont difficiles à évaluer. Mais, en règle générale, les dommages et intérêts punitifs vont délibérément au-delà de la simple compensation afin d'en renforcer l'effet dissuasif ou de réaliser d'autres objectifs politiques.
117. Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*, la Cour de justice a déclaré que:

*«[e]n l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation, étant entendu qu'ils ne peuvent être moins favorables que ceux concernant des réclamations ou actions semblables fondées sur le droit interne et que, en aucun cas, ils ne sauraient être aménagés de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile la réparation. N'est pas conforme au droit communautaire une réglementation nationale qui limiterait, de manière générale, le dommage réparable aux seuls dommages causés à certains biens individuels spécialement protégés, à l'exclusion du manque à gagner subi par les particuliers. Des dommages-intérêts particuliers, tels que les dommages-intérêts «exemplaires» prévus par le droit anglais, doivent, par ailleurs, pouvoir être alloués dans le cadre de réclamations ou actions fondées sur le droit communautaire s'ils peuvent l'être dans le cadre de réclamations ou actions semblables fondées sur le droit interne».*<sup>76</sup>

Par conséquent, si le droit interne permet d'allouer des dommages et intérêts exemplaires dans le cadre d'actions semblables aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence, il devrait être possible d'en allouer dans le cadre de ces dernières actions.

---

<sup>75</sup> Section 34 *GWB*.

<sup>76</sup> *Brasserie du Pêcheur*, citée en note 7 ci-dessus, point 90.

118. En Angleterre, la jurisprudence a établi différentes catégories déterminant les réclamations pouvant donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts exemplaires. L'une de ces catégories concerne un comportement infractionnel prémédité par le défendeur en vue de réaliser un bénéfice susceptible d'être largement supérieur au montant récupérable par le requérant.<sup>77</sup> Une action pour infraction au droit de la concurrence est réputée relever de cette catégorie dans les cas extrêmes, par exemple, dans les cas où des éléments apportent la preuve que le défendeur avait calculé que son gain illicite dépasserait le montant des dommages et intérêts qu'il pourrait être condamné à verser.<sup>78</sup>
119. En Irlande, des dommages et intérêts exemplaires peuvent être alloués dans le cadre des actions pour infraction au droit national de la concurrence.<sup>79</sup> Conformément au principe de l'équivalence, des dommages et intérêts exemplaires devraient donc également être alloués à un requérant ayant engagé une action concernant une infraction à l'article 81 ou 82 CE. Des dommages et intérêts exemplaires peuvent être alloués dans les cas de violation délibérée de droits ou dans les cas où le tribunal a la conviction que le fautif avait l'intention de réaliser un gain supérieur au montant qui pourrait être attribué à la victime. Dans l'affaire *Donovan/Electricity Supply Board*, le tribunal a déclaré que les motivations ou l'intention de l'auteur d'une infraction au droit irlandais de la concurrence n'avaient pas à être prises en compte dans la détermination du dédommagement à octroyer aux victimes d'un préjudice subi du fait de cette infraction, à moins que ne se pose la question des dommages et intérêts exemplaires.<sup>80</sup> Des dommages et intérêts exemplaires sont rarement alloués en Irlande et, lorsqu'ils le sont, ils restent le plus souvent relativement modestes.<sup>81</sup>
120. En droit allemand, les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs sont jugés contraires à la politique publique.<sup>82</sup> Néanmoins, le récent rapport de la Monopolkommission, intitulé *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle*, énumère un certain nombre de mesures qu'elle juge ne pas être de nature purement compensatoire.<sup>83</sup> En particulier, ce rapport se réfère aux mesures à caractère punitif, telles que les actions en dommages et intérêts pour atteinte au

---

<sup>77</sup> Lord Devlin dans *Rookes/ Barnard*, [1964] AC 1129. Voir également *Broome/Cassell*, [1972] AC 1027 et *Kuddus/Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] UKHL 29.

<sup>78</sup> Voir , par exemple, B. Rodger, *Private Enforcement and the Enterprise Act: An Exemplary System of Awarding Damages*, [2003] ECLR 103.

<sup>79</sup> Section 14 (5) de la Competition Act.

<sup>80</sup> *Donovan/Electricity Supply Board*, [1997] 3 IR 573, page 585.

<sup>81</sup> Voir, par exemple, *Kennedy/Irlande*, [1987] IR 587.

<sup>82</sup> Voir sections 723 s.2(2) et 328 s.1(4) ZPO.

<sup>83</sup> Le rapport est disponible à l'adresse suivante: [http://www.monopolkommission.de/sg\\_41/text\\_s41.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf). Voir points 79 et suivants.

droit d'auteur, contrôlées par la société de gestion collective GEMA. Cette société peut prétendre à des dommages et intérêts doubles, au titre desquels une majoration de 100 % peut être appliquée aux droits de licence ordinaires. Ce point a été confirmé par la cour de justice fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), qui a justifié le caractère punitif des dommages et intérêts doubles en précisant que, en leur absence, les contrevenants potentiels ne seraient pas incités à respecter les règles.<sup>84</sup>

121. Il importe de ne pas perdre de vue que la plupart des États membres excluent les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qu'ils jugent contraires à leur politique publique. Ces États membres peuvent dès lors refuser de reconnaître ou d'exécuter les décisions accordant des dommages et intérêts de cette nature.<sup>85</sup> Malgré cette situation, il importe de déterminer s'il conviendrait de permettre aux juridictions nationales d'octroyer plus que de simples dommages et intérêts dans le cas des infractions les plus graves aux règles antitrust, ce qui permettrait par ailleurs incontestablement d'inciter les demandeurs potentiels à introduire une action en dommages et intérêts. Cette incitation serait encore plus forte si les juridictions nationales octroyaient automatiquement plus que de simples dommages et intérêts dans le cas des infractions les plus graves aux règles antitrust. Cependant, on pourrait également subordonner l'octroi de ces dommages et intérêts à l'existence ou à l'absence de conditions prédéfinies, ou bien laisser cette question à la seule discrétion de la juridiction nationale.

#### 4. Dommages et intérêts porteurs d'intérêts

122. Dans l'affaire *Marshall II*, la Cour de justice a reconnu que

*«une réparation intégrale du préjudice subi (...) ne saurait faire abstraction d'éléments, tel que l'écoulement du temps, susceptibles d'en réduire, en fait, la valeur. L'octroi d'intérêts, selon les règles nationales applicables, doit donc être considéré comme une composante indispensable d'un dédommagement».*<sup>86</sup>

123. En matière d'octroi d'intérêts, les points importants sont à la fois le taux d'intérêt et la date à partir de laquelle les intérêts sont accordés. Afin d'obtenir un véritable dédommagement, ces deux éléments doivent être fixés à un niveau garantissant que

---

<sup>84</sup> *Bundesgerichtshof (BGH)*, arrêts du 24 juin 1955 (I ZR 178/53, BGHZ 17, 376), du 10 mars 1972 (I ZR 160/70, BGHZ 59, 286) et du 15 novembre 1994 (VI ZR 56/94, NJW 1995, 861).

<sup>85</sup> Voir article 11 de la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, conclue dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé: «1. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis. 2. Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès.»

<sup>86</sup> Affaire C-271/91, *M. Helen Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Rec. 1993, p. 4367, point 31.

des valeurs à tout le moins réelles, par opposition à de simples valeurs nominales, sont compensées. Les intérêts peuvent commencer à courir à partir de différents moments, notamment la date de l'infraction, la date du préjudice, la date d'une demande de paiement, la date de la notification ordonnant de mettre fin à l'infraction, la date du dépôt d'une demande ou de l'assignation en justice et, enfin, la date de l'arrêt.<sup>87</sup> Les tribunaux disposent fréquemment d'une marge d'appréciation à cet égard. Par exemple, dans l'affaire *Crehan/Inntrepreneur Pub Company*, la High Court anglaise a statué que si la règle générale du droit anglais veut que les dommages et intérêts soient évalués à la date de la perte, il ne s'agit pas d'une règle de droit invariable et l'affaire en cause peut exiger que les dommages et intérêts soient appréciés à la date de l'arrêt, notamment en période de forte inflation où les intérêts ne constitueraient pas une réparation acceptable.<sup>88</sup>

124. Lorsqu'ils sont fixés à un niveau garantissant une compensation supérieure à la valeur réelle, les intérêts peuvent servir de moyen de dissuasion. Ce moyen a été prévu par la directive concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.<sup>89</sup> Cette directive reconnaît le problème des retards de paiement et les lourdes charges administratives et financières qu'ils font peser sur les entreprises, en particulier petites et moyennes. Elle considère que les retards de paiement sont devenus financièrement intéressants pour les débiteurs dans la plupart des États membres en raison du faible niveau des taux d'intérêt. La directive vise donc à inverser cette tendance et à faire en sorte que les conséquences d'un dépassement des délais de paiement soient telles qu'elles découragent cette pratique<sup>90</sup>, en fixant le taux d'intérêt à un niveau où il devient financièrement plus intéressant d'emprunter que de cumuler des dettes en ne respectant pas les délais de paiement.

## C. QUANTIFICATION DES DOMMAGES

### 1. Introduction

125. Lors d'une action en dommages et intérêts pour infraction au droit communautaire de la concurrence, comme dans le cadre de toute action en dommages et intérêts, le requérant doit quantifier les dommages subis. Dans les affaires de concurrence, cette quantification peut s'avérer particulièrement complexe compte tenu de la nature économique de l'acte illicite et de la difficulté que suppose de reconstruire ce

---

<sup>87</sup> Pour connaître la date à partir de laquelle les États membres octroient des intérêts, voir le rapport comparatif, page 86.

<sup>88</sup> *Crehan/Inntrepreneur Pub Company and another*, (affaire n° CH 1998 C801), [2003] EWHC 1510 (Ch).

<sup>89</sup> Directive 2000/35 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JO 2000, L 200/35.

<sup>90</sup> Considérant 16 de la directive 2000/35, cite en note 89 ci-dessus.

qu'aurait été la situation du requérant en l'absence de l'infraction, ainsi que l'exigent habituellement les règles en matière de responsabilité civile délictuelle.

126. En règle générale, la perte à dédommager dans le cadre d'une action en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust est définie comme étant la différence entre la situation réelle du requérant et celle dans laquelle il aurait été en l'absence du comportement illicite. La première situation tient compte des pertes ainsi que des gains qui n'ont pas été réalisés, tandis que l'autre concerne la situation hypothétique dans laquelle le requérant aurait dû être si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. La perte est ainsi compensée si la situation financière dans laquelle le requérant aurait été en l'absence de l'infraction est rétablie. Plusieurs méthodes sont utilisées pour établir ce scénario sans infraction, notamment les prix, les gains, les coûts et la situation sur le marché, etc., qui auraient été constatés en l'absence de l'infraction, afin de permettre une comparaison entre la situation hypothétique et la situation réelle.
127. Les dommages et intérêts le plus couramment réclamés dans les affaires antitrust sont liés aux *surcoûts* (ou surfacturation: hausse des prix dans le cas des ententes ou prix excessifs dans les cas de position dominante) et autres types de comportement anticoncurrentiel (prix d'éviction ou refus de livraison) ayant entraîné un *manque à gagner net* pour une entreprise encore en activité, voire même une perte de valeur de cession globale pour une entreprise dont l'activité a cessé.
128. Un dommage causé par une surfacturation peut se diviser en deux parties: d'une part, le dommage subi du fait de l'infraction (le prix plus élevé payé du fait de l'entente) et, d'autre part, le manque à gagner dérivé du fait que l'acheteur peut avoir acheté un moins grand nombre de biens ou services en amont (à des fins de production par exemple), et ainsi réalisé un bénéfice moins important puisqu'il n'a pu produire et vendre qu'un moins grand nombre de produits.
129. Lorsqu'il octroie des dommages et intérêts, le tribunal peut aussi avoir à tenir compte des effets dérivés du comportement du requérant. Cela est particulièrement le cas lorsque le requérant est tenu de minimiser les pertes éventuelles. De plus, la question se pose de savoir si le requérant aurait dû payer des taxes sur les revenus qu'il n'a pas gagnés du fait de l'infraction aux règles antitrust et pour lesquels il demande réparation. Dans l'affirmative, la décision du tribunal devrait tenir compte de ces taxes en réduisant d'autant le montant des dommages et intérêts alloués.

## 2. Modes de calcul du montant des dommages et intérêts

130. Ainsi que le montre la partie II de l'Étude (rapport économique), il existe différents modes de calcul des dommages et intérêts. Rien ne justifie qu'un État membre puisse exiger l'utilisation d'un mode de calcul plutôt qu'un autre. Le requérant ne doit cependant pas perdre de vue (dans les juridictions de common law en particulier) que son chiffrage sera contesté par la partie adverse et qu'il devra de ce fait «mettre en échec» les preuves présentées par celle-ci. Dans les juridictions de droit civil, la détermination du quantum peut dans une plus large mesure être entreprise par le tribunal, assisté d'un expert le cas échéant.

131. Bien que les modes de calcul du montant des dommages et intérêts soient présentés ci-après séparément, ils sont complémentaires en ce sens que l'on peut utiliser plusieurs d'entre eux en fonction des faits afin de voir s'ils donnent lieu à des estimations similaires. Si un certain chevauchement des différents modes de calcul est inévitable, celui-ci n'amointrit pas la valeur d'un mode de calcul par rapport à l'autre. Les méthodes simples peuvent servir à vérifier les méthodes plus complexes. Il ressort de la jurisprudence des États membres que les tribunaux semblent préférer les méthodes simples. De plus, au vu de la jurisprudence, il semble qu'aucun tribunal n'a jamais tenu compte d'éléments économétriques pour déterminer le montant des dommages et intérêts à accorder.
132. D'un point de vue politique, il est fondamental de déterminer si l'exactitude garantie par les méthodes plus complexes (supposant que tel est le cas) suffit à compenser le coût et le temps supplémentaires qu'elles nécessitent pour réunir et apprécier les éléments sur lesquels elles se fondent. Il pourrait être plus souhaitable que les juridictions aient recours à des techniques plus simples, si l'on part du principe qu'une estimation équitable est suffisante, voire même préférable à certains égards.

a. Les modes de calcul simples<sup>91</sup>

133. Il existe fondamentalement trois méthodes simples pour calculer le dommage causé par une infraction aux règles antitrust:
- la *méthode avant-après*, qui implique une comparaison simple des prix pratiqués pendant la durée de l'infraction par rapport à la situation existante avant et après qu'elle ait été commise afin d'en tirer une estimation raisonnable du niveau réel des prix en l'absence d'infraction;
  - l'*approche étalon* (comparative), qui compare le marché sur lequel la concurrence a été faussée à des marchés similaires qui n'ont pas été affectés par l'infraction. L'idéal est de baser la comparaison sur une structure plus ou moins similaire au regard des prix, des coûts et d'autres caractéristiques, afin de permettre de présumer que les écarts de prix constatés sur le marché en cause sont bien dus au comportement anticoncurrentiel;
  - l'*approche basée sur les coûts*, qui se fonde sur les informations communiquées par les responsables de l'infraction concernant leur coût moyen par unité de production, auquel on ajoute une marge bénéficiaire raisonnable pour obtenir un prix pouvant être jugé raisonnable dans des conditions de concurrence.

---

<sup>91</sup> Voir le document intitulé «Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Analysis of economic models for the calculation of damages» (ci-après le «rapport économique»), à partir de la page 17.

b. Les modes de calcul plus complexes<sup>92</sup>

134. Les deux modes de calcul suivants peuvent produire un résultat plus exact, mais ils prennent plus de temps et nécessitent une grande quantité d'éléments et d'informations:
- *l'approche par prévision des prix* a recours à la modélisation économétrique pour chercher à déterminer, sur la base de déterminants historiques des prix ou en procédant à des comparaisons avec d'autres marchés, quels auraient dû être les prix en l'absence d'infraction. Cette approche est une version plus complexe de la méthode avant-après et de l'approche étalon, mais elle dépend fortement de la qualité des données disponibles;
  - *l'approche fondée sur la modélisation théorique* simule un modèle oligopolistique pour vérifier les effets des distorsions. On utilise des données issues de la modélisation économétrique ainsi que d'autres données pour estimer les paramètres clés nécessaires pour élaborer un modèle théorique.

c. La méthode de sondage

135. Il peut parfois s'avérer extrêmement difficile, voire impossible, de calculer avec exactitude le dommage causé par une infraction aux règles antitrust. Dans ces circonstances, on devrait se contenter d'approximations raisonnables du préjudice subi, notamment en employant une méthode de sondage. Cette technique peut être particulièrement efficace dans le cadre de litiges impliquant de grands groupes, tels que certaines catégories d'acheteurs indirects ou des associations de consommateurs.<sup>93</sup>
136. Dans l'affaire *Société anonyme des laminoirs*, la Cour de justice européenne a soutenu la méthode consistant à calculer le préjudice par sondage. Elle a en effet statué que

*«[l]orsqu'il est nécessaire [...] de considérer la situation qui se serait produite si la faute n'avait pas été commise, le juge doit, tout en exigeant le maximum de justifications, se contenter d'approximations sérieuses, telles que les moyennes établies par comparaison. (...) Dans l'évaluation de leur préjudice, les requérantes ont employé la seule méthode possible, consistant à imaginer la situation qui se serait produite en matière d'achat de ferrailles pour chaque usine intéressée, si les promesses de parité de transport n'avaient pas été faites. S'il est exclu, en employant cette méthode, d'obtenir une évaluation rigoureuse du préjudice, les méthodes de sondage habituellement utilisées*

---

<sup>92</sup> Voir le rapport économique à partir de la page 21.

<sup>93</sup> Aux États-Unis, dans le cadre des actions *parens patriae*, les dommages peuvent être calculés, pour l'ensemble de la catégorie représentée, par des méthodes statistiques ou de sondage. Il n'est pas nécessaire de calculer les dommages pour chacun des particuliers au nom desquels l'action a été engagée (section 4D de la loi Clayton).

*dans les études économiques permettent cependant de parvenir à des approximations acceptables en partant de bases suffisamment sérieuses.»<sup>94</sup>*

d. La quantification *ex aequo et bono*

137. La règle de base, suivie dans de nombreux États membres, consiste, lorsqu'il est difficile d'établir le quantum exact, à renoncer à démontrer le préjudice exact et à permettre au tribunal d'attribuer une somme raisonnable (souvent appelée estimation *ex aequo et bono*). Dans quelques États membres, cette possibilité ne s'applique qu'à certains chefs de dommages, notamment le manque à gagner.<sup>95</sup>
138. Dans quelques États membres, cet abaissement du degré de preuve imposé au requérant en ce qui concerne la quantification des dommages n'est pas prévu. Ainsi, si le requérant n'est pas en mesure de démontrer avec exactitude la perte qu'il a subie, sa demande n'aboutit pas. Tel est le cas en Espagne par exemple, où une juridiction civile peut demander au tribunal de la concurrence de remettre un rapport sur l'origine et le quantum du dommage.<sup>96</sup> Le tribunal de la concurrence n'est cependant pas tenu d'élaborer un tel rapport dont les conclusions ne sont par ailleurs pas contraignantes pour la juridiction qui en a fait la demande.
139. L'estimation *ex aequo et bono* des dommages pourrait être utilisée en association avec les méthodes simples de calcul exposées ci-dessus ou pour les étayer sous un angle juridique. Le principe est moins compatible avec les modèles complexes, qui visent à réaliser une estimation précise à l'aide de techniques économétriques ou statistiques.

3. Deux cas particuliers: calcul du manque à gagner du demandeur et calcul du préjudice sur la base du gain illicite réalisé par le défendeur

a. Calcul du manque à gagner du demandeur

140. Pour calculer les pertes subies du fait d'un comportement anticoncurrentiel autre que celui consistant à augmenter les prix (refus de livraison ou prix d'éviction, par exemple), on utilise différentes méthodes. En pareilles circonstances, le préjudice peut être évalué au regard du manque à gagner provoqué par le comportement infractionnel, en évaluant la perte d'activité enregistrée du fait de l'infraction aux règles antitrust. Ce calcul nécessite de faire appel à des méthodologies comptables, financières et économiques pour estimer la différence entre le bénéfice réalisé par le requérant et celui qu'il aurait dû réaliser en l'absence d'infraction.

---

<sup>94</sup> Affaires jointes 29, 31, 36, 39 à 47, 50 et 51/63, *Société anonyme des laminoirs/Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1966, p. 139.

<sup>95</sup> Voir en particulier le tableau figurant page 71 du rapport comparatif.

<sup>96</sup> Article 13.3 de la loi 16/1989 du 17 juillet 1989 sur la défense de la concurrence.

141. Les méthodes suivantes pourraient être utilisées pour calculer le manque à gagner.<sup>97</sup> Ces méthodes semblent présupposer l'utilisation d'une des méthodes présentées aux points 133 et 134 afin de calculer le prix hypothétique d'après lequel le manque à gagner est évalué:
- *l'approche basée sur les recettes* implique qu'on actualise des ventes, des coûts et des flux de trésorerie figurant sur le compte de résultat afin d'obtenir une estimation de la situation en l'absence d'infraction;
  - *l'approche de l'évaluation basée sur le marché* utilise différents critères financiers pour évaluer le préjudice subi par l'entreprise lésée, tels que la valeur boursière ou les bénéfices d'entreprises comparables cotées en bourse;
  - *l'approche de l'évaluation basée sur les actifs* se sert des informations fournies par le bilan pour évaluer une entreprise, notamment la valeur comptable des actifs corporels nets, la juste valeur marchande des actifs corporels nets et la valeur de liquidation.
142. Le calcul d'un manque à gagner soulève un certain nombre de questions génériques, qui valent aussi bien dans le cadre d'affaires antitrust que dans d'autres contextes. La détermination de la durée du préjudice suppose d'établir la période au cours de laquelle l'entreprise du requérant a été affectée par l'infraction. Cela peut s'avérer difficile, puisque cette période peut avoir commencé à une date ultérieure à l'infraction, de même que l'infraction peut continuer à avoir des conséquences après que l'on y ait mis fin.
143. Enfin, il importe de souligner que, en matière de calcul d'un préjudice découlant d'un manque à gagner, la Cour de justice a mis en avant la marge d'appréciation importante dont disposent les juridictions nationales en déclarant que:

*«le manque à gagner n'est pas le fruit d'un simple calcul mathématique, mais le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes. La Cour est ainsi appelée à évaluer des activités économiques qui ont en grande partie un caractère hypothétique. Dès lors, à l'instar du juge national, elle dispose d'une marge d'appréciation importante soit à l'endroit des chiffres et données statistiques à retenir, soit surtout en ce qui concerne l'utilisation de ceux-ci pour le calcul et l'évaluation du préjudice.»<sup>98</sup>*

b. Calcul du préjudice sur la base du gain illicite réalisé par le défendeur

144. Lorsque la perte individuelle du requérant est trop difficile à évaluer sur une base subjective (notamment dans le cas des demandes introduites par des consommateurs), il est possible de calculer la perte en fonction du gain illicite

---

<sup>97</sup> Voir point 5.6 et suivants du rapport économique.

<sup>98</sup> Affaires jointes C-104/89 et C-37/90, *Mulder et autres/Conseil*, Rec. 2000, p. I-203, point 79.

réalisé par le défendeur.<sup>99</sup> Par exemple, dans le cas d'une entente, le gain illicite est la différence entre le prix pratiqué dans des conditions de concurrence et le prix pratiqué par les membres de l'entente, soit la surfacturation ou le surcoût. Le calcul du gain illicite ne tient ainsi pas compte du manque à gagner enregistré par le défendeur du fait de l'augmentation de ses prix. En droit communautaire, la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle<sup>100</sup> prévoit que les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant peuvent être pris en compte, parallèlement au manque à gagner subi par la partie lésée, dans le calcul du montant des dommages et intérêts dus au requérant.

## **D. PROCEDURE FRACTIONNEE**

145. Dans certains États membres, il est possible d'obtenir une décision partielle concernant la constatation de l'infraction et la constatation du préjudice. Cette décision ne se prononce pas sur l'évaluation du préjudice, mais la procédure se poursuit jusqu'à ce que les dommages et intérêts puissent être chiffrés. Il n'est pas rare que cette dernière procédure soit interrompue dès lors que les parties se sont entendues sur les dommages et intérêts à attribuer.
146. Ce type de procédure fractionnée peut généralement se présenter sous deux formes. Dans un premier groupe d'États membres, une même procédure est divisée en deux phases, les responsabilités étant établies lors de la première phase et les dommages et intérêts évalués lors de la seconde phase.<sup>101</sup> Dans un deuxième groupe d'États membres, deux décisions «à part entière», qui sont chacune susceptibles de recours, sont rendues: la première établit les responsabilités tandis que l'autre fixe le montant des dommages et intérêts.<sup>102</sup>

## **E. OPTIONS POLITIQUES**

### *1. Options relatives à la définition des dommages et intérêts*

#### Option 14: dommages et intérêts compensatoires

147. Une première option consisterait à accorder des dommages et intérêts à la victime à titre purement compensatoire, de façon à réparer la perte ou le préjudice subi(e) du fait d'une infraction aux règles antitrust communautaires.

---

<sup>99</sup> Ce mode de calcul est accepté à Chypre, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Pologne, en Lituanie et en Espagne.

<sup>100</sup> Voir note 26 ci-dessus.

<sup>101</sup> Tel est le cas en République tchèque, en Espagne, en France, en Irlande, en Italie, à Malte et en Pologne.

<sup>102</sup> Tel est le cas au Danemark, en Allemagne, en Estonie, aux Pays-Bas, au Portugal et en Slovénie. En Allemagne, un requérant qui ne dispose pas de toutes les informations nécessaires pour déterminer le montant des dommages et intérêts peut demander au tribunal de rendre un jugement déclaratoire faisant état de l'obligation qui incombe au défendeur de le dédommager de tout préjudice subi du fait de l'infraction.

#### Option 15: récupération du gain illicite

148. Une autre option consisterait à permettre à la victime de calculer sa perte en fonction du montant surfacturé par le défendeur. Deux possibilités sont alors envisageables:
- la victime peut demander à récupérer l'intégralité des surcoûts facturés dans le cadre de l'infraction. Lors d'une procédure ultérieure, les dommages et intérêts seraient répartis entre l'ensemble des parties ayant subi une perte; ou
  - la victime ne peut demander à récupérer que le surcoût engendré par ses propres relations commerciales avec le défendeur. Par exemple, si la surfacturation a été de 30 %, la victime serait en droit de récupérer 30 % du prix facturé pour ses achats.
149. La récupération du gain illicite réalisé par le défendeur ne couvre qu'une partie de la perte subie par la victime, à savoir l'excédent qu'elle a payé par rapport au prix concurrentiel (*damnum emergens*). Afin d'assurer un dédommagement intégral à la victime, il convient également de compenser la perte quantitative qu'elle a subie en termes d'achats (*lucrum cessans* ou *deadweight loss*), dont le montant dépend dans une large mesure de l'élasticité de prix de la demande du requérant. Il peut donc, dans certaines circonstances, s'avérer difficile pour le requérant d'évaluer le *lucrum cessans*. Dans ces circonstances, une estimation *ex aequo et bono* des dommages semble plus adaptée.

#### Option 16: doublement des dommages et intérêts dans le cas des ententes horizontales

150. Afin d'inciter les requérants potentiels à introduire une action en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust, on pourrait envisager de doubler les dommages et intérêts octroyés dans le cas des infractions les plus graves, c'est-à-dire les ententes horizontales. Dans le cas où ce doublement serait jugé utile, vous êtes invité à faire part de vos commentaires sur le fait de savoir s'il devrait être automatique, conditionnel ou laissé à la discrétion de la juridiction nationale.

#### Option 17: paiement d'intérêts courant avant la date de l'arrêt

151. Pour garantir que la possibilité de se voir attribuer des dommages et intérêts porteurs d'intérêts courant avant la date de l'arrêt représente une incitation suffisamment forte pour encourager les requérants potentiels à saisir la justice, la date à partir de laquelle ces intérêts commencent à courir pourrait être fixée à la date de l'infraction ou à la date du préjudice. On pourrait créer une incitation similaire en augmentant les taux d'intérêt d'une manière générale et/ou en permettant aux requérants de réclamer des intérêts composés.

## 2. Options relatives aux méthodes de quantification des dommages/modes de calcul des dommages et intérêts

### Option 18: les modes de calcul du montant des dommages et intérêts

152. Il ressort de la description figurant aux points 125 à 144 qu'il existe tout un éventail de techniques pour déterminer le montant des dommages et intérêts. Le choix de la technique (approche équitable, méthodes simples ou méthodes plus complexes et détaillées) dépend habituellement des spécificités de l'affaire et des données disponibles.
153. Les intéressés sont invités à transmettre leur avis quant à l'adéquation des méthodes de calcul décrites ci-avant dans le cadre des affaires dont sont saisies les juridictions civiles et, plus particulièrement, en ce qui concerne le point de savoir si la valeur ajoutée dont sont porteurs les modèles plus complexes par rapport aux modèles plus simples en termes d'exactitude et de précision peut justifier leur utilisation malgré le coût et le temps supplémentaires que ces modèles plus complexes impliquent.

### *3. Autres options*

#### Option 19: lignes directrices de la Commission sur la détermination du montant des dommages et intérêts

154. Il pourrait convenir de transmettre aux juridictions nationales des indications pour les guider dans la détermination du montant des dommages et intérêts. Ces indications seraient particulièrement utiles si elles expliquaient les méthodes de calcul plus complexes énoncées ci-dessus.

#### Option 20: procédure fractionnée entre responsabilité et quantum

155. Les procédures fractionnées peuvent constituer un autre moyen de faciliter les actions en dommages et intérêts. Le fait de pouvoir établir la responsabilité séparément avant d'évaluer les dommages et intérêts peut réduire les frais de justice. Si la responsabilité est démontrée, il n'est pas improbable que les parties puissent s'entendre sur le montant des dommages et intérêts, permettant ainsi d'éviter de faire appel aux services coûteux d'experts et de raccourcir la procédure judiciaire.

## **SECTION V: LE MOYEN DE DEFENSE PORTANT SUR LA REPERCUSSION DES SURCOUTS ET LA SITUATION DE L'ACHETEUR INDIRECT**

### **A. INTRODUCTION**

156. Si une entente ou une entreprise en position dominante vend ses produits à des prix supraconcurrentiels, un acheteur direct (grossiste par exemple) subit un préjudice en ce sens où il paie un prix supérieur au prix concurrentiel. L'acheteur direct peut cependant être en mesure de répercuter une partie ou l'intégralité de la perte sur le prochain acheteur dans la chaîne de distribution, un détaillant ou un consommateur par exemple. Ces acheteurs, qui ne sont liés qu'indirectement au vendeur (membre d'une entente ou entreprise en position dominante dont le comportement est anticoncurrentiel) subissent à leur tour une perte en payant le prix supraconcurrentiel ainsi répercuté.
157. Cette situation soulève deux questions connexes:
- Premièrement, si l'acheteur direct introduit une action en dommages et intérêts, la juridiction saisie devrait-elle tenir compte de la répercussion d'une partie ou de l'intégralité de la perte sur les autres acheteurs en aval de la chaîne de distribution?
  - Deuxièmement, les acheteurs indirects devraient-ils être en droit de saisir la justice pour obtenir dédommagement de leur perte?
158. Ces questions sont au cœur du mode de fonctionnement d'un système d'actions en dommages et intérêts pour infraction au droit antitrust, notamment en ce qui concerne les demandes d'indemnisation des surcoûts.

### **B. LE MOYEN DE DEFENSE PORTANT SUR LA REPERCUSSION DES SURCOUTS**

159. L'incidence de la fixation des prix (ou d'un autre comportement anticoncurrentiel entraînant une hausse des prix) sur un marché ne se limite pas aux acheteurs sur le marché en aval, mais peut également toucher toute autre personne à tous les niveaux de la chaîne de distribution. L'Étude examine le modèle dans le cadre duquel le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts est permis et où l'acheteur indirect a qualité pour agir. L'exemple donné est celui d'une entente entre fabricants d'une denrée alimentaire qui est transformée par d'autres entreprises, puis intégrée par des fabricants dans divers produits vendus à des épiciers. L'Étude indique que l'analyse devient d'autant plus difficile que la répercussion des surcoûts doit être évaluée à chacun des stades de la chaîne de distribution, en précisant que le fait d'autoriser le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts peut également générer des conflits entre les requérants aux différents niveaux de la chaîne de distribution.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Voir point 4.3 de la partie I du rapport économique.

160. L'Étude donne un aperçu des déterminants de la répercussion des surcoûts.<sup>104</sup> Pour faire simple, il s'agit principalement de la nature de la concurrence sur le marché sur lequel opère le requérant et du point de savoir si les surcoûts ont une incidence sur la situation du requérant par rapport à ses concurrents. D'après l'Étude, d'une manière générale, plus le marché en aval (c'est-à-dire le marché sur lequel le requérant exerce son activité) est concurrentiel, plus la répercussion des surcoûts est probable.
161. L'Étude aborde la question essentielle de l'évaluation de l'impact de la répercussion des surcoûts,<sup>105</sup> qui peut se faire à l'aide de différentes techniques, dont une «approche théorique» basée sur un modèle théorique du marché de la victime et les déterminants structurels de la répercussion, et une approche qui estime directement l'étendue de la répercussion à l'aide d'une étude statistique du lien historique entre les prix du requérant et les déterminants de ces prix. Ces deux approches, qui sont décrites dans l'Étude, ne sont pas reproduites ici compte tenu de leur nature extrêmement complexe et technique. Si un certain degré de complexité est inévitable pour déterminer le montant total des surcoûts facturés par une entente, la reproduction de cette complexité à chacun des stades de la chaîne de distribution renforcerait la complexité des actions en dommages et intérêts et en augmenterait le coût. Il ne semble pas possible d'élaborer un modèle qui déterminerait avec précision, et moyennant un coût raisonnable, le préjudice subi par les intéressés à différents niveaux de la chaîne de distribution.
162. Cette grande complexité technique associée au calcul des surcoûts répercutés tout au long de la chaîne de distribution a été un élément déterminant en droit américain. Dans son arrêt rendu dans l'affaire Illinois Brick, la Cour Suprême des États-Unis a motivé sa décision de ne pas permettre le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts en droit antitrust américain dans les termes suivants:<sup>106</sup>
- «Si l'on permettait le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts ..., les actions en dommages et intérêts triples deviendraient essentiellement des efforts massifs visant à répartir le dédommagement entre l'ensemble des demandeurs potentiels susceptibles d'avoir absorbé une partie des surcoûts, des acheteurs directs aux consommateurs finals en passant par les intermédiaires. Si séduisante cette tentative d'attribuer les surcoûts soit-elle en théorie, elle renforcerait la complexité des actions en dommages et intérêts à de nombreux égards et en compromettrait gravement l'efficacité.»*
163. En conclusion, le fait de devoir calculer le montant total des surcoûts est déjà suffisamment complexe et toute tentative visant à aller plus loin et à répartir les surcoûts tout au long de la chaîne de distribution renforcerait profondément la complexité des affaires antitrust et en augmenterait le coût.

---

<sup>104</sup> Points 4.9 à 4.14 de la partie I du rapport économique.

<sup>105</sup> Points 4.15 à 4.21 de la partie I du rapport économique.

<sup>106</sup> *Illinois Brick/Illinois*, 431 US 720 (1977).

164. La jurisprudence communautaire ne comporte pas d'analyse détaillée du moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts dans le domaine du droit de la concurrence. Cependant, au point 30 de l'arrêt *Courage*, la CJCE a tout de même précisé que:

«À cet égard, la Cour a déjà jugé que le droit communautaire ne faisait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit (voir, notamment, arrêts du 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady/Conseil et Commission*, 238/78, Rec. p. 2955, point 14; du 27 février 1980, *Just*, 68/79, Rec. p. 501, point 26, et du 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, Rec. p. I-7145, point 31).»

165. Cet extrait de l'arrêt *Courage* renvoyait à la jurisprudence de la CJCE. La possibilité d'invoquer le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts a en effet été reconnue par la Cour dans le cadre d'actions portant sur la responsabilité non contractuelle de la Communauté (article 288, paragraphe 2, CE)<sup>107</sup> et d'actions engagées par des entreprises à l'encontre d'États membres en vue de la récupération de taxes indûment perçues.<sup>108</sup>
166. L'existence et la mise en pratique du moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts en droit communautaire sont complexes. En effet, la Cour a subordonné le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts à de telles conditions que l'on peut soutenir que, lorsqu'il existe, ce moyen de défense est redondant en pratique.
167. Premièrement, la majorité de la jurisprudence communautaire ne concerne pas le domaine de la concurrence. Les juridictions communautaires n'ont jusqu'à présent pas étudié cette question de manière approfondie dans le cadre d'affaires de concurrence. En particulier, la répartition du préjudice du fait de l'utilisation du moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts pourrait être plus complexe dans les affaires antitrust que dans les affaires portant sur le remboursement de taxes étant donné la plus large portée des effets d'une entente.
168. Deuxièmement, la jurisprudence communautaire se limite à dire que le droit communautaire ne s'oppose pas à une règle de droit national qui viserait à

---

<sup>107</sup> Affaire 238/78, *Ireks-Arkady/Conseil et Commission*, Rec. 1979, p. 2955, citée au point 30 de l'arrêt *Courage*.

<sup>108</sup> Voir *Just*, citée en note 6 ci-dessus; affaires jointes C-441/98 et C-442/98, *Kapniki Michailidis/IKA*, Rec. 2000, p. I-7145, citée au point 30 de l'arrêt *Courage*; voir également *San Giorgio*, citée en note 6 ci-dessus, affaires jointes 331/85, 376/85 et 378/85, *Les Fils de Jules Bianco et J Girard Fils/Directeur général des douanes et droits indirects*, Rec. 1988, p. 1099, et *Comateb*, citée en note 6 ci-dessus; voir également les conclusions de l'Avocat général, M. van Gerven, dans l'affaire *Banks*, citée en note 4 ci-dessus, point 48: «Le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que la juridiction nationale veille, conformément à l'ordre juridique interne, à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit»; et point 51: «Pour quantifier le dommage, il est en toute hypothèse nécessaire, conformément à l'interdiction (...) de tout enrichissement sans cause (...), de tenir compte de la mesure dans laquelle le dommage a été répercuté dans les prix de vente de l'entreprise demanderesse.»

empêcher tout enrichissement sans cause. Elle n'établit pas l'existence en droit communautaire du moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts. Ainsi que l'Avocat général, M. Slynn, l'a déclaré dans ses conclusions dans l'affaire *Bianco*:

*«La Cour [dans l'affaire Just] n'a cependant pas jugé que la répercussion de taxes suppose en droit communautaire, par exemple en vertu d'un principe général interdisant tout enrichissement sans cause, que des taxes indûment exigées et payées ne peuvent jamais être récupérées.»*<sup>109</sup>

169. L'élément fondamental pouvant justifier le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts dans le raisonnement des juridictions communautaires réside dans l'absence d'enrichissement sans cause du requérant. Telle est en effet la motivation exposée au point 30 de l'arrêt *Courage*. La répercussion des surcoûts n'entraîne cependant pas nécessairement un enrichissement sans cause du requérant puisqu'elle peut aussi bien induire une baisse des ventes dès lors que l'opérateur doit augmenter ses prix.<sup>110</sup>
170. En effet, dans la jurisprudence plus récente de la Cour de justice, les notions de répercussion et d'enrichissement sans cause sont considérées par la CJCE comme des conditions cumulatives à remplir pour pouvoir permettre la réduction d'une taxe. Ainsi que la Cour l'a déclaré au point 27 de l'arrêt *Comateb*:

*«Dès lors, un État membre ne peut s'opposer au remboursement à l'opérateur d'une taxe perçue en violation du droit communautaire que lorsqu'il est établi que la totalité de la charge de la taxe a été supportée par une personne autre que l'opérateur et que le remboursement de ce dernier entraînerait, pour lui, un enrichissement sans cause.»*<sup>111</sup>

171. Plus récemment, la Cour a statué, au point 102 de son arrêt rendu dans l'affaire *Weber*, que:

*«Il y a lieu dès lors de conclure sur ce point que les règles du droit communautaire relatives à la répétition de l'indu doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation nationale qui refuse, ce qu'il appartient au juge national de vérifier, le remboursement d'une taxe incompatible avec le droit communautaire au seul motif que celle-ci a été répercutée sur les tiers, sans exiger que soit établie la mesure de l'enrichissement sans cause qu'engendrerait pour l'opérateur le remboursement de cette taxe.»*<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> *Bianco*, citée en note 108 ci-dessus.

<sup>110</sup> La prise en compte d'une baisse des ventes dans les cas de répercussion d'un surcoût est également suggérée par le raisonnement de la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Hanover Shoe/United Shoe Machinery*, 392 US 481 (1968).

<sup>111</sup> *Comateb*, citée en note 6 ci-dessus (soulignement ajouté); raisonnement réitéré dans l'affaire C-147/01, *Weber's Wine World*, Rec. 2003, p. I-11365, point 94.

<sup>112</sup> *Weber*, citée en note 111 ci-dessus (soulignement ajouté).

172. La dissociation entre les notions de répercussion d'un surcoût et d'enrichissement sans cause a évolué dans la jurisprudence de la Cour dans la mesure où celle-ci considère qu'une présomption d'enrichissement sans cause basée sur le seul fait de la répercussion d'une taxe est non fondée au point de s'opposer au principe d'effectivité prévu par le droit communautaire (dans le contexte de la protection juridictionnelle d'un droit conféré par l'ordre juridique communautaire, soit la restitution d'une taxe perçue en violation du droit communautaire).<sup>113</sup>
173. On peut dire que le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts n'est pas fondé en droit communautaire, lequel prévoit plutôt un moyen de défense portant sur l'enrichissement sans cause et qui exige: 1) la preuve de la répercussion d'un surcoût (ce qui peut être difficile par nature –voir ci-dessous); et 2) la preuve de l'absence de baisse des ventes ou des revenus.
174. Par ailleurs, si le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts devait être reconnu, il serait extrêmement difficile de répartir le préjudice entre les différents requérants aux différents niveaux de la chaîne de production/distribution. La Cour a ouvert la voie à cette répartition en reconnaissant la possibilité d'une répercussion partielle dans les affaires *Société Comateb* et *Michailidis*.<sup>114</sup> Cette possibilité est acceptable en principe si l'on cherche à estimer de manière aussi précise que possible l'ampleur d'un enrichissement sans cause. Elle n'entraîne cependant pas les mêmes complexités en matière de récupération de taxes, où la possibilité offerte aux consommateurs de saisir la justice ne semble présenter aucun intérêt (bien que cela puisse être une possibilité théorique),<sup>115</sup> que dans le domaine des affaires antitrust.
175. Enfin, dans l'affaire *San Giorgio*,<sup>116</sup> la CJCE a déclaré qu'une disposition du droit national qui vise à rejeter sur la partie qui demande remboursement la charge d'établir qu'elle n'a pas répercuté les taxes sur le consommateur final est incompatible avec le droit communautaire au motif qu'elle rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de la taxe indûment perçue et payée. En vertu du droit communautaire, la charge de prouver la répercussion de surcoûts, lorsque la question se pose en droit national, incombe au défendeur. Lorsque la répercussion de surcoûts peut être invoquée, elle l'est en tant que *moyen de défense*.<sup>117</sup> C'est un élément de fait que doit établir le *défendeur*. En

---

<sup>113</sup> Voir point 117 de l'arrêt *Weber*, cité en note 111 ci-dessus.

<sup>114</sup> *Comateb*, citée en note 6 ci-dessus, points 27 et 28, et *Michailidis*, citée en note 108 ci-dessus, point 33. Voir également le point 51 des conclusions présentées par l'Avocat général, M. van Gerven, dans l'affaire *Banks*, citée en note 4 ci-dessus.

<sup>115</sup> Voir point 7 des conclusions de l'Avocat général, M. Mancini, dans l'affaire *San Giorgio*, citée en note 6 ci-dessus: «[i]l est absurde de penser, dans un système où l'action de groupe est méconnue, qu'une masse de consommateurs puisse poursuivre l'État en justice en vue d'obtenir le remboursement de sommes minimales».

<sup>116</sup> *San Giorgio*, citée en note 6 ci-dessus.

<sup>117</sup> Il convient également de noter que, selon la section 33 (3) (2) *GWB*, modifiée par le 7<sup>e</sup> amendement, le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts n'est pas exclu en droit civil allemand mais que, s'agissant d'un moyen de défense, les faits qui le sous-tendent doivent être prouvés par le défendeur.

pratique, il est très souvent difficile pour le défendeur de satisfaire la charge de prouver la répercussion de surcoûts qui lui est imposée.

### C. SITUATION DE L'ACHETEUR INDIRECT

176. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la question de la situation des acheteurs indirects ainsi que le point de savoir, dans le cas où ces acheteurs auraient qualité pour agir, comment calculer leur droit à réparation lorsqu'ils ont subi la répercussion d'un surcoût sont intimement liés à la question de l'existence du moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts à proprement dit et, lorsqu'il existe, à ses modalités d'application.

177. Les juridictions communautaires ne se sont pas prononcées sur le statut des acheteurs indirects dans les affaires antitrust. Il a été avancé que l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Courage* s'oppose à toute restriction à l'égard du statut des acheteurs indirects. La Cour a d'ailleurs réaffirmé aux points 23 et 24 de son arrêt rendu dans l'affaire *Courage* que les articles 81 et 82:

*«produisent des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder ... Il résulte des considérations qui précèdent que tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article [81], paragraphe 1, du traité»* (soulignement ajouté).

Il s'agit d'une réaffirmation des principes énoncés dans la jurisprudence antérieure de la Cour.<sup>118</sup>

178. Il est suggéré que, pris isolément et en vertu des principes généraux énoncés dans la jurisprudence précitée, les acheteurs tant directs qu'indirects sont en droit d'introduire une demande sous réserve que l'infraction, le préjudice subi et le lien de causalité puissent être prouvés. La non-application de ces principes priverait ceux qui ont apparemment subi un préjudice du fait d'un manquement aux règles antitrust de leur droit à réparation. Mais il est tout aussi évident que le fait de permettre à toutes les parties en aval d'une infraction aux règles de concurrence de demander réparation engendre de nouvelles complexités (comment calculer le degré de répercussion du surcoût), des désincitations (l'indemnisation accordée aux requérants qui obtiendront gain de cause sera moindre) et des frais plus élevés (augmentation du nombre d'affaires soumises pour la même infraction et accroissement de leur complexité).

179. Lorsque l'on conçoit un système d'actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust, l'objectif premier doit être axé sur une application efficiente et efficace des règles antitrust. L'idéal serait qu'un système de cette nature puisse concilier dans une certaine mesure les objectifs en matière de dissuasion et de réparation. Ainsi, si la mise en place d'un système efficace peut permettre de

---

<sup>118</sup> Voir *BRT/SABAM*, citée en note 8 ci-dessus, point 16; voir également affaire C-282/95 P, *Guérin Automobiles/Commission*, Rec. 1997, p. I-1503, point 39.

dédommager les acheteurs indirects, en particulier les consommateurs finals, rien ne justifie qu'ils ne puissent pas également profiter des actions en dommages et intérêts. Compte tenu des complexités susvisées, il est néanmoins probable qu'un compromis entre justice (au sens de réparation intégrale de la perte subie du fait d'une pratique illicite pour tous ceux qui en ont été victimes) et efficacité soit inévitable.

180. Il est suggéré que le facteur déterminant pourrait être l'application effective du droit communautaire. S'il est nécessaire de limiter les droits dont disposent certains particuliers pour saisir la justice afin de garantir l'efficacité d'un système destiné à veiller à l'application des articles 81 et 82, ces limites doivent dès lors être jugées acceptables au regard du droit communautaire. Il pourrait donc être nécessaire de déterminer les droits qui doivent être favorisés afin de garantir l'efficacité d'un système d'application, et non pas insister sur la protection absolue de l'ensemble des droits conférés aux particuliers. En ce qui concerne la protection des droits des consommateurs, une procédure particulière pour les demandes de faible importance ou une action collective peut constituer un moyen de recours efficace étant donné l'importance très faible du préjudice individuel subi dans la plupart des cas (voir section VI ci-après).

**D. OPTIONS POLITIQUES RELATIVES AU TRAITEMENT DU MOYEN DE DEFENSE PORTANT SUR LA REPERCUSSION DES SURCOUTS ET LA SITUATION DES ACHETEURS INDIRECTS**

Option 21: le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts est autorisé et les acheteurs directs et indirects peuvent poursuivre l'auteur de l'infraction

181. Dans le cadre de ce modèle, les dommages et intérêts doivent être répartis entre les acheteurs directs et indirects, ce qui peut supposer, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, des difficultés dans l'évaluation du surcoût répercuté aux différents stades de la chaîne de production et de distribution, même si le système suit le principe de l'octroi de dommages et intérêts compensatoires à chaque partie lésée. Les actions seraient en principe séparées et indépendantes, bien que rien n'empêche en pratique les parties de coordonner leurs actions pour ainsi éventuellement économiser du temps et de l'argent, en ayant recours aux dispositifs existants en matière de procédure. À cet égard, on pourrait, dans le cadre de ce modèle, avoir recours aux actions de groupe et aux mécanismes permettant la jonction des demandes, ainsi qu'à un certain type d'actions collectives ou représentatives au niveau des consommateurs (voir section VI ci-après).

Option 22: le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts est exclu et seuls les acheteurs directs peuvent poursuivre l'auteur de l'infraction

182. Cette option privilégie la réparation du dommage causé aux acheteurs directs au détriment des autres catégories de victimes potentielles. Les avantages de cette option ont principalement trait à l'effet dissuasif des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence, puisque l'on peut supposer que l'acheteur direct peut plus facilement accéder aux éléments de preuve nécessaires pour établir l'infraction et quantifier les dommages, dont les dommages causés en aval de la chaîne de production/distribution. Plus on s'éloigne de l'auteur ou des auteurs de l'infraction et des acheteurs directs, plus il devient difficile d'en apprécier les effets. C'est pourquoi l'acheteur direct est habituellement mieux placé pour introduire une demande et qu'un système encourageant les demandes introduites par les acheteurs directs est censé permettre un degré plus élevé d'application et de respect des règles et avoir un effet dissuasif plus important.
183. On peut par ailleurs soutenir que, si l'acheteur direct exerce son activité sur un marché concurrentiel, la dynamique de ce marché peut, dans certains cas, remédier au prétendu enrichissement sans cause de l'acheteur direct en l'obligeant à répercuter le gain réalisé du fait des dommages et intérêts qui lui ont été attribués sur la chaîne de production/distribution.
184. Afin de permettre aux consommateurs d'obtenir réparation et d'assurer la protection de leurs intérêts, il s'imposerait dans le cadre de ce modèle de prévoir une exception à la règle selon laquelle les acheteurs directs sont les seuls à avoir qualité

pour agir, de manière à permettre l'introduction de demandes au niveau des consommateurs, (voir section VI ci-après).

Option 23: le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts est exclu et les acheteurs tant directs qu'indirects peuvent poursuivre l'auteur de l'infraction

185. Ce modèle pourrait conduire à l'obtention d'une réparation excessive auprès de l'auteur de l'infraction. Par ailleurs, ce modèle favorise une forme poussée de dissuasion vis-à-vis des contrevenants potentiels tout en incitant fortement les acheteurs tant directs qu'indirects à saisir la justice.

Option 24: une procédure en deux étapes <sup>119</sup>

186. Ce système pourrait suivre la structure suivante:

- A) Lors d'une première procédure, le moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts est exclu et l'auteur de l'infraction est poursuivi pour l'intégralité des surcoûts.
- B) Lors d'une procédure ultérieure, des dommages et intérêts sont attribués et répartis entre l'ensemble des parties qui ont subi une perte.

187. Ce système présente l'avantage de garantir que l'auteur de l'infraction sera condamné à payer (objectif de dissuasion). La deuxième étape visant à l'octroi de dommages et intérêts garantit la réalisation de l'objectif de réparation. Cette option soulève d'autres questions concernant ses modalités exactes de fonctionnement qu'il conviendrait d'examiner.

---

<sup>119</sup> Voir, par exemple, ABA Section of Antitrust Law, *The State of Federal Antitrust Enforcement – 2001, Report of the Task Force on the Federal Antitrust Agencies - 2001* à la page 24, et ABA Section of Antitrust Law, *Report on Remedies* (2004).

## SECTION VI: DEFENSE DES INTERETS DES CONSOMMATEURS

### A. INTRODUCTION

188. Il est fondé d'encourager les consommateurs finals à introduire des demandes, celles-ci contribuant directement à la réalisation des objectifs impératifs visant à l'obtention de la réparation des préjudices subis et au renforcement des mesures de dissuasion, ainsi qu'au développement d'une culture de la concurrence. Il ne fait pas de doute que les frais, les délais et les contraintes administratives qu'impliquent les procédures judiciaires de droit commun sont susceptibles de décourager les consommateurs qui subissent une perte économique relativement faible de poursuivre en justice les entreprises dont le comportement est anticoncurrentiel. Il pourrait donc être nécessaire de permettre aux consommateurs, pour être viables en justice, d'avoir recours à certains instruments.
189. Les obstacles auxquels se trouvent confrontés les particuliers pour obtenir réparation ont donné lieu à l'instauration de procédures simplifiées dans plusieurs juridictions à travers l'Europe. Bien qu'elles soient différentes au regard de leur portée et de leurs conditions d'accès, les procédures existantes pour les demandes de faible importance présentent quelques caractéristiques communes: la charge économique qui pèse sur les plaignants est minimisée; les règles habituelles en matière d'obtention de preuves et de détermination du montant des dommages et intérêts sont assouplies, en donnant une marge d'appréciation élevée au tribunal et; enfin, tout en préservant la structure contradictoire du procès et la neutralité des autorités judiciaires, le tribunal est souvent autorisé à apporter un certain appui procédural aux parties et à identifier les éléments d'information pertinents pour statuer.
190. En mars 2005, la Commission a adopté une proposition de règlement instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance<sup>120</sup>, qui serait également applicable aux infractions au droit communautaire de la concurrence. La proposition suggère de tenir cette procédure optionnelle à la disposition des justiciables parallèlement aux procédures prévues par les législations nationales. La procédure européenne pour les demandes de faible importance est destinée à simplifier et accélérer le règlement des litiges relatifs à des demandes dont la valeur totale ne dépasse pas 2 000 € et à en réduire le coût. Elle offrirait aux consommateurs la possibilité d'engager la procédure en complétant un formulaire de demande type, sans l'aide d'un avocat. La juridiction déterminerait librement les moyens de preuve et l'étendue de l'obtention des preuves. Enfin, il est explicitement prévu que, dans les cas où la partie qui succombe serait une personne physique non représentée par un avocat, elle ne serait pas tenue de rembourser les frais de justice supportés par la partie adverse.

---

<sup>120</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance (présentée par la Commission), COM (2005) 87 du 15 mars 2005.

191. La mise en place de procédures judiciaires simplifiées appropriées pourrait faciliter l'introduction par les consommateurs d'actions en dommages et intérêts pour infraction au droit antitrust communautaire. Des règles particulières en matière de récupération des coûts et d'assistance judiciaire pourraient par ailleurs réduire la charge financière qui pèse sur les consommateurs lorsqu'ils engagent une procédure en matière de concurrence. De plus, l'incertitude concernant l'aboutissement de la procédure pourrait être minimisée en instaurant des dispositions particulières pour ce qui concerne l'octroi de dommages et intérêts et la détermination de leur montant, ainsi que le seuil imposé aux consommateurs qui intentent une action en matière de preuves.
192. Outre la procédure européenne pour les demandes de faible importance, il pourrait convenir de proposer aux consommateurs des voies de recours collectif.<sup>121</sup> On pourrait opérer à cet égard une distinction entre l'action représentative, l'action collective et l'action introduite dans l'intérêt général. Une «action représentative» est une action engagée par une personne physique ou morale représentative, telle qu'une organisation de consommateurs, au nom d'un groupe de particuliers désignés, habituellement ses membres, et visant à la protection de leurs droits individuels. Une «action collective» est une action engagée au nom d'un groupe de particuliers identifiés ou identifiables et visant à la protection de leurs intérêts.<sup>122</sup> Il existe également une autre variante, à savoir l'action engagée dans l'intérêt général, qui n'est pas introduite au nom de particuliers identifiés, mais au profit du grand public. Les dommages et intérêts attribués dans le cadre de l'une ou l'autre de ces actions peuvent être octroyés soit à la personne physique ou morale qui a engagé l'action, soit aux victimes du préjudice.
193. Les actions collectives et représentatives sont particulièrement importantes dans le cadre de la défense des intérêts des consommateurs. Mais les actions collectives et représentatives peuvent également, au-delà du contexte particulier des réclamations des consommateurs, améliorer l'efficacité de la procédure de règlement du litige en consolidant un nombre potentiellement important d'actions différentes en une seule action. Cela permet en effet d'économiser du temps et de l'argent et évite le risque

---

<sup>121</sup> Voir les conclusions de l'Avocat général, M. Jacobs, dans l'affaire C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund/République d'Autriche*, Rec. 2000, p. I-10497, point 47: «*Les droits de recours collectif constituent une caractéristique également commune aux systèmes juridictionnels modernes. On les rencontre principalement dans les domaines tels que la protection des consommateurs, le droit du travail, le droit de la concurrence déloyale ou la protection de l'environnement. La loi accorde aux associations ou autres organes représentatifs le droit de former des recours, soit dans l'intérêt des personnes qu'ils représentent, soit dans l'intérêt général. Cette solution sert la mise en oeuvre privée de règles adoptées dans l'intérêt général et assiste des plaignants individuels qui, bien souvent, sont mal préparés face à des adversaires habituellement bien organisés et financièrement plus forts.*»

<sup>122</sup> Une action collective diffère d'une action de groupe avec option de non-participation, cette dernière étant engagée par un particulier au nom d'un groupe de personnes *non identifiées* (*class action*). Une victime est ainsi réputée faire partie de ce groupe à moins qu'elle choisisse de ne pas y participer, ce qui peut conduire à la constitution de très grands groupes. Une action collective diffère également d'une action conjointe, pour laquelle les demandeurs ou le juge rassemblent des demandes individuelles en raison de l'existence d'un lien entre elles (même défendeur ou mêmes faits, par exemple). La jonction de demandes est de nature procédurale et, bien qu'une seule décision puisse être rendue pour l'ensemble des demandeurs au terme de la procédure, les dommages et intérêts sont attribués à chacun d'eux à titre individuel.

d'actions tactiques (où un groupe de plaignants attendraient l'issue d'une procédure en instance avant d'engager leur propre action). De plus, un certain type d'action collective organisée peut jouer en faveur d'un certain équilibre pour les requérants qui, sinon, se trouvent désabusés face à des défendeurs bien organisés et potentiellement riches.

194. Il est essentiel de permettre aux citoyens européens et à leurs associations de faire respecter plus facilement leurs droits et d'accroître les possibilités qui leur sont offertes pour obtenir réparation des pertes économiques qu'ils subissent afin de les rapprocher des lois et des politiques européennes. Pour réaliser cet objectif, toute une palette de mesures, allant au-delà du domaine précisément abordé dans le Livre vert, sont en cours de mises en œuvre ou à l'examen au niveau de l'UE et dans le cadre de l'OCDE<sup>123</sup>. En particulier, la Commission a récemment commandé une étude destinée à analyser et à évaluer les voies de recours, autres que celles qui relèvent des procédures judiciaires de droit commun, dont disposent les consommateurs dans les États membres de l'UE ainsi que dans d'autres juridictions, aussi bien en ce qui concerne les litiges nationaux que transfrontaliers. Le champ de l'analyse englobera les procédures pour les demandes de faible importance et les voies de recours collectif, telles que les actions représentatives, les actions collectives et les actions de groupe. L'étude portera sur toutes les voies de recours alternatives dans le cadre de différends opposant une entreprise à des consommateurs, et englobera ainsi les affaires de concurrence, considérées dans le contexte plus large des voies de recours à la disposition des consommateurs. La Commission tiendra compte des résultats de cette étude, qui seront connus en 2006, pour définir les mesures qu'il convient de prendre afin d'améliorer l'efficacité des voies de recours dont disposent les consommateurs.

## **B. LES ACTIONS COLLECTIVES ET REPRESENTATIVES DANS LES AFFAIRES ANTITRUST DANS LES ÉTATS MEMBRES**

195. Dans certains États membres, les associations de consommateurs et autres organisations représentatives ont déjà fait, avec succès, l'expérience d'une action en justice dans des domaines autres que celui du droit de la concurrence. Cependant, dans certains cas, ce type d'action ne donne lieu qu'à des mesures provisoires, et non pas à l'octroi de dommages et intérêts.<sup>124</sup> On constate dans certains pays que

---

<sup>123</sup> Voir le rapport général de l'OCDE sur le règlement des litiges avec les consommateurs et la réparation sur le marché mondial, à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/54/49/35201271.pdf>.

<sup>124</sup> La plupart des dispositions permettant l'introduction de ces actions trouvent leur origine dans l'ordre juridique communautaire, puisqu'elles ont été adoptées en application de directives européennes dans le domaine des actions en cessation et des clauses contractuelles abusives (p.e. directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO 1993 L 95/29, et directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JO 1989 L 166/51), dans le domaine de la protection de l'environnement (p.e. directive 2003/35 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, JO 2003 L 156/17) et dans le domaine de la protection des droits de propriété intellectuelle (p.e. directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, citée en note 26 ci-dessus).

les actions collectives ou représentatives engagées devant les juridictions nationales l'ont principalement été dans le domaine des services financiers (affaires relatives au secteur bancaire et aux cartes de crédit par exemple). Les clauses contractuelles abusives semblent souvent en constituer la réclamation spécifique. Il est entendu que ces actions ne reposent pas sur une base juridique sectorielle, mais qu'elles sont intentées au titre de dispositions générales de l'ordre juridique national. En effet, dans un grand nombre d'États membres, les organismes représentatifs ont, en vertu de dispositions procédurales générales, qualité pour agir au nom d'intérêts diffus, le plus souvent, dès lors que certaines conditions particulières sont réunies.

196. L'une des législations nationales les plus élaborées dans ce domaine est celle de la Suède, avec sa loi de 2002 sur les actions de groupe (Group Proceedings Act), qui permet au représentant d'un groupe d'engager une action.<sup>125</sup> Par action de groupe, on entend une action engagée par un groupe privé, par une organisation ou par un groupe public. En ce qui concerne les groupes privés, l'action peut être engagée par une personne physique ou morale qui a elle-même une demande à formuler. S'agissant des organisations, l'action peut être intentée par une association sans but lucratif œuvrant pour la défense des intérêts des consommateurs ou des salariés dans le cadre de litiges opposant des consommateurs et à un professionnel. Enfin, une action de groupe public peut être engagée par une autorité apte à représenter les membres du groupe et autorisée par le gouvernement à le faire.<sup>126</sup> Pour qu'une action de groupe soit permise, les circonstances sur lesquelles l'action se fonde doivent être communes ou similaires pour l'ensemble du groupe. Il importe également de ne pas perdre de vue que la majeure partie des réclamations ne pourrait pas être aussi bien défendue par des actions engagées individuellement par les membres du groupe. Les actions de groupe sont assorties d'une option de participation, c'est-à-dire qu'un requérant doit faire le choix de faire partie du groupe. Seuls les membres qui ont notifié par écrit au tribunal leur décision d'exercer cette option peuvent participer à la procédure en tant que membres passifs, suite à quoi le jugement définitif du tribunal est contraignant à leur égard. Les membres passifs ne sont en règle générale pas tenus de payer les frais de justice d'un défendeur qui obtient gain de cause. Pour ce qui concerne le requérant représentatif, la règle générale établie par le droit procédural suédois prévoit que la partie qui succombe paie les frais de justice de l'autre partie.

197. À ce jour, un seul État membre dispose d'une législation particulière autorisant les actions collectives ou représentatives en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence.<sup>127</sup> Au Royaume-Uni, les associations de consommateurs

---

<sup>125</sup> Le texte de cette loi (2002:599) est disponible sur <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf>.

<sup>126</sup> En Allemagne, la section 34 *GWB* permet à l'autorité de concurrence allemande (*Bundeskartellamt*) d'ordonner à une entreprise qui s'est rendue coupable d'une infraction aux règles de concurrence de payer une somme correspondant aux bénéfices qu'elle a réalisés du fait de cette infraction.

<sup>127</sup> En France, un groupe de travail mis sur pied par le Président Chirac et composé de représentants des consommateurs, des milieux industriels et du gouvernement est sur le point de remettre son rapport final sur l'instauration en France des actions collectives dans le domaine du droit en matière de protection des consommateurs. Il se peut que ce rapport conseille d'étendre la possibilité d'engager des actions collectives au domaine du droit de la concurrence.

désignées par le Secrétaire d'État peuvent introduire des actions en dommages et intérêts au nom d'au moins deux consommateurs individuels devant le CAT.<sup>128</sup> Ces actions ne peuvent être introduites que sur la base d'une décision constatant une infraction adoptée par une autorité publique (l'OFT ou la Commission européenne).

## C. OPTIONS POLITIQUES

### Option 25: cause d'action pour les associations de consommateurs

198. La mesure dans laquelle les procédures judiciaires simplifiées qui existent déjà au niveau national -éventuellement en association avec la procédure pour les demandes de faible importance proposée par la Commission- peuvent s'attaquer aux obstacles qui entravent l'accès à la justice dans les affaires de concurrence reste à déterminer. Il semble qu'il soit encore possible d'instaurer de nouvelles voies de recours collectif pour les consommateurs, telles que les actions collectives ou représentatives engagées par les associations de consommateurs ou d'autres entités habilitées. Les actions des associations de consommateurs ne sont pas ignorées par le droit communautaire ni par celui des États membres, bien qu'elles soient souvent limitées à des mesures provisoires sans donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts. Il convient d'étudier le point de savoir s'il importe de prévoir la possibilité d'engager une action collective ou représentative au regard du droit de la concurrence, c'est-à-dire une action introduite par une entité représentant les intérêts des consommateurs dans les affaires de concurrence. La création d'une base juridique particulière pour les actions engagées par les associations de consommateurs ou d'autres entités habilitées dans le domaine de la concurrence présenterait l'avantage d'une plus grande clarté, de même qu'elle pourrait définir dans le cadre de ces actions d'autres questions telles que la qualité pour agir des acheteurs directs et indirects.
199. Il convient d'examiner des questions telles que la qualité pour agir (un système éventuel d'enregistrement ou d'autorisation ou l'utilisation d'un critère directement applicable par le tribunal), la répartition des dommages et intérêts (seront-ils accordés à l'association elle-même ou à ses membres) et la détermination du montant des dommages et intérêts (les dommages et intérêts accordés à l'association pourraient être calculés sur la base du gain illicite du défendeur, alors que les dommages et intérêts accordés aux membres seraient calculés sur la base du dommage individuel subi).
200. Toute disposition prévoyant certaines formes particulières d'organisation collective de demandes d'indemnisation pour infraction aux règles antitrust devra faire l'objet d'une coordination minutieuse avec les autres initiatives entreprises par les institutions européennes et les États membres en vue d'améliorer l'accès des consommateurs à la justice. Le respect des droits des consommateurs dans les affaires de concurrence doit être replacé comme il se doit dans le contexte plus

---

<sup>128</sup> Section 47 B de la loi 1998 sur la concurrence, insérée par la section 19 de la loi 2002 sur les entreprises.

large des voies de recours dont ceux-ci disposent. La Commission suit de près l'évolution de la situation dans ce domaine afin de déterminer le type d'action qu'il pourrait convenir d'envisager à l'avenir au niveau de l'UE pour garantir la cohérence et l'efficacité du cadre réglementaire.

Option 26: une disposition spéciale pour une action collective introduite par des groupes d'acheteurs autres que les consommateurs finals

201. Certes, les procédures existantes en matière de consolidation et de jonction des demandes protègent dans une certaine mesure les intérêts de groupes autres que les consommateurs finals. On peut tout de même supposer qu'une autre forme d'action de groupe avec option de participation puisse être souhaitable aux fins de la protection de groupes de justiciables autres que les consommateurs finals. En effet, ces autres justiciables, par exemple au stade du commerce de détail dans la chaîne de production ou de distribution, peuvent ne pas avoir conscience de leur droit de saisir la justice et avoir besoin de s'organiser en groupe afin de rendre le rapport coût/bénéfices d'une saisine de la justice plus attractif.

## SECTION VII: COUT DES ACTIONS

### A. INTRODUCTION

202. L'introduction d'une action en dommages et intérêts engendre des frais. Économiquement parlant, ces frais sont liés au travail réalisé par les personnes chargées d'engager l'action ainsi qu'aux dépenses de matériel. Si toutes les actions au civil ont un coût, les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence peuvent être particulièrement coûteuses puisqu'elles sont généralement plus complexes et plus longues que les autres types d'actions au civil.
203. Selon l'Étude, le risque financier peut être un obstacle à l'introduction d'une action en dommages et intérêts.<sup>129</sup> L'Étude distingue deux types de risques associés aux règles relatives au recouvrement des coûts:
- L'obligation imposée au demandeur de payer certains honoraires à l'avance peut en soi rendre difficile l'introduction d'une action si le montant de ces honoraires est élevé. Si ces honoraires peuvent généralement être récupérés auprès de la partie qui succombe, un demandeur peut rencontrer des difficultés pour rassembler la somme nécessaire dans l'espoir d'en obtenir le remboursement au terme d'une procédure qui risque d'être longue.
  - L'application du principe du paiement des dépens par la partie qui succombe a des conséquences ambiguës quant à la probabilité qu'un (possible) demandeur introduise une action. Certes, ce principe lui permettra d'obtenir le remboursement de ses propres dépens auprès du défendeur s'il obtient gain de cause. En revanche, il peut être condamné à payer ses propres frais ainsi que ceux du défendeur si sa demande est rejetée. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, l'application de ce principe est particulièrement problématique dans le cadre des affaires assez floues et peut même avoir pour effet de dissuader d'engager une action.
204. Toutes les juridictions concernées ont établi des règles régissant la répartition des frais induits par une action au civil. Ces règles prévoient que les frais associés à l'action sont supportés par une des parties et, la plupart du temps (ainsi qu'il est indiqué ci-après de manière plus détaillée), par la partie qui succombe. Il importe néanmoins de souligner que ces règles relatives au recouvrement des coûts n'englobe pas le coût réel d'une action: en effet, la plupart de ces règles plafonne dans une certaine mesure le montant récupérable des honoraires d'un avocat ou d'un témoin expert.

---

<sup>129</sup> Rapport comparatif, page 116.

**B. L'OBLIGATION IMPOSEE AUX ÉTATS MEMBRES DE PREVOIR DES REGLES EN MATIERE DE RECOUVREMENT DES COUTS GARANTISSANT UN ACCES EFFECTIF AUX TRIBUNAUX**

205. Selon l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (la «Convention»), toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal qui statuera sur ses droits et obligations de caractère civil. Ce principe s'applique aux actions en dommages et intérêts en matière de concurrence puisqu'elles concernent des obligations civiles des parties. En vertu de la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (la «CEDH»), le droit d'accès garanti par l'article 6 de la Convention n'est pas un droit absolu. Les parties à la Convention sont en droit de formuler des règles d'accès aux juridictions civiles dès lors que ces règles servent un intérêt légitime et qu'elles y sont proportionnées. La CEDH a tranché la question du recouvrement des coûts à cet égard.
206. Dans son arrêt rendu en 2001 dans l'affaire *Kreuz/Pologne*, la CEDH a examiné si la perception de frais de procédure était contraire à la Convention.<sup>130</sup> La Cour a statué que la perception de frais de procédure n'était pas en soi contraire à l'article 6 de la Convention au motif que ces frais poursuivaient un but légitime, qu'ils n'étaient pas disproportionnés et qu'ils ne portaient pas atteinte à l'essence même du droit conféré par l'article 6. En revanche, la Cour a considéré que le montant des frais de procédure demandés était excessivement élevé et violait ainsi l'article 6. Le tribunal national avait ordonné au requérant de verser 100 000 000 de PLN, montant équivalant au revenu annuel moyen d'un Polonais à l'époque. Le tribunal polonais avait refusé de modifier le montant de ces frais, considérant que les activités commerciales du demandeur lui permettaient de payer cette somme. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ce refus violait l'article 6 de la Convention, le tribunal national ayant basé sa décision sur des hypothèses quant à la situation financière du demandeur et n'ayant pas cherché à établir clairement s'il n'était effectivement pas en mesure, comme il l'avait lui-même affirmé, de payer les frais de procédure qui lui étaient exigés. L'élément intéressant dans l'arrêt de la CEDH est qu'il aborde explicitement la question de la situation financière du requérant – c'est en effet au regard de cette situation que le point de savoir si les frais de procédure demandés sont excessifs doit être tranché. La Cour européenne des droits de l'homme adopte une position subjective face à cette question, dans le cadre de laquelle les frais exposés pour pouvoir avoir accès aux tribunaux sont considérés comme une limitation ou une condition, éventuellement légitime, de ce droit d'accès.
207. De même, la CEDH a statué que l'article 6 de la Convention garantit, dans certaines circonstances, le droit à une aide judiciaire. Dans son arrêt rendu en 2005 dans le cadre de l'affaire *Steel et Morris/Royaume-Uni*, la CEDH a considéré que le droit à une aide judiciaire n'était pas un droit absolu dans toutes les procédures et que l'État n'avait pas pour obligation de garantir une égalité des armes totale entre les parties.<sup>131</sup> La Cour a cependant estimé que les circonstances de l'affaire dont elle

---

<sup>130</sup> CEDH, *Kreuz c. Pologne* (requête n° 28249/95), arrêt du 19 juin 2001.

<sup>131</sup> CEDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, (requête n° 68416/01), arrêt du 15 février 2005.

était saisie, impliquant une action en diffamation introduite par l'entreprise McDonald's contre deux justiciables aux revenus modestes, exigeaient que le Royaume-Uni octroie à ces défendeurs une aide judiciaire pour leur permettre de présenter leur défense de manière effective. La Cour a spécifiquement fondé sa décision sur la différence considérable de ressources entre le demandeur et les défendeurs et sur les conséquences de cette différence sur la possibilité effectivement offerte aux défendeurs de faire face à l'action engagée à leur rencontre. Transposée au domaine du droit de la concurrence, cette affaire pourrait bien indiquer qu'il existe l'obligation d'octroyer une aide judiciaire lorsqu'il existe une profonde différence de ressources.<sup>132</sup>

208. Les juridictions communautaires ont développé une jurisprudence concernant la responsabilité en cas de violation des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. L'arrêt rendu dans l'affaire *Courage* ne constitue qu'un élément de cette jurisprudence. Les principes généraux sont les suivants: l'ordre juridique communautaire confère un droit et, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les «modalités procédurales» du recours destiné à assurer la sauvegarde de ce droit. Les règles des États membres à cet égard sont soumises, d'une part, au principe de l'équivalence (les règles applicables au regard du droit communautaire ne peuvent être plus strictes que celles qui s'appliquent en cas d'infraction au droit national) et, d'autre part, au principe d'effectivité (une certaine effectivité minimum du recours prévu par le droit national et de ses modalités procédurales doit être garantie).
209. Dans son arrêt rendu en 2001 dans l'affaire *Clean Car Autoservice GmbH/Stadt Wien & Republik Österreich*, la CJCE a appliqué ces principes à la question du remboursement des dépens.<sup>133</sup> Le litige initial concernait le non-respect par l'Autriche de la liberté de circulation garantie par le droit communautaire. Après avoir été saisie de cette affaire par le tribunal administratif d'appel autrichien (*Verwaltungsgerichtshof*) en application de l'article 234 du traité, la CJCE avait rendu son arrêt.<sup>134</sup> Conformément à son règlement de procédure, la CJCE avait statué que la question du remboursement des dépens devait être tranchée par la juridiction nationale. Chargé de rendre cette décision, le tribunal autrichien avait renvoyé cette question à la CJCE pour une décision à titre préjudiciel.
210. Si la CJCE n'a pas constaté de violation du principe d'effectivité dans ce cas particulier, elle a néanmoins précisé que ce principe s'appliquait en matière de remboursement des dépens. La possibilité d'engager une action en dommages et intérêts étant un droit conféré par l'ordre juridique communautaire (voir

---

<sup>132</sup> Voir également, dans un contexte similaire, la directive 2003/8 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire dans le cadre de telles affaires, JO 2003 L 26/41.

<sup>133</sup> Affaire C-472/99, *Clean Car Autoservice/Stadt Wien et Republik Österreich*, Rec. 2001, p. I-9687

<sup>134</sup> Affaire C-350/96, *Clean Car Autoservice/Landeshauptmann von Wien*, Rec. 1998, p. I-2521.

*Courage/Crehan*), les règles relatives au recouvrement des coûts engendrés par ces actions doivent être conformes au principe d'effectivité. En d'autres termes, elles ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'introduction d'une action de cette nature. Pour autant que l'on puisse le vérifier, aucune règle d'aucun État membre en matière de remboursement des dépens n'a jamais été jugée être en violation de ce principe d'effectivité. Il convient cependant de souligner que l'application de ce principe au type d'affaires dont il est question ici suppose, en vertu du droit communautaire applicable, que les États membres sont légalement tenus de concevoir leurs règles relatives au remboursement des dépens de façon à ce que des actions en dommages et intérêts puissent «effectivement» être engagées devant les juridictions nationales compétentes.

### C. REGLES RELATIVES AU RECOUVREMENT DES COUTS APPLIQUEES PAR LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

211. Les juridictions communautaires disposent elles-mêmes de règles concernant le recouvrement des frais exposés aux fins des procédures dont elles sont saisies. En voici les grands principes:

- En règle générale, les procédures devant la CJCE ou le Tribunal de première instance sont gratuites.<sup>135</sup> La seule exception concerne les actions abusives.
- Les frais récupérables comprennent les honoraires des avocats ou les dépenses engagées par d'autres agents ou conseillers (à l'exception du personnel de la Commission) ainsi que les frais encourus par les témoins. Les frais liés à certaines tâches techniques effectuées par les juridictions communautaires (expéditions des arrêts, etc.) peuvent également être remboursés.
- Les juridictions communautaires statuent sur le recouvrement des dépens dans leur décision finale, à l'exception des procédures préjudicielles, dans le cadre desquelles la CJCE laisse à la juridiction nationale à l'origine de la demande de décision préjudicielle le soin de statuer sur cette question.
- Un exécutoire des dépens n'est délivré que sur requête d'une partie. Si aucune des parties n'en fait la demande, chacune d'elles supporte ses propres dépens.
- En règle générale, la Cour condamne aux dépens la partie qui n'a pas obtenu gain de cause. Cette règle fait tout de même l'objet de quelques exceptions (notamment dans le cas des actions abusives).
- Il n'existe pas de barème officiel pour déterminer le montant des frais récupérables. Les juridictions communautaires tiennent compte de la complexité de l'affaire et de son importance économique pour fixer le montant récupérable des honoraires d'avocat. L'ordonnance du Tribunal de première instance dans l'affaire *Airtours*, dans lequel le Tribunal examinait de manière approfondie le

---

<sup>135</sup> Règlement de procédure de la Cour de justice, article 72; règlement de procédure du Tribunal de première instance, article 90.

point de savoir si les dépens dont le remboursement était demandé étaient effectivement nécessaires au regard de l'importance générale de l'affaire et de sa valeur économique, illustre les critères d'après lesquels les juridictions communautaires décident si certains frais sont récupérables.<sup>136</sup> En revanche, indépendamment de la complexité de l'affaire, les juridictions communautaires ne considèrent généralement comme récupérables que les honoraires d'un seul avocat par partie.

#### **D. REGLES RELATIVES AU RECOUVREMENT DES COUTS APPLIQUEES PAR LES JURIDICTIONS DES ÉTATS MEMBRES**

212. Les règles concernant le recouvrement des frais exposés en justice appliquées dans les États membres présentent une très grande complexité et comportent des modalités considérablement différentes. La comparaison de ces règles permet tout de même d'en tirer quelques points communs:

- Tous les États membres font payer des frais de procédure qui, dans la plupart des cas, sont payés d'avance par le demandeur.
- Tous les États membres appliquent la règle selon laquelle la partie qui succombe est condamnée aux dépens. En cas d'aboutissement partiel en faveur d'une partie, les dépens sont soit répartis entre les parties, soit, dans certains cas, supportés par une seule partie. Certains États membres font une exception au principe du paiement des dépens par la partie qui succombe lorsque l'appréciation des éléments de droit (ou de fait) du litige a été difficile.
- Le montant des frais récupérables (honoraires des avocats, des experts et autres témoins) est souvent plafonné par un barème légal.
- Les frais de procédure et les honoraires des avocats et des témoins sont généralement calculés en fonction de la valeur économique de l'affaire. Une affaire de grande valeur peut ainsi engendrer des frais de procédure élevés (à payer à l'avance dans la plupart des cas) et impliquer, pour la partie qui succombe, le risque de s'exposer à des honoraires d'avocats substantiels (dans la plupart des cas pour les deux parties).
- Il existe un certain type d'assurance-protection juridique dans la plupart des États membres. En effet, ce type d'assurance n'est pas prévu ou ne couvre pas les affaires antitrust dans seulement trois États membres (Chypre, Allemagne et Malte).

213. L'évolution, dans certains États membres, du principe du paiement des dépens par la partie qui succombe est particulièrement intéressante à cet égard. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, ce principe s'applique d'une manière ou d'une autre dans tous les États membres. Dans certains d'entre eux, les règles relatives au recouvrement des coûts applicables dans certaines procédures prévoient qu'un demandeur débouté

---

<sup>136</sup> Affaire T-342/99 DEP, *Airtours/Commission*, ordonnance du 28 juin 2004, non publiée.

n'est condamné aux dépens que si sa demande était déraisonnable. Cette règle est particulièrement utile dans les cas où l'issue d'une procédure est difficile à déterminer. En effet, en pareils cas, le critère de «raisonnabilité» peut réduire le risque financier que suppose une action en justice pour les demandeurs. De même, l'article 14 du projet de règlement instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance stipule que la partie qui succombe supporte les frais de la procédure, sauf si cela se révèle inéquitable ou déraisonnable, limitant ainsi le recouvrement des coûts à la notion de raisonnabilité.<sup>137</sup>

#### **E. LES REGLES RELATIVES AU RECOUVREMENT DES COÛTS COMME INCITATIONS A L'INTRODUCTION D'UNE ACTION**

214. Les règles relatives au recouvrement des coûts jouent un rôle important, dans la mesure où elles peuvent inciter ou au contraire dissuader une personne d'introduire une action. S'il est clair que ce sont les chances d'obtenir gain de cause qui encouragent en premier lieu à introduire une action, les règles relatives au recouvrement des coûts peuvent soit inciter encore davantage à saisir la justice, soit décourager de le faire.
215. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la règle le plus couramment appliquée en matière de recouvrement des coûts repose sur le principe du paiement des dépens par la partie qui succombe. L'application de ce principe n'a pas pour effet d'inciter ni de dissuader une personne d'introduire une action dès lors qu'elle peut raisonnablement avoir la certitude d'obtenir gain de cause et que les règles relatives au recouvrement des coûts lui permettent, si elle obtient gain de cause, de récupérer l'intégralité (ou une très grande partie) des frais réellement engagés.
216. L'application du principe du paiement des dépens par la partie qui succombe sera néanmoins problématique dans les cas où les dommages et intérêts demandés sont de très faible importance. En effet, en pareils cas, le coût réel de l'action peut être disproportionné, même si l'on tient compte des frais récupérables. Cela est particulièrement vrai dans les États membres dans lesquels les honoraires d'avocats récupérables sont définis au regard de la valeur de la demande. L'instauration d'une procédure collective peut se révéler utile dans la mesure où elle rendrait plus intéressantes, du fait de leur regroupement, les actions en dommages et intérêts de faible importance.<sup>138</sup>
217. L'application du principe du paiement des dépens par la partie qui succombe sera également problématique dans les cas où il n'est pas possible de déterminer l'issue de la procédure à l'avance. En pareils cas, un possible demandeur pourra très difficilement savoir s'il sera en mesure de payer l'intégralité du montant des frais ou de récupérer ses propres dépens. Si cela vaut probablement pour différents domaines du droit, le dilemme risque plus particulièrement de se poser pour les

---

<sup>137</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance, COM (2005) 87 final.

<sup>138</sup> Voir la section VI pour ce qui concerne les actions collectives.

actions en dommages et intérêts engagées dans des affaires de concurrence: ces actions dépendent en effet souvent d'appréciations complexes d'éléments de fait (et, éventuellement, de droit) et peuvent donc aussi bien se révéler favorables au demandeur qu'au défendeur. En termes de recouvrement des coûts, cette situation fera peser le risque associé à cette incertitude sur le demandeur, puisque c'est lui qui devra engager l'action. Certains des États membres permettent des exceptions à ce principe dans les cas où la demande soumise est difficile ou particulièrement complexe. Mais la majorité des États membres qui appliquent ce principe ne permettent pas une telle distinction et condamneront la partie qui succombe aux dépens même si l'issue de la procédure était difficile à envisager au départ. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, une règle prévoyant qu'un demandeur débouté n'est condamné aux dépens que s'il s'est montré déraisonnable en introduisant l'action peut jouer un rôle pour remédier à ce type de situations.

218. Certaines juridictions ont instauré d'autres mesures incitatives destinées à encourager l'introduction d'actions en dommages et intérêts. Des règles spécifiques en matière de recouvrement des coûts peuvent également avoir un effet incitatif. Par exemple, les honoraires conditionnels ont un effet incitatif non négligeable puisque le risque financier que suppose l'introduction d'une action est supporté non pas par le demandeur, mais par des avocats privés. L'expérience du droit américain suggère que l'existence des honoraires conditionnels est un facteur à l'origine d'un *plaintiff bar*, qui est fortement lié au grand nombre d'actions en dommages et intérêts engagées. Il importe toutefois de souligner que les honoraires conditionnels ne sont pas autorisés dans certains États membres et qu'ils sont réglementés dans d'autres.

## F. OPTIONS POLITIQUES

219. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, le droit communautaire de même que la Convention européenne des droits de l'homme exigent des États membres qu'ils réglementent le recouvrement des coûts de manière à ne pas restreindre indûment l'accès aux juridictions civiles et à garantir l'existence de recours effectifs en cas de violation des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Les règles suivies par les États membres diffèrent considérablement. Au-delà de leur contenu formel, leur impact économique présente des différences appréciables. Alors que, dans certains États membres, les frais de procédure sont peu importants, dans d'autres, ils peuvent être calculés en proportion de la demande introduite, ce qui peut entraîner, en l'absence de plafond, des frais de procédure très élevés, habituellement payables à l'avance.

### Option 27: réduire le risque financier pour le requérant

220. Afin de prévenir l'effet dissuasif du principe du paiement des dépens par la partie qui succombe dans les cas où il n'est pas possible de déterminer clairement l'issue de la procédure lorsqu'elle est engagée, on pourrait donner au tribunal la possibilité discrétionnaire d'ordonner que le requérant ne sera pas soumis à une récupération des frais même s'il était débouté sur le fond, par exemple, en délivrant une «ordonnance de non-récupération des frais» dès le début de l'action. Le risque de se voir contraint de rembourser les frais du défendeur pourrait ainsi être limité dans

ces cas par la délivrance par le tribunal, au début d'une action, d'une ordonnance garantissant l'absence de récupération des frais. Cette ordonnance pourrait également avoir vocation à protéger les parties aux ressources modestes contre le risque financier, renforçant ainsi leur droit d'accès à la justice en matière d'actions en dommages et intérêts. Une idée similaire consisterait à adopter la règle selon laquelle le requérant débouté ne devra payer les frais que s'il a agi de manière manifestement déraisonnable en introduisant l'action. Cette règle permettrait à la fois de protéger les requérants et d'éviter les actions non fondées.

## **SECTION VIII: COORDINATION DE L'APPLICATION DU DROIT PAR LA SPHERE PUBLIQUE ET PAR LA SPHERE PRIVEE**

### **A. INTRODUCTION**

221. Le droit de la concurrence est appliqué tant par la sphère publique que par la sphère privée. Un renforcement des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence ne suppose en aucun cas un recul dans l'application du droit par les autorités de la concurrence. Il s'impose néanmoins d'examiner la coordination des procédures d'application du droit par la sphère publique et par la sphère privée. Dans la section II du présent document, l'importance des décisions constatant des infractions adoptées par les autorités de la concurrence a été examinée et une option présentée concernant le rôle que les décisions des ANCs devraient jouer (voir option 8 ci-dessus). Par ailleurs, la coordination des décisions prises dans le cadre de l'application du droit par la sphère publique et par la sphère privée joue un rôle important dans la définition du régime approprié en matière de prescription des actions au civil (voir section IX ci-dessous). L'existence des programmes de clémence mis en œuvre par les autorités de la concurrence revêt une importance particulière pour la coordination de l'application du droit par la sphère publique et par la sphère privée.
222. L'un des aspects fondamentaux de l'application du droit de la concurrence par la sphère publique réside dans l'existence des programmes de clémence, qui ont pour caractéristique commune d'accorder à une entreprise l'immunité d'amende ou la réduction de son montant dès lors qu'elle a transmis aux autorités de la concurrence des informations substantielles au sujet d'une entente secrète. Le bénéfice de l'immunité d'amende ou de la réduction de son montant dépend de la qualité des informations transmises et de la date à laquelle elles sont communiquées.

### **B. LA CLEMENCE ET LES ACTIONS AU CIVIL COMME ELEMENTS D'UN SYSTEME OPTIMAL DE DISSUASION A L'EGARD DES INFRACTIONS**

223. Tant les programmes de clémence que les actions civiles en dommages et intérêts font partie de la structure générale de l'application du droit de la concurrence. Les actions en dommages et intérêts et les amendes infligées par les autorités de la concurrence sont les conséquences d'une infraction aux règles antitrust communautaires. Dans certains États membres, l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence peut également encourir des sanctions pénales. Ces recours visent en premier lieu à empêcher la mise en place d'ententes. Les entreprises ont conscience que les accords anticoncurrentiels sont interdits par le droit communautaire et national de la concurrence et qu'une violation de ces règles comporte de grands risques, aussi bien en termes d'amendes que de responsabilité civile, les sanctions pénales (le cas échant) servant à en renforcer l'effet. En rendant possible la mise au jour d'ententes secrètes, le programme de clémence fait partie de ce système de dissuasion. La probabilité d'être découvertes du fait des demandes de clémence et de l'application du droit par la sphère publique (amendes, sanctions pénales) et par la sphère privée (responsabilité civile au travers des actions en dommages et

intérêts) contribuera à dissuader les entreprises de conclure des accords anticoncurrentiels, réduisant ainsi le nombre d'ententes. Un moins grand nombre d'ententes implique moins de dommages causés aux victimes des accords anticoncurrentiels. Un renforcement de l'application du droit par la sphère privée contribue dès lors à renforcer le système de dissuasion à proprement dit.

**C. LE LIEN ENTRE LES PROGRAMMES DE CLEMENCE ET LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS**

224. Dans sa communication sur la clémence, la Commission indique précisément que:

*«Le fait qu'une entreprise bénéficie d'une immunité d'amende ou d'une réduction de son montant ne la protège pas des conséquences en droit civil de sa participation à une infraction à l'article 81 du traité CE.»<sup>139</sup>*

225. Le bénéfice qu'une entreprise peut tirer de l'application du programme de clémence se limite par conséquent aux seules sanctions infligées par la Commission et n'a aucune incidence quant à sa responsabilité civile à l'égard d'autres entreprises ou de particuliers.

226. Il importe toutefois de souligner que, contrairement au système américain, le droit communautaire n'exige pas, pour qu'une demande de clémence soit jugée valable, que le demandeur s'engage à indemniser ceux qui ont subi une perte du fait de ses pratiques anticoncurrentielles. Une entreprise bénéficiera de l'immunité d'amende ou de la réduction de son montant dès lors qu'elle remplit les conditions énoncées dans la communication sur la clémence, parmi lesquelles l'indemnisation des pertes subies par les tiers ne figure pas. De même, les programmes de clémence nationaux ne prévoient généralement pas l'obligation d'indemniser ceux qui ont subi des pertes et ne modifient pas non plus les conditions des actions en dommages et intérêts en droit civil.

227. Il est possible que l'existence même des programmes de clémence puisse accroître la fréquence des actions en dommages et intérêts. Certaines des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust en instance résultent de procédures portant sur des ententes qui ont été engagées ou facilitées par des demandes de clémence. Il importe de souligner que cette augmentation ne concerne que les actions de suivi et que celles pour lesquelles des programmes de clémence existent. Les affaires concernant des accords verticaux ou l'article 82, par exemple, peuvent ne pas être couvertes par les programmes de clémence.

228. L'usage que font les autorités de la concurrence des informations transmises par le demandeur de clémence pour motiver leur décision peut entraîner la divulgation (à tout le moins partielle). En effet, les autorités de la concurrence sont tenues d'indiquer les éléments de fait sur lesquels se fondent leurs décisions. La Commission peut utiliser les informations qui lui sont communiquées au titre du

---

<sup>139</sup> Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes («communication sur la clémence»), JO 2002 C 45/3, point 31.

programme de clémence pour motiver ses décisions. Les informations contenues dans la décision permettront au requérant de présenter un compte-rendu détaillé des actes infractionnels commis par le défendeur, qui se trouvera ainsi dans l'impossibilité de baser sa défense sur l'absence d'infraction. La décision de la Commission peut également offrir au requérant un point de départ factuel pour la détermination du montant des dommages et intérêts.

229. Le demandeur de clémence peut, comme les autres membres de l'entente, faire l'objet d'une décision de la Commission constatant qu'il a enfreint les règles antitrust communautaires. Sauf en cas de recours fondé contre cette décision devant les juridictions communautaires, cette décision de la Commission deviendra contraignante pour les juridictions des États membres statuant sur la même infraction dans le cadre d'une action en dommages et intérêts (article 16 du règlement 1/2003).
230. Une autre influence possible du programme de clémence sur les actions en dommages et intérêts concerne l'utilisation des documents préparés aux fins de la demande de clémence à titre d'éléments de preuve dans les procès civils. L'aveu fait par l'entreprise ayant demandé à bénéficier de la clémence doit être distingué à cet égard des documents préexistants qu'elle a transmis en même temps que cet aveu. Dans le cadre de son programme de clémence, la Commission accepte les déclarations orales des entreprises. Dans le cas où l'entreprise demandant à bénéficier de la clémence effectue une déclaration orale, elle n'en possède pas de copie dans ses archives. En revanche, lorsque l'entreprise demandant à bénéficier de la clémence réalise une déclaration écrite et conserve une copie de sa demande, le point de savoir si elle doit transmettre ces documents à un requérant est déterminé par la loi nationale applicable.
231. Il a été avancé que la perspective de l'introduction d'actions en dommages et intérêts pourrait décourager les entreprises à demander à bénéficier de la clémence et ainsi avoir un effet négatif sur l'application du droit par la sphère publique dans le domaine de la lutte contre les ententes. Cette perspective n'est sans doute pas sans avoir d'effet. Il n'est toutefois en aucun cas certain qu'un effet négatif se produise puisque chacun des membres d'une entente est déjà aujourd'hui susceptible de faire l'objet d'actions au civil et aucun d'entre eux ne souhaite renoncer à la possibilité qui lui est offerte de bénéficier au moins d'une réduction du montant des amendes qu'il encourt en faveur d'un autre membre qui pourrait choisir à tout moment de demander à bénéficier de la clémence, auquel cas le demandeur potentiel s'exposerait à la fois à des amendes et à des actions au civil. Il conviendrait tout de même d'envisager toute mesure de nature à optimiser l'effet dissuasif combiné des programmes de clémence et de l'application du droit par la sphère privée.

#### **D. OPTIONS POLITIQUES**

232. La prise en compte de ces diverses influences entre la mise en œuvre des programmes de clémence et les actions en dommages et intérêts donne lieu à plusieurs options politiques. Ces options sont destinées à veiller à ce que les programmes de clémence et les règles applicables en matière d'actions en

dommages et intérêts soient coordonnés de manière à obtenir une réalisation optimale des objectifs sous-jacents. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, les actions en responsabilité civile et les programmes de clémence poursuivent un objectif commun.

#### Option 28: exclusion de toute divulgation des demandes de clémence

233. Ainsi qu'il a été indiqué ci-avant, on ne sait pas très bien si une demande de clémence peut être divulguée dans les États membres qui ont établi des règles en matière de divulgation. Si le risque de divulgation de l'aveu que le demandeur a fait à une autorité de concurrence est considérable, une option pourrait consister à exclure explicitement la divulgation de la demande de clémence, sachant que cette exclusion devrait certainement couvrir la déclaration de l'entreprise («l'aveu»). Il importe de souligner qu'une telle exception ne revêtira de l'importance que lorsqu'une déclaration écrite aura été faite et que le demandeur de clémence en aura conservé une copie.
234. Il ne serait pas justifié d'interdire la divulgation de documents préexistants transmis par le demandeur de clémence avec sa déclaration, puisqu'une telle interdiction permettrait au demandeur de se servir du programme de clémence pour empêcher la divulgation de ces documents. La mise en œuvre du programme de clémence améliorerait ainsi de manière substantielle la position de l'entreprise demandant à en bénéficier vis-à-vis des règles nationales de droit procédural applicables en matière de divulgation. On peut néanmoins également soutenir que la mise en œuvre du programme de clémence ne devrait pas non plus aggraver sa position. Le programme de clémence devrait plutôt être neutre en ce qui concerne les obligations qui incombent à celui qui demande à en bénéficier en vertu des règles nationales applicables en matière de divulgation. Il pourrait donc être nécessaire non seulement d'exclure la déclaration de l'entreprise à proprement dite, mais aussi de ne pas permettre à un requérant de chercher à obtenir les documents tels qu'ils ont été transmis à une autorité de la concurrence par l'entreprise demandant à bénéficier de la clémence. Bien que la divulgation de ces documents puisse toujours être possible pour d'autres raisons (plus générales), si les documents que le demandeur de clémence a choisi de communiquer dans le cadre de sa demande d'application du programme de clémence venaient à être connus des requérants engageant une action en dommages et intérêts, cela pourrait être lui être particulièrement défavorable.

#### Option 29: octroi d'une remise sur la demande d'indemnisation

235. Une option consisterait à accorder à une entreprise dont la demande de clémence a été acceptée la possibilité de demander une remise sur les demandes d'indemnisation qui pourraient être introduites à son encontre, dès lors qu'elle consent à aider les requérants à engager des actions en dommages et intérêts à l'encontre de l'ensemble des membres de l'entente. Les demandes d'indemnisation introduites à l'encontre des autres membres de l'entente, solidairement responsables de l'intégralité du dommage causé, ne seraient pas modifiées. Ainsi, une entreprise

qui s'est vue octroyer le bénéfice d'une immunité d'amende pourrait, par exemple, en contrepartie de l'aide qu'elle apporterait aux requérants pour obtenir des preuves, bénéficier d'une remise de 50 % sur les demandes d'indemnisation qui pourraient être introduites dans le cadre d'une action de suivi. S'il existait un système prévoyant le doublement des dommages et intérêts dans le cas des ententes horizontales, cette remise dédoublerait les dommages et intérêts dus par le demandeur de clémence, moyennant quoi la demande d'indemnisation introduite à l'encontre de celui-ci donnerait lieu à l'octroi de dommages et intérêts simples.<sup>140</sup>

Option 30: suppression de la responsabilité conjointe pour l'entreprise qui demande à bénéficier de la clémence

236. Les actions en dommages et intérêts sont des actions en responsabilité civile délictuelle et, en vertu des règles générales applicables en matière de responsabilité civile, les entreprises qui sont parties à des accords anticoncurrentiels sont tenues responsables de l'intégralité du dommage causé par ces accords. Les auteurs du délit sont solidairement responsables du dommage causé par leurs actes. Une solution possible consisterait à limiter la responsabilité de l'entreprise demandant à bénéficier de la clémence à la partie du dommage correspondant à la part qu'elle détient sur le marché ayant fait l'objet de l'entente.

---

<sup>140</sup> Voir la section IV ci-dessus en ce qui concerne le doublement des dommages et intérêts.

## SECTION IX – COMPETENCE ET DROIT APPLICABLE

### A. COMPETENCE ET JONCTION DE DEMANDES

237. La compétence des tribunaux à instruire des actions introduites à l'encontre des défendeurs domiciliés dans les États membres est régie par le droit communautaire.<sup>141</sup> En vertu du règlement n° 44/2201, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.<sup>142</sup> Le demandeur a néanmoins le choix de fonder la compétence sur l'autre possibilité offerte par l'article 5, paragraphe 3, au titre duquel une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Le lieu où le fait dommageable s'est produit peut être soit a) le lieu de l'événement causal à l'origine du dommage, soit b) le lieu où le dommage est survenu (au choix du demandeur).<sup>143</sup>
238. Selon l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 44/2201, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée, 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. L'article 6, paragraphe 1, ne renvoie qu'à la juridiction visée à l'article 2, c'est-à-dire celle qui est définie en fonction du domicile.
239. Dans les affaires de concurrence, le requérant dispose ainsi d'un large choix quant à la juridiction devant laquelle il peut introduire son action. Il importe toutefois de souligner que la jurisprudence de la CJCE concernant l'interprétation du règlement n° 44/2001 (et, le cas échéant, la Convention de Bruxelles, son prédécesseur) a une profonde influence sur les paramètres de ce choix. Par exemple, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1995 dans l'affaire *Shevill*, la CJCE a déclaré que la compétence du tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit visé à l'article 5, paragraphe 3, se limitait aux dommages survenus dans l'État membre ainsi désigné.<sup>144</sup> Bien que cet arrêt ait été rendu au sujet de la responsabilité civile délictuelle d'une entreprise

---

<sup>141</sup> Pour le Danemark, c'est la Convention de Bruxelles modifiée concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1990 C 189/2), dont le fond est fortement similaire au règlement n° 44/2001, qui s'applique.

<sup>142</sup> Article 2, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001 L 12/1). Les articles 15 et suivants de ce règlement établissent des règles particulières en ce qui concerne la compétence judiciaire pour les actions fondées sur un contrat conclu par un consommateur.

<sup>143</sup> Affaire 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, Rec. 1976, p. 1735; affaire C-68/93, *Fiona Shevill et autres/Presse Alliance*, Rec. 1995, p. I-415, point 20.

<sup>144</sup> Voir *Shevill*, citée en note 143 ci-dessus.

opérant dans le domaine de la presse, il est généralement admis qu'il s'applique également à d'autres cas de responsabilité civile délictuelle et qu'il ferait donc autorité dans les affaires de concurrence.

240. Le règlement n° 44/2201 régit également la coordination de demandes séparées introduites devant des juridictions d'États membres différents (*lis pendens*). Selon son article 27, lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci. D'après l'article 28, lorsque des «*demandes connexes*» sont pendantes devant des juridictions de plusieurs États membres, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer et peut également, à la demande de l'une des parties, se dessaisir à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction. Les demandes sont réputées connexes si elles sont «*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*». Si l'article 28 permet la jonction de demandes étroitement liées qui ont été formées devant des juridictions différentes, il ne fournit pas en soi une base juridictionnelle permettant la jonction de demandes. Il fait plutôt office d'exception aux règles de compétence que de point de repère pour déterminer la juridiction compétente.

## **B. DROIT APPLICABLE**

### *1. Introduction*

241. Il est fondamental de pouvoir déterminer le droit matériel qui s'applique à chaque action en dommages et intérêts fondée sur une infraction au droit de la concurrence. Dès lors que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par la pratique en cause, les articles 81 et 82 CE s'appliquent. En l'absence de législation communautaire, les modalités de l'action en dommages et intérêts (telles que la définition des dommages et intérêts et la détermination de leur montant, la possibilité d'invoquer le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts, etc.) sont régies par le droit national. Il convient par ailleurs de noter que l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 permet aux États membres de mettre en œuvre des règles interdisant ou sanctionnant un comportement unilatéral plus strictes que l'article 82 CE, même dans les cas où cet article est applicable. Des règles claires et sans équivoque en matière de définition du droit applicable contribueraient à faciliter les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles antitrust communautaires. Vu le contexte factuel de bon nombre des ententes, il existe le risque que les lois de plusieurs États soient applicables à une action en dommages et intérêts engagée au civil. Il importe d'éviter que cette situation, qui rendrait les procédures judiciaires extrêmement complexes, ne se produise.

### *2. Facteurs déterminant la loi applicable*

## Le projet Rome II

242. Afin de déterminer l'approche qu'il convient d'adopter, il est essentiel d'étudier les propositions présentées par la Commission concernant le rapprochement des dispositions des États membres en matière civile et commerciale. La Commission a proposé un règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, le règlement «Rome II».<sup>145</sup> En ce qui concerne les litiges contractuels, le droit applicable est déterminé au regard de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.<sup>146</sup> Les actions en dommages et intérêts étant généralement des actions en responsabilité civile délictuelle, le projet Rome II est de la plus haute importance à cet égard.
243. Selon son article premier, la proposition de règlement Rome II s'applique, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Une application universelle étant prévue à l'article 2, toute loi désignée par le règlement s'applique, qu'il s'agisse ou non de la loi d'un État membre. D'après la liste non exhaustive de l'article 13, la loi applicable régit: les conditions et l'étendue de la responsabilité; les causes d'exonération de responsabilité; l'existence, la nature et l'évaluation des dommages susceptibles de réparation; la transmissibilité du droit à réparation; les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi; la responsabilité du fait d'autrui; les modes d'extinction des obligations ainsi que les prescriptions et les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais. Les aspects procéduraux demeurent couverts par le droit du for.
244. La plupart des actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions aux règles de concurrence sont des actions en responsabilité civile délictuelle. La règle générale applicable aux délits est énoncée à l'article 5 de la proposition:

### *Article 5 – Règle générale*

1. *En l'absence de choix formulé en application de l'article 4, la loi applicable à l'obligation non contractuelle est celle du pays où le dommage survient ou menace de survenir, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quel que soit le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes du dommage surviennent.*
2. *Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de*

---

<sup>145</sup> Citée en note 15 ci-dessus.

<sup>146</sup> Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée), JO 1998 C 27/34. La Commission a l'intention de présenter une proposition visant à remplacer la Convention par un règlement.

*la survenance du dommage, l'obligation non contractuelle est régie par la loi de ce pays.*

3. *Nonobstant les paragraphes 1 et 2, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation non contractuelle présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays peut se fonder notamment sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat présentant un lien étroit avec l'obligation non contractuelle en question. Aux fins de la détermination d'un lien manifestement plus étroit avec un autre pays, il est notamment tenu compte des attentes des parties concernant la loi applicable.*
245. Dans les affaires résultant d'une pratique ayant pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence, il n'est pas évident que l'article 5 réponde aux besoins spécifiques du droit communautaire de la concurrence. Plusieurs interprétations de la règle générale sont possibles dans les cas comportant une action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence. Une de ces interprétations considérerait le lieu où le dommage survient comme étant le territoire sur lequel le comportement anticoncurrentiel produit ses effets sur le jeu de la concurrence. On pourrait cependant également soutenir que l'application de l'article 5, paragraphe 1, dans ces cas rattache l'action non pas au marché sur lequel les effets de la pratique illicite se produisent, mais au lieu, souvent coïncident, de la perte financière. Si des dommages sont subis dans plusieurs pays et/ou s'il y a plusieurs requérants originaires de pays différents, les lois de tous les pays concernés devraient s'appliquer. En conséquence, dans les affaires portant sur des ententes d'envergure paneuropéenne ou mondiale, le scénario optimal consistant à n'avoir qu'une loi applicable ne se présenterait pas. Par ailleurs, l'application de l'article 5, paragraphe 2, n'est pas appropriée dans les cas comportant une infraction aux règles de concurrence; la logique sous-jacente selon laquelle la loi du lieu de résidence commun de l'auteur du délit et de la victime convient mieux pour définir les modalités de la récupération des pertes entre ces deux parties ne convient pas à la nature du droit de la concurrence, qui relève de l'ordre public.
246. L'article 7 de la proposition de la Commission précise ce que suppose la règle générale établie à l'article 5 dans les cas résultant d'une pratique commerciale déloyale. Dans ces cas de figure, le lieu où le dommage survient est le territoire sur lequel les relations de concurrence sont affectées de façon directe et substantielle. Ce sont donc les lois de l'État auquel ce territoire appartient qui s'appliquent à la demande d'indemnisation. Il semble que cette disposition ne soit applicable qu'aux lois concernant les pratiques commerciales déloyales, qui ne couvrent pas les demandes d'indemnisation fondées sur une infraction aux articles 81 et 82 du traité CE (ou à des dispositions similaires du droit national de la concurrence). Par ailleurs, l'application de cette règle dans les affaires antitrust poserait des problèmes puisque l'on ne peut pas dire dans le cadre d'une action intentée par un acheteur contre un vendeur qu'il existe entre eux des relations de concurrence. Un acheteur et un vendeur ne sont en principe pas des concurrents.

### **Une approche basée sur la prise en compte des effets**

247. Il conviendrait donc de déterminer s'il importe d'instaurer une règle particulière pour les actions au civil fondées sur une infraction au droit de la concurrence. Cette règle pourrait permettre de clarifier la signification de la règle générale énoncée à l'article 5 de la proposition de la Commission pour ce type d'actions, qui pourraient être régies par la loi de l'État sur le marché duquel la victime a été affectée par la pratique anticoncurrentielle. Le recours civil (action en dommages et intérêts) serait ainsi lié à la restriction ou à la distorsion du jeu de la concurrence. Selon une analyse comparative du droit international privé des États membres, les avis abondent à ce jour dans le sens de l'application de la loi du pays dont le marché est affecté par des actes de concurrence déloyale, qui résulte principalement de l'application du principe *lex loci delicti*. Mais la situation à cet égard est une situation d'incertitude, notamment dans les pays dont les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de statuer sur l'application pratique de la règle *lex loci delicti*. Ce sont les effets sur le jeu de la concurrence qui devraient être pris en considération, et non pas la perte financière causée à certaines entreprises.
248. L'application d'une telle approche basée sur la prise en compte des effets donnerait lieu à l'application d'une seule loi dans les cas où le marché affecté est national ou sous-national. En revanche, si le marché affecté dépasse le territoire d'un seul État ou si plusieurs marchés nationaux sont affectés, la règle proposée soulève des problèmes particuliers puisque les lois de plusieurs États différents pourraient s'appliquer à une demande d'indemnisation. La récupération de chaque perte subie serait alors régie par la loi qui lui est applicable, ce qui pourrait rendre les procédures judiciaires très complexes.

### **Application de la *lex fori***

249. Une autre option consisterait à prévoir que la loi applicable est toujours la loi du for appelé à se prononcer sur le litige. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, la compétence judiciaire est définie par le règlement n° 44/2001 au niveau de l'Union européenne. La cohérence des règles antitrust communautaires pourrait justifier qu'un tribunal d'un État membre applique toujours son propre droit matériel aux procédures civiles concernant des affaires de concurrence. Une telle politique simplifierait grandement l'introduction des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence. Elle supposerait cependant que le droit matériel applicable différerait en fonction de la juridiction compétente pour connaître de l'affaire, ce qui pourrait inciter au *forum shopping*.

### **Choix du requérant**

250. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, une approche basée sur la prise en compte des effets suppose des difficultés particulières dans les cas où les compétences du tribunal lui permettent de statuer sur l'intégralité de la perte subie et dans les cas où les marchés

affectés se trouvent sur le territoire de plusieurs États.<sup>147</sup> En pareils cas, les lois de plusieurs États peuvent s'appliquer, puisque la récupération de chaque perte serait régie par la loi qui lui est spécifiquement applicable. On pourrait songer à la question de savoir s'il pourrait être justifié dans ce type de situation de laisser au requérant le soin de choisir une seule loi applicable parmi différentes lois. Ce choix pourrait être limité à celui d'une seule loi applicable parmi les lois désignées en application du principe du marché affecté. On pourrait également élargir ce choix à une seule loi, à la loi applicable à chaque perte séparément ou à la loi du for.

### C. OPTIONS POLITIQUES

Option 31: La loi applicable est déterminée en fonction de la règle générale énoncée à l'article 5 de la proposition de règlement Rome II

251. La proposition de règlement Rome II comporte à l'article 5 une règle générale pour la détermination de la loi applicable aux délits. Cette règle prend comme point de départ la loi de l'État où le dommage survient. L'application de cette règle dans le cadre des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence n'est pas claire.

Option 32: On pourrait prévoir une règle spécifique pour les demandes d'indemnisation basées sur une infraction au droit de la concurrence. Cette règle pourrait préciser que la loi de l'État où le dommage survient est, pour ce qui concerne ce type de demandes, une des lois des États où la victime a été affectée par la pratique anticoncurrentielle à l'origine de sa demande.

252. Une approche basée sur la prise en compte des effets rattacherait le recours civil (l'action en dommages et intérêts) au marché affecté par le comportement à l'origine du recours/action, ce qui est conforme à la politique générale en matière de concurrence. Cela pourrait toutefois également supposer que les lois de plusieurs États soient applicables au dommage survenu dans ces États (dans le cas d'une entente d'envergure communautaire par exemple).

Option 33: La règle spécifique pourrait être que la loi applicable est toujours la loi du for

253. L'application de la loi du for compétent pour connaître de l'affaire faciliterait les procédures judiciaires. Il importe toutefois de déterminer si cela pourrait produire des résultats arbitraires et renforcer le risque de *forum shopping*.

---

<sup>147</sup> Lorsque la compétence est fondée sur le lieu où le dommage s'est produit (article 5, paragraphe 3, du règlement n° 44/2001) et que cette compétence se limite à la réparation des pertes survenues dans cet État membre (voir *Shevill*, citée en note 143 ci-dessus), ces difficultés ne se posent pas et la option dont il est question ici n'est pas pertinente.

Option 34: La règle spécifique pourrait consister à laisser le choix de la loi applicable au requérant dans les cas où les marchés de plusieurs États sont affectés.

254. Une telle règle permettrait de surmonter les difficultés posées par l'application «pure et simple» de la loi du marché affecté dans les cas où plusieurs lois différentes sont applicables. Le requérant aurait à choisir une des lois désignées par l'application du principe du marché affecté. Sinon, on pourrait laisser au requérant le choix entre les trois différentes possibilités: a) récupération de chaque perte en vertu de la loi qui lui est spécifiquement applicable (la règle générale prévue à l'article 5 de la proposition de règlement Rome II), b) l'une quelconque des lois désignées comme loi applicable à l'ensemble de l'affaire; ou c) la loi du for.

## SECTION X: AUTRES POINTS A TRAITER

### A. RECOURS A L'EXPERTISE DEVANT LES TRIBUNAUX

#### 1. Introduction

255. Il ressort clairement des sections précédentes que, compte tenu de leur grande complexité, les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence nécessitent souvent une expertise particulière de la juridiction saisie (preuve de l'infraction et détermination du montant des dommages et intérêts, par exemple). Le niveau d'expertise des juridictions compétentes varie considérablement selon les États membres, et ce, en raison des différentes approches adoptées. Alors que certains pays ont cherché à renforcer l'expertise en permettant de saisir en premier lieu des juridictions supérieures à la normale ou en limitant le nombre des juridictions compétentes pour instruire les actions en dommages et intérêts fondées sur le droit de la concurrence, d'autres pays appliquent leurs règles générales à tous les types d'actions. Il est visiblement peu probable que les juges de droit civil de ces derniers États membres puissent acquérir autant d'expérience et d'expertise que les juges des pays dans lesquels une certaine forme de centralisation a été effectuée. Des tribunaux ou panels spécialisés en droit de la concurrence pourraient contribuer à promouvoir une culture d'expertise des juges concernés et jouer un rôle positif dans le sens d'une application efficace du droit de la concurrence.
256. En vertu de l'article 15 du règlement n° 1/2003, dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 CE, les juridictions nationales peuvent demander à la Commission de leur communiquer un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence. L'article 15, paragraphe 3, autorise les ANC, agissant d'office, à soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif et à leur présenter des observations orales, avec l'autorisation de la juridiction en question. *«Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige»*, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres et peut aussi, avec l'autorisation de la juridiction en question, présenter des observations orales. Par ailleurs, les juridictions nationales peuvent soumettre à la CJCE une demande de décision préjudicielle en application de l'article 234 CE.
257. Il est d'une manière ou d'une autre possible d'avoir recours à l'expertise devant les tribunaux dans tous les États membres.<sup>148</sup> Des différences considérables persistent néanmoins entre les États membres en ce qui concerne les personnes autorisées à nommer un expert, les personnes autorisées à intervenir en qualité d'expert, les questions sur lesquelles l'expert peut fournir des éléments de preuve et la valeur probante d'un rapport d'expert. Les experts peuvent être désignés par le tribunal, par une seule partie ou d'un commun accord entre les parties.

---

<sup>148</sup> Voir le rapport comparatif, page 65.

258. La valeur d'un rapport d'expert diffère dans de nombreuses juridictions en fonction de l'auteur. La majorité des États membres attribue une plus grande valeur probante à un rapport élaboré par un expert officiel nommé par un tribunal qu'à un rapport rédigé par un expert désigné par l'une des parties. Cette distinction peut être prévue de manière formelle ou simplement refléter la réalité de l'appréciation du juge. Il importe de noter que, en Allemagne, les avis rendus par des experts lors de procédures judiciaires peuvent être repris lors de procédures ultérieures tout en ayant la valeur probante d'un avis d'expert.<sup>149</sup>

## 2. Option politique concernant les experts

### Option 35: Recours à une expertise extérieure devant les tribunaux

259. Une expertise extérieure est particulièrement nécessaire dans les cas où les États membres ne disposent pas de tribunaux ou panels spécialisés. Si le recours à une expertise extérieure renforce l'expertise du tribunal, cela peut aussi augmenter considérablement les frais de procédure. Dans la plupart des cas, une plus grande valeur probante sera attribuée à un expert désigné par le tribunal. Une disposition obligeant les parties à se mettre d'accord sur un expert qui sera désigné par le tribunal pourrait dès lors renforcer l'expertise tout en économisant de l'argent. Cela pourrait également faciliter les actions en dommages et intérêts et aider les juges si tous les systèmes juridiques permettaient aux tribunaux d'avoir recours à des experts et d'en désigner.
260. Il importe de ne pas perdre de vue que l'expertise des tribunaux sera renforcée grâce aux programmes de formation de juges nationaux au droit européen de la concurrence, mis en place en 2002 par la Commission.<sup>150</sup> La situation pourrait également être améliorée si les tribunaux nationaux avaient plus souvent recours aux possibilités que leur offre l'article 15 du règlement n° 1/2003 (voir point 256 ci-dessus).

## B. IMPACT DES DELAIS DE PRESCRIPTION DANS LES ÉTATS MEMBRES

### 1. Introduction

261. Les délais de prescription peuvent imposer des restrictions considérables à la réparation des dommages subis. Si les demandes forcloses ne peuvent pas être introduites (privant ainsi la victime concernée de son droit à réparation), les délais de prescription jouent un rôle important en termes de certitude juridique en

---

<sup>149</sup> Article 1<sup>er</sup> n° 14 du premier acte portant modernisation du système judiciaire («1. Justizmodernisierungsgesetz») adopté le 9 juillet 2004, *Bundestagsdrucksache* 15/3482; voir également l'Étude et le rapport national allemand, page 16.

<sup>150</sup> Voir, par exemple, l'appel à propositions disponible sur Internet à l'adresse: [http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/proposals2/20040316\\_call/call\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/proposals2/20040316_call/call_en.pdf)

garantissant que la situation juridique des parties concernées devient irréversible à partir d'une date déterminée.

262. L'Étude explique que le nombre de demandes d'indemnisation pour infraction au droit de la concurrence qui font l'objet d'un règlement extrajudiciaire est substantiel par rapport au nombre d'affaires résolues devant les tribunaux. Plus le délai de prescription est long, plus le pouvoir du requérant dans les négociations visant au règlement du litige est susceptible de se renforcer, étant donné que le requérant se sent moins contraint d'intenter une action pour interrompre l'écoulement du délai de prescription.
263. Il importe d'accorder une attention particulière au lien entre les délais de prescription et les procédures engagées devant les autorités de la concurrence. Des délais plus longs sont favorables aux actions de suivi, puisque d'autres parties qui s'estiment victimes du comportement anticoncurrentiel attaqué seront davantage disposées à intenter une action si un jugement ou une décision constatant une infraction au droit de la concurrence a déjà été rendu(e). Si les délais de prescription sont trop courts, une demande peut déjà être frappée de prescription lorsque ce jugement ou cette décision est rendu(e), empêchant ainsi les requérants potentiels à introduire une action.
264. De même, l'obligation imposée dans certaines juridictions de présenter l'ensemble des éléments de preuve au tribunal au moment du dépôt de la demande comporte des conséquences importantes quant au rôle des délais de prescription. Un délai de courte durée associé à la nécessité de recueillir les éléments de preuve constituerait ainsi un sérieux obstacle à l'introduction d'actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence.

## *2. Les délais de prescription dans les États membres*

265. On constate une diversité considérable entre les États membres en ce qui concerne les règles applicables en matière de délais de prescription. Selon l'Étude, certains États membres fixent leurs délais de prescription indépendamment des éléments dont le requérant a connaissance (c'est-à-dire que le délai commence à courir à compter de la date de l'infraction), tandis que d'autres fixent leurs délais en tenant compte des connaissances subjectives du requérant potentiel (c'est-à-dire du moment où le dommage a été constaté ou aurait dû l'être dans des circonstances ordinaires). Enfin, dans un grand nombre d'États membres (Belgique, République tchèque, Danemark, Allemagne, Estonie, Grèce, Pays-Bas, Autriche, Pologne, Slovaquie et Slovénie), les deux types de délais sont appliqués: il existe, d'une part, un délai fixé de manière subjective et qui court à compter de la prise de conscience subjective du requérant et, d'autre part, un délai plus long fixé de manière objective, à l'expiration duquel aucune action ne peut plus être introduite indépendamment des éléments dont le requérant a connaissance. D'une manière générale, la durée des délais de prescription diffère considérablement puisqu'ils sont compris entre un an et 30 ans.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Dans l'affaire *Palmisani*, citée en note 11 ci-dessus, point 29, la CJCE a considéré – quoique dans le cadre d'un délai de forclusion applicable aux demandes en réparation pour faute ou négligence en matière

266. Le 7<sup>e</sup> amendement à la loi allemande sur la concurrence (*GWB*) prévoit à la section 33 (5) la suspension des délais de prescription dès l'ouverture d'une procédure par l'une des autorités européennes de la concurrence. Cette disposition s'applique aux enquêtes réalisées par toutes les autorités de la concurrence de l'UE. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, une telle disposition est particulièrement importante pour la coordination de l'application du droit par la sphère publique et par la sphère privée.
267. En Espagne, une victime doit introduire une action en dommages et intérêts devant le tribunal dans le délai d'un an à compter de la date à laquelle elle constate le dommage ou, selon l'avis de la majorité des universitaires, à compter de la date à laquelle le tribunal de la concurrence rend une décision définitive concernant l'infraction dans le cas où une procédure administrative a été engagée au préalable.<sup>152</sup> Il n'est pas évident comment ce délai soit calculé dans les cas où il est fait appel d'un jugement. En principe, on peut affirmer qu'un délai d'un an semble trop court pour les affaires de concurrence. Toutefois, un délai d'un an courant à compter de la dernière décision rendue par un tribunal semble plutôt juste, puisque plusieurs années peuvent s'être écoulées depuis le début de la procédure.

### 3. Les délais de prescription en droit communautaire

268. Selon les termes de l'article 25 du règlement n° 1/2003, le pouvoir conféré à la Commission en vertu des articles 23 et 24 est soumis à un délai de prescription de trois ans (en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ou à l'exécution d'inspections) ou de cinq ans (en ce qui concerne les autres infractions). L'article 25, paragraphe 2, précise que la prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise, sauf pour les infractions continues ou répétées, pour lesquelles la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.
269. Les articles 10 et 11 de la directive relative à la responsabilité du fait des produits<sup>153</sup> portent sur les délais de prescription applicables entre particuliers:

*«Les États membres prévoient dans leur législation que l'action en réparation prévue par la présente directive se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le plaignant a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur.*

*Les dispositions des États membres réglementant la suspension ou l'interruption de la prescription ne sont pas affectées par la présente directive.*

*Les États membres prévoient dans leur législation que les droits conférés à la victime en application de la présente directive s'éteignent à l'expiration d'un*

---

administrative ou législative – qu'un délai d'un an ne rendait pas excessivement difficile l'introduction en justice d'une demande de réparation du préjudice subi.

<sup>152</sup> Voir le rapport national espagnol, page 22.

<sup>153</sup> Citée en note 74 ci-dessus.

*délai de dix ans à compter de la date à laquelle le producteur a mis en circulation le produit même qui a causé le dommage, à moins que durant cette période la victime n'ait engagé une procédure judiciaire contre celui-ci.»*

270. L'article 7 de la proposition de la Commission concernant une directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale<sup>154</sup> prévoit que le délai de prescription est suspendu dès lors que les parties conviennent de recourir à la médiation, que le recours à la médiation est ordonné par un tribunal ou que l'obligation de recourir à la médiation prend naissance en vertu du droit national d'un État membre. Cette règle que propose la Commission présente un intérêt particulier pour la question abordée dans le présent document puisqu'elle concerne également la coordination entre deux différents types de procédures et qu'elle illustre que la prescription peut être subordonnée à une autre procédure.

#### *4. Option politique concernant les délais de prescription*

Option 36: suspension du délai de prescription en cas d'ouverture d'une enquête publique

271. Particulièrement en l'absence éventuelle de toute forme de divulgation, il importe d'étudier attentivement la suggestion contenue dans la section 33 (5) de la loi *GWB* allemande, modifiée par le 7<sup>e</sup> amendement. Celle-ci prévoit la suspension du délai de prescription à compter de la date d'ouverture de la procédure par la Commission ou par l'une des autorités de la concurrence des États membres. Pour le requérant, cette option présente l'avantage de préserver son droit à demander réparation tant que la procédure est en cours, ce qui supprime le risque de ne pas pouvoir prouver l'infraction. Toutefois, si la suspension envisagée facilite les actions privées, elle pourrait également faire hésiter les requérants potentiels à engager eux-mêmes une action puisqu'il serait bien plus commode pour eux d'attendre un jugement définitif, qui réduirait le risque (puisque l'infraction, ou au moins une présomption réfragable, serait établie) ainsi que les efforts qu'ils auraient à consentir. En effet, en cas de prolongation générale des délais de prescription, un requérant pourrait moins avoir tendance à remettre à plus tard l'introduction de son action, ne sachant pas si une procédure sera effectivement engagée par une autorité de la concurrence.
272. Le modèle «espagnol»<sup>155</sup> est une variante de cette idée. Un délai commençant à courir à compter du prononcé de la décision du tribunal de dernière instance quant à l'infraction pourrait au moins préserver les actions de suivi.

### **C. LE LIEN DE CAUSALITE**

273. Le lien de causalité constitue une condition préalable à toute demande d'indemnisation. En principe, la réparation sera ordonnée dès lors qu'un comportement infractionnel a causé un préjudice. Le lien de causalité représente le

---

<sup>154</sup> COM (2004) 718 final.

<sup>155</sup> Voir point 267 ci-dessus.

lien entre le dommage subi et un acte infractionnel, ce qui permet de garantir que le défendeur ne sera tenu responsable que des dommages résultant de son acte illicite.

274. Pour déterminer l'importance que revêt l'exigence de l'existence d'un lien de causalité pour les actions en dommages et intérêts, il importe d'opérer une distinction entre le concept juridique de lien de causalité et les éléments qui démontrent, dans un cas particulier, que cette exigence (telle qu'elle est définie par le concept juridique) est satisfaite. Il peut être particulièrement difficile d'apporter la preuve de l'existence d'un lien de causalité dans les affaires antitrust. La perte financière subie par les victimes d'un comportement anticoncurrentiel consiste souvent dans le paiement d'un prix supraconcurrentiel. Le requérant doit ainsi souvent démontrer que les prix ont augmenté en conséquence des actes du défendeur. Ce dernier peut quant à lui affirmer que la hausse des prix a en fait été provoquée par autre chose, comme le fonctionnement normal du marché ou des mesures prises par des tiers. La démonstration de l'existence d'un lien de causalité peut nécessiter une analyse économique complexe basée sur un grand nombre de faits et de données économiques. Pour ce qui concerne la preuve du lien de causalité, nous renvoyons à la section II du présent document qui aborde de manière plus approfondie la question de l'accès aux preuves.
275. S'agissant du concept juridique de lien de causalité, les systèmes juridiques des États membres adoptent des approches différentes, en renvoyant aux notions de «prévisibilité», de «cause directe» ou de «cause adéquate». On peut affirmer que l'application concrète de ces concepts ne donnera pas lieu à des résultats très différents, ces concepts étant davantage le fruit de la culture juridique des juridictions correspondantes que de différences d'appréciation. Compte tenu de la complexité des appréciations à réaliser et puisque la jurisprudence a joué un rôle très important dans toutes les juridictions à ce sujet, on peut considérer qu'aucune autre mesure n'est nécessaire dans ce domaine pour faciliter les actions en dommages et intérêts.
276. Il importe néanmoins de souligner que l'application de cette exigence juridique ne doit pas supposer pour certains groupes de victimes d'un comportement anticoncurrentiel l'impossibilité de récupérer les pertes qu'ils ont subies. Il convient de rappeler à cet égard que la CJCE a statué dans son arrêt rendu dans l'affaire *Courage* que la pleine efficacité du traité CE serait mise en cause si toute personne ne pouvait demander réparation de la perte que lui aurait causé un comportement interdit par les articles 81 et 82 du traité.<sup>156</sup> En l'absence de législation communautaire, les modalités d'exercice de ce droit à réparation sont déterminées par le droit national, dont l'application doit néanmoins respecter le double principe de l'équivalence et d'effectivité. Ces principes, et particulièrement le deuxième, peuvent influencer les notions de lien de causalité existantes en droit civil national. Il conviendrait de déterminer s'il est nécessaire de clarifier la condition juridique du lien de causalité pour faciliter les actions en dommages et intérêts.

---

<sup>156</sup> *Courage*, point 26.

