

La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles

Muriel Chagny et Suzanne Carval***

Résumé

Bien que ne comportant aucune disposition spécifiquement consacrée aux recours collectifs, la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles emportera, dans les deux ans de son entrée en vigueur, des changements significatifs concernant les actions collectives aussi bien qu'individuelles, qu'il s'agisse des conditions ou du résultat des actions en réparation.

Table des matières

Introduction

1. Les conditions de l'action en réparation
 - 1.1 Vers un accès aux preuves facilité pour les plaideurs?
 - 1.2 Vers un fardeau probatoire allégé pour la victime?
2. Le résultat de l'action en réparation
 - 2.1 Vers une meilleure évaluation du dommage?
 - 2.2 Vers une solidarité raisonnée?

Introduction

Sans boudier le plaisir d'une invitation, pour laquelle de sincères remerciements sont adressés aux organisateurs du colloque¹, il importe de reconnaître qu'à première vue, les universitaires français ne sont peut-être pas les mieux placés pour évoquer le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles et la directive européenne récemment adoptée à ce propos, dans la mesure où, en cette matière, les systèmes judiciaires anglais, néerlandais et allemands paraissent nettement distancer le système français.

La seule mesure à mettre, dans la période récente, au crédit du législateur français concerne les recours collectifs auxquels la présente manifestation est tout particulièrement dédiée. Après bien des palinodies, le législateur français a enfin franchi le Rubicon et consacré une prudente (trop prudente?) action de groupe lors de l'adoption de la loi du 17 mars 2014 (dite « loi Hamon »). Quoique cette loi relative à la consommation ait réservé l'action de groupe aux consommateurs, excluant de la sorte les entreprises et notamment les PME, elle l'a ouverte au droit des pratiques anticoncurrentielles, ce qui constitue une illustration supplémentaire des liens entre droit de la concurrence et droit de la consommation, appelés à être réunis au sein d'une même discipline, le droit du marché². Si les premières actions de groupe ont pu être initiées par des associations de consommateurs, en application de ce nouveau dispositif, aucune violation du droit des pratiques anticoncurrentielles n'a pour le moment fait l'objet d'un tel recours collectif.

De son côté, la Commission européenne, qui se préoccupe fort et depuis longtemps de promouvoir le contentieux indemnitaire de la concurrence³, a fait le choix de ne pas inclure de dispositions consacrées aux recours collectifs dans la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts exercées au titre de pratiques anticoncurrentielles⁴. Pour autant, les mesures portées par la directive devraient, au moins

¹ À ces remerciements destinés tout particulièrement à Karounga Diawara, il convient d'associer Benjamin Lemaire, auteur d'une thèse consacrée à *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, grâce auquel l'un des intervenants a fait la connaissance, à l'occasion de la soutenance, de Charline Bouchard et Karounga Diawara.

² Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLÉANI, *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002.

³ UNION EUROPÉENNE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2005, COM (2005)

672 final, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l26120>> (consulté le 21 juillet 2015); UNION EUROPÉENNE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2008, COM (2008) 165 final, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l26124>> (consulté le 21 juillet 2015)

⁴ UNION EUROPÉENNE, *Directive 2014/104/EU du Parlement européen et du conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, 2014, J.O. L 349 du 5.12.2014, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal%20content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2014:349:TOC>> (consulté le 21 juillet 2015) (ci-après, « Directive 2014/104/EU »). Les recours collectifs ont donné lieu à la publication d'une communication et d'une recommandation qui, contrairement à la directive, n'emportent pas d'obligation de transposition à la charge des États membres : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs »; recommandation de la Commission relative à des principes

pour certaines d'entre elles, profiter aux actions de groupe aussi bien qu'aux actions individuelles.

À lire son intitulé même, ainsi que son article 2, cette directive – dont la transposition⁵ devrait intervenir dans les deux ans de son entrée en vigueur – devrait voir son champ d'application limité aux actions en dommages et intérêts exercées en cas de violation du droit de l'Union européenne, ainsi que du droit national lorsque celui-ci est mis en œuvre en parallèle. Toutefois, il est permis de penser que son influence s'étendra bien au-delà : elle pourrait en effet se propager, non seulement au droit national des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'il est appliqué isolément, mais aussi aux sanctions civiles autres que les dommages et intérêts, mais encore à d'autres règles de concurrence⁶, voire plus largement au droit de la responsabilité et de la procédure civile⁷.

Pour présenter, de façon panoramique, les principaux apports de la directive, il convient de s'intéresser successivement, de façon classique, aux conditions de l'action en réparation (1), puis à son résultat (2).

1. Les conditions de l'action en réparation

Les conditions de fond auxquelles l'action en indemnisation est assujettie sont ordinairement synthétisées par un triptyque bien connu correspondant à un fait générateur de responsabilité, un dommage et un lien de causalité entre les deux. S'il revient en principe au demandeur en réparation d'en administrer la preuve, les difficultés probatoires en la matière sont telles que la directive leur consacre nombre de ses dispositions. Elle s'attache, d'une part, à faciliter l'accès aux preuves pour les plaideurs dans une mesure qu'il convient de préciser (1.1). De façon complémentaire, elle opère, d'autre part, un allègement du fardeau probatoire incombant au demandeur en réparation (1.2).

1.1 Vers un accès aux preuves facilité pour les plaideurs?

La directive aménage, tout d'abord, un régime général de production des preuves, lequel constitue, selon le choix effectué à l'article 5 § 8, et à certaines exceptions près, un régime minimal pour les États membres, ce qui leur permet de conserver, voire d'adopter des dispositions plus favorables à l'accès aux preuves.

communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation prévus dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'UE.

⁵ Pour une étude plus complète, voir Muriel CHAGNY, *Regards juridiques et économiques sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels*, projet de recherche, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, 2015; Rafael AMARO, « La transposition de la directive n° 2014/104UE en droit français », (2015) 2 *Revue Concurrences* 21

⁶ Il s'agit, dans le cas du droit français, des règles rassemblées au sein du Titre IV du Livre IV du code de commerce et composant le droit des pratiques restrictives de concurrence ainsi que de la construction prétorienne de la concurrence déloyale fondée sur les articles 1382 et 1383 du *Code civil*.

⁷ Pour un développement de ce point de vue, voir Muriel CHAGNY, « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles », (2013) 38 *Recueil Dalloz* 2532.

L'accès aux preuves s'en trouve, de prime abord, étendu, spécialement lorsqu'on rapproche ces règles de celles du droit français. La production forcée concerne, non seulement tel ou tel élément de preuve, mais aussi des catégories pertinentes de preuves, sous réserve qu'elles soient « circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible »⁸. Dans le prolongement, le dispositif de sanction prévu à l'article 8 apparaît renforcé tant quant aux mesures susceptibles d'être prononcées par le juge qu'en ce qui concerne les manquements susceptibles d'être sanctionnés.

Cependant, le régime général de production des pièces institué par la directive est également assorti, conformément à l'article 5, à un contrôle judiciaire poussé. Il incombe au juge saisi de s'assurer, non seulement de « la plausibilité de la demande de dommages et intérêts », mais encore de la pertinence et de la proportionnalité de la mesure de production sollicitée, ce au regard des « intérêts légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés ». Par ailleurs, la directive consacre en son article 5 § 7 le droit, pour le destinataire de l'injonction, d'être entendu avant que celle-ci intervienne et elle institue, aux termes de l'article 5 § 4, un régime étoffé de protection des informations confidentielles, aucune marge de manœuvre n'étant laissée, par exception, aux États membres pour ces mesures allant bien au-delà du dispositif français.

S'agissant, ensuite, du régime spécifique aux dossiers des autorités nationales de concurrence, pour lequel aucune latitude n'est admise au profit des ordres juridiques nationaux, celui-ci retient particulièrement l'attention dans le cas des recours collectifs, dès lors que le droit français permet uniquement les actions de groupe consécutives à une « **décision** prononcée à l'encontre du professionnel **par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes**, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements »⁹.

L'accès aux pièces figurant dans le dossier d'une autorité nationale de concurrence, tel que la directive l'aménage, est incontestablement plus restreint que celui découlant des arrêts préjudiciels de la Cour de justice : là où cette juridiction avait édicté le principe d'une mise en balance des intérêts au cas par cas, excluant par conséquent toute interdiction absolue d'accès aux pièces¹⁰. L'article 6 de la directive institue, pour sa part, une exclusion radicale de toute production forcée dans deux cas (déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et propositions de transactions). Pour autant, le système ainsi institué apparaît aux yeux du juriste français plus favorable que celui résultant de la loi Outremer du 20 novembre 2012¹¹, et ce, même si la version finale de la directive traduit un rapprochement

⁸ Directive 2014/104/EU, préc., note 4, art. 5(2)

⁹ Code de la consommation, art. L. 423-17 (souligné par nos soins)

¹⁰ Pfeiderer AG c. Bundeskartellamt, Affaire C-360/09, [2011] Rec. C.E. I-05161; Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG et autres, Affaire C-536/11, 6 juin 2013, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0536>> (consulté 21 juillet 2015)

¹¹ Cette loi a modifié l'article L. 462-3 du code de commerce. Sur cette loi, v. Muriel CHAGNY, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », (2013) 13 *Recueil Dalloz* 851

avec les solutions françaises. En dehors des deux cas d'exclusion définitive, la directive restreint certes l'accès à certaines pièces (informations établies aux fins de la procédure de concurrence; propositions de transaction retirées), mais seulement de façon temporaire, jusqu'au moment où l'autorité de concurrence a adopté une décision ou clos la procédure. Par ailleurs, la production forcée des autres pièces est possible à tout moment.

Quant aux limitations apportées, par l'article 7 de la directive, à l'utilisation des pièces obtenues grâce à l'accès au dossier de l'autorité de concurrence, elles s'inscrivent dans le prolongement du système de communicabilité variable mis en place par la directive pour la production forcée. Dès lors, il ne sera jamais possible d'utiliser en justice les deux types de pièces radicalement écartées de toute production. À l'inverse, les pièces pour lesquelles la production forcée est toujours possible sont communicables sans restriction ni contrôle. S'agissant enfin de celles soumises à une exclusion temporaire, elles sont communicables à partir du moment où est intervenue, soit une décision de l'autorité de concurrence, soit une clôture de sa procédure. Quoique la directive réserve l'utilisation des pièces issues du dossier d'une autorité nationale de concurrence à la personne ayant eu accès au dossier ou à celle lui ayant succédé dans ses droits, elle est plus favorable aux justiciables entendant faire usage de telles pièces que ne l'est le droit français actuel. L'article L. 463-6 du *Code de commerce relatif au secret de l'instruction* édicte, en effet, à peine de sanctions pénales, un principe d'interdiction générale et sans limitation de durée de « la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé ». Même si la jurisprudence a assorti cette interdiction d'un tempérament fondé sur la protection des droits de la défense¹², bénéficiant, non seulement au défendeur à l'action, mais aussi au demandeur en réparation¹³, la directive n'en contribuera pas moins à améliorer sur ce point le sort des justiciables, notamment en termes de sécurité juridique.

1.2. Vers un fardeau probatoire allégé pour la victime?

La directive sollicite, à plusieurs égards, le mécanisme des présomptions afin d'alléger le fardeau probatoire pesant sur la victime, à laquelle il revient d'établir les conditions de fond auxquelles le succès de l'action en indemnisation est subordonné.

Tout d'abord, la directive comporte une disposition destinée à faciliter la démonstration du fait générateur de responsabilité dans les cas où l'action en dommages et intérêts est introduite postérieurement à l'adoption d'une décision par une autorité de concurrence (action dite « consécutive »). Plus précisément, son article 9 accorde aux décisions définitives d'une autorité nationale de concurrence constatant une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles une valeur probatoire différenciée selon que la décision de concurrence est intervenue ou non dans le même État membre de l'Union européenne que celui devant lequel l'action en dommages et intérêts est engagée. Dans le cas où il s'agit d'un seul et même État membre, la violation du droit de la concurrence est « considérée comme

¹² Com., 19 janv. 2010, *Bull. civ.* n° 08-19.761

¹³ Paris, 20 novembre 2013, RG n° 12/05813; Voir aussi Paris, 24 septembre 2014, RG n° 12/06864

établie de manière irréfragable ». Dans l'autre cas de figure – lorsque la procédure de concurrence a eu lieu dans un autre État membre que celui dont relève la juridiction saisie aux fins d'indemnisation – la directive prévoit uniquement que la décision définitive vaut « au moins en tant que preuve *prima facie* du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise ». Elle laisse ainsi aux législateurs nationaux la possibilité de choisir, soit de retenir cette solution *a minima*, soit de reconnaître une force probante identique aux décisions des autorités de concurrence, quel que soit l'État membre dans lequel elles ont été rendues. C'est cette dernière option qui avait été préférée, antérieurement à l'adoption de la directive, par la loi Hamon dans le cadre limité de l'action de groupe : l'article L. 423-17 du *Code de la consommation* dispose en effet que les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable en présence d'une décision qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements, ce lorsque la décision émane des autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes.

La directive se préoccupe, encore, de faciliter la réparation des préjudices concurrentiels par le jeu de différentes présomptions relatives au dommage réparable.

D'un côté, elle édicte, en son article 17 § 2, une présomption d'existence du préjudice, dont elle précise qu'elle peut être combattue par la preuve contraire, et qui concerne seulement les cartels. Par son domaine circonscrit aux cartels, cette présomption n'est pas sans rappeler une règle hongroise ou encore la jurisprudence allemande. Mais elle évoque également la jurisprudence développée, de longue date, en matière de concurrence déloyale, par la Cour de cassation française, dont des juridictions du fond ont parfois fait application, dans la période récente, en présence de pratiques anticoncurrentielles¹⁴. Pour autant, outre que ces applications ne se sont pas limitées aux ententes horizontales, l'identité n'est pas parfaite en ce que, contrairement à la directive, qui énonce une présomption simple, la formulation de la règle prétorienne paraît exclure toute possibilité de rapporter la preuve contraire¹⁵.

De l'autre côté, la directive consacre plusieurs dispositions à la situation dans laquelle le dommage subi du fait de la pratique anticoncurrentielle a été répercuté, en tout ou partie, par la victime directe des agissements sur ses propres cocontractants.

Quoique ces derniers n'aient pas contracté avec l'auteur des pratiques anticoncurrentielles, ils disposent du droit d'agir à son encontre dès lors qu'ils ont subi un dommage réparable causé par les agissements contraires au droit de la concurrence. Cependant, compte tenu des difficultés auxquelles ils risquent de se heurter dans l'administration de la preuve de cette répercussion, la directive, en son article 14, leur facilite cette démonstration au moyen d'une présomption légale opérant un déplacement de l'objet de la preuve. Plus précisément, une victime indirecte est « réputé(e) avoir apporté la preuve d'une répercussion à son

¹⁴ T. com. Paris, 30 mars 2011, RG n° 2009073089, CCE 2011, comm. 76, obs. M. Chagny (à propos de pratiques d'éviction); Paris, 26 juin 2013, RG n°120441 (à propos d'un cartel)

¹⁵ Selon les cas, les arrêts indiquent qu'« il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral » ou bien qu'« il s'infère nécessairement d'un acte déloyal un trouble commercial constitutif d'un préjudice ».

encontre » dès lors qu'elle a établi certains éléments qu'il est sans conteste plus simple de démontrer pour celui qui n'a aucun lien avec l'auteur de la pratique anticoncurrentielle.

Si l'action en indemnisation exercée par le cocontractant direct apparaît, en vérité, plus vraisemblable au regard du contentieux passé, il reste qu'elle soulève la question de savoir dans quelle mesure le défendeur à l'action peut faire valoir le moyen de défense tiré de la répercussion des dommages sur des tiers. Autant la directive et la jurisprudence française¹⁶ se rejoignent en ce qu'elles admettent un tel moyen de défense, autant elles s'opposent quant à la charge de la preuve. Tandis que la Cour de cassation a fait peser sur la victime la démonstration de la non-répercussion du dommage¹⁷, l'article 13 de la directive dispose, tout au contraire, que « la charge de la preuve [...] incombe au défendeur, qui peut raisonnablement exiger la production d'informations par le demandeur ou par des tiers ».

Sans nier l'intérêt que présentent ces différentes mesures, il convient de se demander si elles suffiront à ce que le résultat de l'action en dommages et intérêts soit satisfaisant pour la victime.

2. Le résultat de l'action en réparation

Il est essentiel que les actions en réparation débouchent sur des condamnations qui réparent correctement les dommages subis par les victimes d'infractions. La directive consacre à cette question plusieurs dispositions, qui visent à améliorer l'évaluation des dommages concurrentiels (2.1) et mettent en place un principe de responsabilité solidaire assorti de quelques limites (2.2).

2.1. Vers une meilleure évaluation du dommage?

En son article 3, la directive commence par rappeler que les victimes ont droit à la réparation intégrale de leur préjudice. Celle-ci consiste « à replacer une personne ayant subi un tel préjudice dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise ». Le texte ajoute qu'elle « couvre dès lors le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts ». L'approche est identique à celle du droit civil français, qui prévoit également l'indemnisation des « pertes éprouvées » et du « gain manqué » (*damnum emergens* et *lucrum cessans*). La perte de chance, dont l'indemnisation est souvent demandée dans ces contentieux, ne figure pas dans l'article 3, mais le considérant 13 de la directive ne laisse aucun doute sur son caractère indemnisable.

¹⁶ Com. 15 juin 2010, *Bull. civ.*, n° 09-15818

¹⁷ Com. 15 mai 2012, *Bull. civ.*, n°11-18495, justifiant cette solution par le principe selon lequel la preuve du préjudice incombe à la partie qui l'invoque. Pour autant, cette solution peut avant même l'adoption de la directive paraître contraire au droit de l'Union européenne et, plus précisément, à l'exigence d'effectivité. Rappr. *Administration des finances de l'Etat italien et San Giorgio*, Affaire 199/82, Rec. p. 3595, pts 13 et 14 (à propos de la répercussion de taxes indûment perçues). Il convient cependant d'indiquer qu'une telle argumentation a été réfutée : Paris, 27 février 2014, RG n° 10/18285, AJCA 2014. 122, note Ponsard.

Si les victimes peuvent prétendre à la réparation de leur entier dommage, encore faut-il que celui-ci puisse être correctement évalué. Or, en ce domaine, l'évaluation – la directive utilise le terme de « quantification » – est particulièrement délicate. Comme le souligne le considérant 45, « ce processus repose sur un grand nombre de données factuelles et peut nécessiter l'application de modèles économiques complexes »; il est en outre « souvent très coûteux » et nécessite la collecte de données que « les demandeurs ont des difficultés à obtenir pour étayer leurs demandes ». L'article 17 de la directive enjoint donc aux États membres de permettre à leurs juridictions de procéder à une simple estimation du montant du dommage, lorsqu'il est « pratiquement impossible ou excessivement difficile de le quantifier avec précision sur la base des éléments de preuve disponibles ».

La place qui est ainsi faite à la notion d'estimation est importante¹⁸. En effet, celle-ci ne fait pas partie de la terminologie du droit français de la responsabilité. Le *Code civil* n'évoque que la réparation du dommage et ne précise pas quels sont les procédés qui permettent de calculer le montant de la condamnation. C'est en vain qu'on en cherche une définition dans les ouvrages relatifs à cette discipline.

On comprend néanmoins que le terme désigne, dans ce contexte, une forme d'évaluation qui a pour particularité d'être approximative, c'est-à-dire de tendre vers la mesure exacte du dommage, sans pouvoir la déterminer avec certitude. En temps ordinaire, le droit de la responsabilité se méfie de l'approximation, et l'on enseigne que « la somme due au titre des dommages-intérêts doit correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable »¹⁹. Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, l'appréciation du préjudice ne peut cependant être effectuée qu'à l'aide d'hypothèses, que l'on formule grâce à des méthodes de comparaison ou de modélisation. Leur mise en œuvre est elle-même tributaire des données factuelles disponibles. Les résultats auxquels conduisent ces méthodes sont nécessairement affectés d'une marge d'erreur plus ou moins importante suivant le cas d'espèce.

Le terme « d'estimation » employé par l'article 17.1 désigne donc l'évaluation au terme de laquelle sont alloués des dommages-intérêts qui correspondent à peu près au montant du dommage, mais à peu près seulement. Comme nécessité fait loi, ce procédé est jugé suffisant par la directive, qui enjoint aux États membres d'assouplir, si nécessaire, l'exigence de certitude du dommage qui est généralement consacrée par leurs droits nationaux. Si le demandeur ne peut établir l'exact quantum de son préjudice, il suffit qu'il en fournisse une estimation. Il en va, comme le répètent inlassablement les autorités européennes, de l'effectivité du droit de l'UE.

Dans la même perspective, la directive met enfin l'accent sur la nécessité de favoriser ce qu'on peut appeler des bonnes pratiques de l'évaluation. Il s'agit pour les parties prenantes

¹⁸ Pour de plus amples développements, nous renvoyons à notre article : Suzanne CARVAL, « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels - Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », (2015) 22 *Recueil Dalloz* 1290

¹⁹ Geneviève VINEY et Patrick JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2010, n° 57, p. 156

– parties, experts, conseils et juges – d’améliorer le processus de l’évaluation par le recours à divers outils, non contraignants, mais susceptibles de clarifier et unifier les procédés mis en œuvre. Le *Guide pratique* publié en 2013 par la Commission participe déjà de cette démarche puisqu’il décrit les différentes méthodes utilisées par les économistes pour déterminer comment le marché se serait comporté en l’absence d’infraction au droit de la concurrence²⁰. À ce sujet, la directive prévoit en outre que les autorités nationales de concurrence doivent avoir la possibilité de faire bénéficier les tribunaux de leur expertise en ce domaine. Selon l’article 17.3 :

« Les États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une procédure relative à une action en dommages et intérêts, une autorité nationale de concurrence puisse, à la demande d'une juridiction nationale, aider ladite juridiction nationale en ce qui concerne la quantification du montant des dommages et intérêts lorsque cette autorité nationale de concurrence estime qu'une telle aide est appropriée ».

Elle ajoute enfin que la Commission européenne « devrait fournir des orientations générales [sur l’évaluation du quantum des dommages] au niveau de l’Union »²¹.

Il aurait été possible, afin d’accroître l’effet dissuasif des condamnations civiles, de permettre aux juridictions nationales de compléter les dommages-intérêts compensatoires par des dommages-intérêts punitifs. En Europe, cette sanction n’est admise que dans quelques États (le Royaume-Uni en particulier), mais elle ne soulève plus la répulsion qu’elle s’attirait il y a encore une trentaine d’années. L’avant-projet de réforme du droit des obligations (dit projet Catala) en a même suggéré la consécration par le *Code civil*. Les auteurs de la directive ont cependant fait le choix de les proscrire, en disposant que : « La réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts »²². On peut le regretter, dans la mesure où la plupart des infractions concurrentielles relèvent de la catégorie des fautes dites « lucratives », pour lesquelles les dommages-intérêts punitifs semblent particulièrement bien adaptés.

2.2. Vers une solidarité raisonnée ?

Le principe de la responsabilité solidaire des coauteurs d’un dommage est largement admis en Europe. Il n’est donc pas surprenant que la directive en prévoie l’application au bénéfice des victimes de dommages concurrentiels, du moins lorsque l’infraction résulte d’un comportement conjoint, ce qui est caractéristique des ententes. Son article 11.1 dispose que : « Les États membres veillent à ce que les entreprises qui ont enfreint le droit de la

²⁰ Ce document de travail des services de la Commission : COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, document de travail, 2013, en ligne : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf> (consulté le 21 juillet 2015)

²¹ Considérant 46

²² Directive 2014/104/EU, préc., note 4, art. 3(3)

concurrence par un comportement conjoint soient solidairement responsables du préjudice causé par l'infraction au droit de la concurrence ». Il en découle les deux effets habituels de la solidarité : les victimes ont le droit de demander réparation à l'un quelconque des coauteurs (art. 11.1), et des recours en contribution sont ouverts entre ces coauteurs, pour un montant qui est déterminé « eu égard à leur responsabilité relative dans le préjudice causé par l'infraction au droit de la concurrence » (art. 11.5).

On observe au passage que la solidarité concerne les entreprises, et non les personnes morales, auteurs de l'infraction. Ce dont on peut déduire que la dette de réparation – le cas échéant solidaire – pèse sur le sujet de droit original qu'est l'entreprise, à l'instar de ce qui se produit pour la sanction publique. Cette question est particulièrement délicate, car elle est étroitement liée à celle de la responsabilité du fait d'autrui. On peut donc regretter que la directive ne prenne pas plus clairement position sur cette question qui précède d'ailleurs celle de la solidarité. Elle se posera avec acuité lors de la transposition du texte : les législateurs nationaux pourront-ils – ou devront-ils – faire peser la dette de réparation sur l'entreprise au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire un ensemble de personnes morales dont certaines pourront ne pas avoir participé à l'infraction, ni même avoir eu connaissance de sa commission?

Les effets de la solidarité étant très puissants, la directive lui apporte deux exceptions.

La première profite aux petites et moyennes entreprises (PME²³), pour des raisons qui sont évidemment liées à leur capacité financière. Selon l'article 11.2, une PME n'est responsable qu'à l'égard de ses propres acheteurs, directs ou indirects, si trois conditions sont réunies. Il faut tout d'abord que sa part de marché sur le marché concerné ait été inférieure à 5 % à quelque moment que ce soit de la durée de l'infraction, et qu'il s'avère que l'application de la solidarité « compromettrait irrémédiablement sa viabilité économique » et « ferait perdre toute valeur à ses actifs ». La troisième condition est négative : la PME ne doit avoir été ni l'instigatrice de l'infraction, ni avoir déjà été condamnée pour infraction au droit de la concurrence (art. 11. 3).

La seconde exception est destinée aux entreprises bénéficiaires d'une immunité (telle qu'une mesure de clémence). Aux termes de l'article 11. 4, elles sont responsables à l'égard de leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects et, s'agissant des autres parties lésées, seulement si une réparation intégrale ne peut être obtenue auprès des autres auteurs de l'infraction.

*** Muriel Chagny, professeure, directrice du Master Contrats concurrence, Université de Versailles Saint-Quentin**

**** Suzanne Carval, professeure, Université de Rouen**

²³ Le texte précise qu'il s'agit de PME « au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission ».