



PRIVATE ENFORCEMENT ÉVALUATION DU DOMMAGE CONCURRENTIEL

Lundi 8 juin 2015 | McDermott Will & Emery, Paris

Concurrences
Revue, Bulletin, Livres, Conférences

**McDermott
Will & Emery**



Nathalie Dostert

Juge au Tribunal de commerce
de Paris

**Lionel Lesur, Laurent
Ayache et Jacques Buhart**

Avocats associés, McDermott Will & Emery

Laurent Benzoni

Professeur, Université Paris II
(Panthéon-Assas) Économiste,
Tera Consultants

JACQUES BUHART

Le sujet est très à la mode, non seulement parce qu'il existe déjà de nombreux cas de contentieux en France et ailleurs en Europe à la suite des décisions d'ANC en matière de cartel, mais encore parce qu'on peut s'attendre à une augmentation substantielle de ce type d'actions devant les tribunaux nationaux avec la Directive 2014/104/UE adoptée le 23 novembre 2014. ■

L'APPROCHE DU JUGE CONSULAIRE DE PARIS DANS LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS

NATHALIE DOSTERT

Mon propos est de faire comprendre aux professionnels, avocats ou juristes d'entreprises, l'importance de penser leur relation au juge de manière un peu différente. Aujourd'hui, l'article 1382 du code civil s'applique : faute, préjudice, lien de causalité. Mais trop souvent, devant le Tribunal de commerce de Paris, les demandeurs n'estiment pas avec précision leur préjudice, si bien qu'un énorme travail de détermination du *quantum* est laissé au juge. La pratique d'évaluation du dommage a pourtant beaucoup évolué : on attend des professionnels une vraie approche économique. Il s'agit certes de droit mais surtout d'économie. La directive change beaucoup

de chose. Elle établit une présomption irréfutable de faute à la suite d'une condamnation définitive par une ANC et permet aux entreprises d'agir (contrairement à la loi Hamon). Elle pose surtout deux questions cruciales : l'accès aux preuves et la quantification du préjudice.

S'agissant de l'accès aux preuves, la directive établit une obligation de divulguer les preuves, sous conditions de proportionnalité et de protection des données. À la faveur des contentieux en réparation engagés à la suite de procédures d'engagements closes devant l'ADLC, le Tribunal avait tenté de bousculer les choses, mais la loi de novembre 2012 a mis un frein aux transmissions de pièces par l'ADLC. L'Autorité a toutefois reconnu la nécessité de pouvoir produire certains

éléments dans le cadre des actions en réparation. Les deux institutions ont évolué sur ce terrain car une action en réparation doit rester possible en particulier à la suite d'une procédure d'engagements. La divulgation des preuves se fait dans le respect du secret des affaires et sous contrôle du juge, ce qui doit aussi permettre de lever les hésitations des entreprises à produire certaines pièces en leur possession. Nous réfléchissons à l'organisation d'audiences uniquement entre avocats. De manière générale, les juges sont ouverts aux solutions que les avocats peuvent proposer pour assurer cette protection, dans le respect du contradictoire. Les avocats sont une force de proposition évidente pour la pratique du Tribunal. Enfin, l'Autorité a déjà été sollicitée et amenée à intervenir devant le Tribunal. ►



JACQUES BUHART

De nombreux contentieux sont portés au Royaume-Uni car la *discovery* y est possible. Même si l'article 145 du code de procédure civile n'en est pas l'équivalent, il me semble que le Tribunal de commerce l'utilise beaucoup.

NATHALIE DOSTERT

Il a un vrai succès, c'est une avancée importante dans la production de preuves,



et nous voulons que sa pratique soit mieux connue et encadrée. Nous avons des audiences destinées à examiner les pièces litigieuses, afin de voir ce qui sera utile dans les débats contradictoires. Mais les demandes à ce titre doivent être formulées avant l'audience sur le fond.

Sur l'évaluation du préjudice, le juge se assiste à des querelles d'experts en demande et en défense. Il doit dans ce contexte déterminer le *quantum* et motiver sa décision. Des audiences dédiées à

l'examen des rapports sont désormais presque systématiquement organisées et la présence des parties est une valeur ajoutée évidente. Le tribunal se veut pragmatique et réaliste. ■

L'ÉVALUATION DES DOMMAGES INDUITS PAR LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : APPROCHE ÉCONOMIQUE

LAURENT BENZONI

En 1968, l'économiste, prix Nobel, Gary Becker publie un article « Crime and Punishment ». L'idée centrale est : mal sanctionner favorise la récidive. En 2006, une étude sur le cartel mondial des vitamines a révélé que le crime concurrentiel paie en particulier en Europe où la sanction et les dommages ne coutent que 15 % du surprofit engendré par l'entente contre 86 % aux États-Unis. La différence tient donc aux dommages et intérêts que les entreprises ont dû payer aux États-Unis dans le cadre d'actions privées. De là l'action de la Commission pour que les dommages soient mieux réparés en Europe. Du point de vue économique, la réparation est donc un point essentiel de la politique de concurrence : pas seulement pour dédommager les victimes, mais aussi dans une logique de dissuasion pour rendre la politique de la concurrence efficace...

Selon les principes généraux de calcul des dommages établis par la Commission européenne, la réparation du préjudice implique la remise en état. Il faut reconstituer l'état du marché qui aurait prévalu en l'absence de l'infraction concurrentielle,

c'est-à-dire construire un scénario contrefactuel. Un tel scénario est par essence hypothétique et le dommage qui en sera inféré repose sur ces hypothèses, ce qui pose un problème en droit français au regard duquel le préjudice doit être « certain ». Or, s'il y a une certitude quant à l'existence d'un dommage en cas d'infraction concurrentielle, le montant de ce dommage ne peut être estimé que sur un scénario hypothétique.

Selon la Commission européenne, le montant total du dommage est constitué de la somme de la perte subie et du gain manqué (constatables dans le passé, ou raisonnablement anticipables dans le futur), ainsi que des intérêts. Elle préconise une démarche en trois étapes : (i) identification du champ de l'analyse du dommage, (ii) construction du scénario contrefactuel, (iii) quantification des dommages. La première étape consiste à identifier les pratiques en cause, les victimes (notamment s'il y a eu *passing on*), les activités affectées, les types de dommage. La deuxième étape consiste principalement à l'élaboration du scénario contrefactuel. La Commission préconise alors trois grandes méthodes : comparaison (temporelle, géographique, ou avec d'autres marchés de produits, ou une combinaison, en recourant à des méthodes statistiques de type écono-

métriques), financière (reconstruction du prix et de la quantité de concurrence à partir de plans d'affaires simulés et de modèles de coût), simulation économique (basés sur des modèles micro-économiques). Pour chaque étude de dommage, la Commission recommande le recours à plusieurs méthodes pour accréditer la robustesse du résultat. Mais les méthodes sont plus ou moins complexes, coûteuses, exigent plus ou moins de données, ce qui peut entrer en ligne de compte dans le choix des méthodes.

L'important au final pour les tribunaux est que l'analyse du dommage soit transparente, qu'il y ait traçabilité des sources et reproductibilité des résultats. On notera que la construction de scénarios contrefactuels robustes exige souvent des chiffres relevant du secret des affaires, ce qui n'est pas sans poser des problèmes dans les procédures civiles. En conclusion, l'analyse économique joue un rôle croissant dans l'évaluation des dommages, comme en atteste le document de la Commission européenne. La complexité et la sophistication sont croissantes mais il faut que les outils restent transparents et utilisables. Enfin, il ne faut pas oublier que la quantification des dommages reste un « art », et non pas une science, malgré ce qu'on en dit parfois. ■

LE PRIVATE ENFORCEMENT DU POINT DE VUE DU DROIT PRIVÉ

LIONEL LESUR

D'un point de vue juridique, l'évaluation du dommage concurrentiel pose plusieurs questions : le droit à réparation intégrale, la classification des types de préjudices pouvant être subis, l'introduction de l'action de groupe en droit français et des présomptions de la Directive 2014/104/UE et la question de l'accès aux preuves.

Le droit à réparation intégrale est un principe traditionnel français issu de l'article 1382 du code civil. Il a également été affirmé par la CJUE dans les arrêts *Courage* et *Manfredi*, sur le fondement de l'effet utile du droit de l'Union européenne et, en l'espèce, de l'article 101 TFUE. Le droit à réparation intégrale est consacré à l'article 1er de la Directive 2014/104/UE.

En France et dans la majorité des pays de droit latin, la réparation intégrale est limitée au dommage certain. Ceci constitue une différence importante avec les pays de *common law*, dans lesquels les dommages intérêts punitifs sont possibles (bien que rarement accordés dans les actions en dommages et intérêts).

Les dommages et intérêts punitifs ont un effet dissuasif et permettent de réparer des dommages dont on sait qu'ils ont été subis mais qui sont difficilement déterminables.

Les principes posés par la Directive 2014/104/UE vont réduire les différences existant en Europe. En effet, elle prévoit que « *sans préjudice de la réparation de la perte d'une chance, la réparation intégrale dans le cadre*

de la présente directive ne devrait pas aboutir à une réparation excessive, que ce soit à travers des dommages et intérêts punitifs, multiples ou autres » (Considérant 13).

Par ailleurs, la directive consacre la *passing-on* de défense en autorisant le défendeur à invoquer le fait que le demandeur a répercuté le surcoût. Contrairement à d'autres Etats membres, ce moyen de défense a déjà été admis en France et aux Pays-Bas (ainsi qu'au Royaume-Uni et en Allemagne où il n'a cependant pas encore reçu d'application concrète). La situation devrait donc changer suite à la transposition de la Directive 2014/104/UE. La charge de la preuve de la répercussion incombera au défendeur, mais rien n'est précisé quant à l'évaluation du montant répercuté. Ce moyen de défense risque donc de rester limité.

- En droit comparé, on constate que ce moyen de défense a été accepté de façon très limitée en Allemagne et au Royaume-Uni. Aux Pays-Bas, un arrêt du 2 septembre 2014 de la Cour d'appel d'Arnhem-Leeuwarden l'a reconnu

Différents types de préjudices peuvent être invoqués, selon les types d'infractions au droit de la concurrence (entente, abus de position dominante) et selon la qualité des victimes d'agissements anticoncurrentiels (concurrent, client).

L'action de groupe créée par la loi Hamon, compte tenu des nombreuses limites dont elle est entourée, ne constituera sans doute pas un réel facteur de facilitation de la réparation des préjudices en matière de droit de la concurrence. Aucune action de ce type

concernant le droit de la concurrence n'a d'ailleurs été introduite à ce jour. Cette situation contraste avec celle qui prévaut au Royaume-Uni, où un nouveau type d'action de groupe, fondée sur le système de l'*opt-out*, a été instauré en 2015. Les risques de *forum shopping* subsistent donc.

La Directive 2014/104/UE instaure plusieurs présomptions qui visent à faciliter la réparation du dommage concurrentiel : une présomption de faute irréfragable lorsque la pratique a été sanctionnée par l'autorité de concurrence de l'Etat membre dans lequel l'action en dommages et intérêts est intentée. Cette présomption est simple lorsque la pratique a été sanctionnée par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre ou par la Commission. La Directive 2014/104/UE établit également une présomption simple de l'existence d'un préjudice dans les (seuls) cas de cartel, compte tenu du secret inhérent à ces pratiques qui rend plus difficile l'obtention des éléments de preuve.

Dans le domaine de la preuve, la directive limite l'accès au dossier des autorités et exclut la possibilité pour les juridictions nationales d'ordonner la production des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ou d'une transaction dans le cadre d'une action en dommages et intérêts. La procédure de *discovery* en vigueur au Royaume-Uni continue donc de présenter un avantage certain pour les demandeurs, maintenant par là-même les possibilités de *forum shopping* au profit des juridictions anglaises. ■

LE PRIVATE ENFORCEMENT DU POINT DE VUE DU DROIT PUBLIC

LAURENT AYACHE

Relevons, à cet égard, que cette compétence du juge administratif ne sera pas remise en cause par la Directive 2014/104/UE qui ne distingue pas selon (i) la nature (privée ou publique) des victimes de pratiques anticoncurrentielles, (ii) la nature (privée ou publique) des auteurs et (iii) donc le juge compétent (juge judiciaire ou juge administratif).

Il est possible de distinguer trois hypothèses dans lesquelles le juge administratif sera compétent pour connaître de demandes en réparation de dommages concurrentiels : (i) lorsque la personne publique est victime de pratiques anticoncurrentielles ; (ii) lorsque la personne publique en est l'auteur ; (iii) lorsque,

agissant en tant qu'autorité déléguée, la personne publique a permis la commission d'une pratique anticoncurrentielle.

La première hypothèse se rencontre principalement lorsque la personne publique intervient en qualité d'acheteur (ou, par analogie, lorsqu'elle autorise l'occupation de son domaine public) et qu'elle est victime (i) d'une entente illicite de la part d'entreprises candidates (voir par ex. Cons. Conc., n° 03-D-10 du 20 février 2003), voir plus rarement (ii) d'un abus de position dominante de l'un d'entre eux (voir par ex. Cons. Conc., n° 09-D-10 du 27 février 2009). Dans ce cas, le Tribunal des conflits (TC, 23 mai 2005, *Département de la Savoie*, n° C3450), le Conseil d'Etat (CE, 19 déc. 2007, *Sté Campenon-Bernard*, n° 268918 ; Voir également CE, 19 mars 2008, *Sté Dumez*, n° 269134) et la Cour de

cassation (Civ. 1ère, 18 juin 2014, n° 13-19408) ont reconnu un véritable bloc de compétences au juge administratif pour réparer le préjudice concurrentiel subi par les personnes publiques.

Dans la deuxième hypothèse, le juge administratif peut être compétent pour connaître de la réparation du préjudice résultant des pratiques anticoncurrentielles commises par des personnes publiques agissant en tant qu'opérateur économique sur un marché concurrentiel. Ici, la personne publique est l'auteur de la pratique et non victime. A cet égard, il convient de bien distinguer entre (i) les actions de *public enforcement* visant à sanctionner l'auteur de la pratique, qui relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence et, par dérogation aux règles traditionnelles de répartition des compétences ►



juridictionnelles, de la Cour d'appel de Paris et (ii) les actions de *private enforcement* visant à réparer le dommage concurrentiel, pour lesquelles les règles traditionnelles de répartition des compétences s'appliquent. Trois exemples dans lesquels la compétence du juge administratif a été reconnue peuvent être mentionnés ; un abus de position dominante d'EDF, alors établissement public (Cons. conc., 10 déc. 1996, n° 96-D-80 ; Civ. 1ère, 29 sept. 2004, n° 02-18.335) ; les pratiques mises en œuvre par le Musée Guimet et la Manufacture de Sèvres, tous deux établissements publics (Cass. Com., 8 avril 2014, FS-P+B, n° 13-11.765) ; les abus de position dominante commis par la personne publique à l'égard de son cocontractant, lorsque sont en cause des contrats administratifs (TC, 4 mai 2009, Gisserot, n° C3714).

La troisième hypothèse recouvre le cas des personnes publiques agissant en qualité d'autorité déléguée d'un service public et qui sont tenues de réparer (au moins partiellement) le préjudice concurrentiel d'entreprise usager dudit service résultant des pratiques anticoncurrentielles de leurs délégataires. Le fondement de cette responsabilité est l'obligation pour les autorités déléguées de contrôler l'exécution et le fonctionnement des

services publics qu'ils ont délégués à un tiers (voir par exemple CE, 17 mars 2010, *Communauté d'agglomérations de Laval*, n° 305860 et CAA Paris, 15 déc. 2008, *Sté Transiles*, n° 05PA01979).

Dans ces trois hypothèses, les actions de *private enforcement* sont soumises aux spécificités du contentieux administratif. Le juge compétent est celui du plein contentieux et la recevabilité du recours est subordonnée, dans le cas où la personne publique est auteur de la pratique, à une réclamation préalable, sauf en matière de travaux publics (article R. 421-1 du CJA). En outre, pour caractériser la faute, le juge administratif se réfère aux décisions de l'Autorité de la concurrence sans, toutefois, être lié par elles. Par ailleurs, faisant application de la théorie de la causalité adéquate, le juge administratif applique strictement le lien entre la faute et le préjudice, les effets anticoncurrentiels de la pratique devant se situer sur le même marché pertinent que l'entreprise sollicitant l'indemnisation (CAA Bordeaux, 16 septembre 2008, 05BX01904). Il applique également un principe de solidarité entre les entreprises responsables (CE, 19 mars 2008, *Sté Dumez*, n° 269134).

Afin de déterminer le montant du préjudice, le juge administratif compare le plus souvent, lorsque la personne publique est victime, le prix supra-concurrentiel au prix théorique de marché. En revanche, dans le cas d'une condamnation d'une autorité déléguée, en raison d'un défaut de contrôle sur son délégataire, le juge administratif en limite le montant à hauteur de sa responsabilité.

Deux questions demeurent en suspens. D'abord, le sujet de la *passing on defense* n'a été que très rarement soulevé, mais est amené à l'être plus fréquemment dans la mesure où l'article 14 de la Directive 2014/104/UE impose que cette pratique soit prise en compte dans la réparation accordée. Dans le contexte du secteur public, cette théorie pose une difficulté dans la mesure où cette répercussion peut se faire auprès des usagers (en cas d'augmentation des prix) ou, lorsque les prix sont administrés ou plafonnés, par le biais d'une subvention publique (financée par l'impôt et donc le contribuable). Ensuite, lorsque la personne publique est l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle et qu'elle est dotée d'un comptable public, la prescription quadriennale s'applique, ce qui pourrait soulever une difficulté au regard de l'article 10 de la Directive 2014/104/UE qui prévoit un délai de 5 ans minimum. ■

QUESTIONS/RÉPONSES

PHILIPPE CORRUBLE

Quelle limite en tant qu'économiste vous anticipez dans le caractère opérationnel des raisonnements que vous avez présentés tout à l'heure ? Les limites de la sophistication économique sont une question universelle. On peut se demander si le rapport entre le coût induit par les études et le gain raisonnablement espéré n'est pas démesuré.

LAURENT BENZONI

Cela n'est pas qu'un problème de méthode. Cela dépend des cas et surtout des informations dont on dispose. La méthode sera d'autant plus complexe et sophistiquée qu'on ne sait rien sur le marché en cause, sur les acteurs concurrents et ou consommateurs. Le

plus compliqué, reste la « fabrication » de données dont on ne dispose pas. Plus on doit « inventer » et « spéculer », plus la sophistication et la rigueur des méthodes doivent être grandes pour ne pas produire des raisonnements faibles et peu étayés.

NATHALIE DOSTERT

L'avantage du Tribunal, c'est qu'il n'est pas composé que des juristes. Nous avons notamment beaucoup d'ingénieurs issus de grandes écoles qui sont de fins matheux. Cette diversité est bénéfique pour notre apprentissage collectif !

LIONEL LESUR

On a eu le sentiment que certaines entreprises renoncent à introduire des actions en répara-

tion, non seulement par peur des coûts induits, mais aussi par peur de devoir divulguer des informations stratégiques qu'elles voulaient garder secrètes. Le calcul coût/avantage leur semble négatif.

NATHALIE DOSTERT

On peut choisir d'aller plaider à l'étranger, mais il faut remarquer que sur dix ans, le montant des dommages alloués au Tribunal de commerce de Paris a été multiplié par six, notamment en raison d'une approche plus économique de la question. Par ailleurs, le Tribunal peut accorder des montants importants au titre de l'article 700 du CPC dès lors qu'ils sont justifiés. Toutes les chambres du Tribunal sont prêtes à offrir une juste rémunération du travail des avocats. ■