

## Séminaire Droit & Economie de la concurrence

### *Private enforcement* : évaluation du dommage concurrentiel

### *L'évaluation du dommage concurrentiel – point de vue juridique*

8 juin 2015

Lionel LESUR, Associé, Avocat Paris/Rome

[www.mwe.com](http://www.mwe.com)

Boston Brussels Chicago Dallas Düsseldorf Frankfurt Houston London Los Angeles Miami Milan Munich New York Orange County Paris Rome Seoul Silicon Valley Washington, D.C.

Strategic alliance with MWE China Law Offices (Shanghai)

© 2015 McDermott Will & Emery. The following legal entities are collectively referred to as "McDermott Will & Emery," "McDermott" or "the Firm": McDermott Will & Emery LLP, McDermott Will & Emery AARPI, McDermott Will & Emery Belgium LLP, McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP, McDermott Will & Emery Studio Legale Associato and McDermott Will & Emery UK LLP. These entities coordinate their activities through service agreements. McDermott has a strategic alliance with MWE China Law Offices, a separate law firm. This communication may be considered attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

1. Le droit à réparation intégrale
2. Classification des types de préjudice pouvant être subis
3. L'action de groupe
4. Les présomptions de la Directive 2014/104
5. L'accès aux preuves

# 1. Le droit à réparation intégrale (1/4)

## ■ Sources

- Le droit à réparation intégrale du préjudice est un principe classique de droit civil français sur le fondement de l'article 1382 du Code civil
- S'agissant des actions fondées sur un manquement au droit de la concurrence, le droit à réparation intégrale a été affirmé par la Cour de Justice de l'Union Européenne (« CJUE ») dans les arrêts *Courage* (C-453/99, 2001) et *Manfredi* (C-295/04, 2006) sur le fondement de l'effet utile du droit de l'UE (*i.e.*, en l'occurrence, l'article 101 TFUE)
- Ce droit est réaffirmé à l'article 1<sup>er</sup> de la Directive 2014/104/UE 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

# 1. Le droit à réparation intégrale (2/4)

- Les limites de la réparation intégrale :
  - Le champ de la réparation intégrale – l'identification du préjudice subi
    - Le droit français (et la majorité des pays de droit latin) limite la réparation intégrale au dommage certain (et direct et actuel) ainsi qu'au manque à gagner et à la perte de chance si celle-ci est suffisamment certaine. Mais il ne prévoit pas de dommages et intérêts punitifs
    - Au contraire, le juge de *Common Law* qui statue en équité peut prononcer des dommages et intérêts punitifs. En 2012, au Royaume-Uni, le *Competition Appeal Tribunal* a octroyé des dommages et intérêts punitifs à *2 Travel Group plc*, victime de l'abus de position dominante de *Cardiff Bus* qui s'était vu octroyer l'immunité par l'*Office of Fair Trading*
    - Ces différences ne devraient plus exister à l'issue de la période de transposition de la Directive 2014/104 (27/12/2016) qui 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)

# 1. Le droit à réparation intégrale (3/4)

- Le moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût (« *Passing-on defence* »)
  - L'article 12 prévoit que toute personne, y compris un acheteur indirect de l'auteur de l'infraction, puisse demander réparation du préjudice subi
  - L'article 13 vient tempérer ce droit pour les victimes indirectes en consacrant le *passing-on defence* : le défendeur pourra invoquer le fait que le demandeur a répercuté le surcoût résultant de l'infraction au droit de la concurrence
  - La charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur
  - Ce moyen de défense avait déjà été admis en droit français par la Cour de cassation dans l'affaire du cartel de la Lysine mais la charge de la preuve de l'absence de répercussion pèse sur le demandeur (Cass. com., *Ajinomoto*, 15 mai 2012)
  - 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

# 1. Le droit à réparation intégrale (4/4)

- Réflexion autour du droit à réparation intégrale
  - Les différences sur le champ de la réparation intégrale devraient être gommées suite à la transposition de la Directive 2014/104 dans les différents droits nationaux
  - La notion de « dommage certain » doit être mise en perspective avec le degré d'incertitude persistant dans la quantification du dommage compte tenu des différentes méthodes disponibles
  - Plusieurs critiques s'élèvent contre le fait que la Directive 2014/104 n'apporte aucun élément quant à la question de l'évaluation du montant qui a été répercuté et, partant, ne facilitera donc pas l'application du *passing-on defence* en pratique

## 2. Classification des préjudices (1/2)

- Les préjudices découlant d'une infraction au droit de la concurrence
  - Le préjudice résultant de l'augmentation des prix
    - Les infractions ayant pour résultat l'augmentation des prix sont nombreuses : entente, fixation d'un prix excessif par une entreprise dominante, limitation de la production, répartition de la clientèle
    - L'augmentation des prix entraîne principalement deux types de préjudices : (i) un surcoût payé par les clients directs et indirects et (ii) un recul du volume de vente des produits/services
    - L'évaluation du préjudice se fera par le biais d'une comparaison dans le temps, géographique et/ou par produit
  - Le préjudice résultant de pratiques d'éviction
    - L'éviction de concurrents actuels ou potentiels peut résulter d'ententes ou d'abus de position dominante
    - Les pratiques d'éviction affectent les coûts supportés par un concurrent évincé et portent préjudice au consommateur en augmentant les prix et/ou en diminuant son choix

## 2. Classification des préjudices (2/2)

- Les préjudices propres aux différentes catégories de victimes
  - Le préjudice subi par les concurrents
    - Le préjudice des concurrents existants : outre l'éviction potentielle, dans le cas de concurrents clients refus de fourniture / vente d'un produit ou prestation d'un service
      - Ce préjudice peut s'évaluer grâce aux méthodes comparatives précitées
    - Le préjudice des concurrents potentiels qui auraient pu entrer sur le marché
      - Ce préjudice s'évalue grâce à une méthode de construction économétrique du marché potentiel
  - Le préjudice subi par les clients et consommateurs finaux
    - Le préjudice du client non-concurrent correspond aux pertes récupérées par le ou les opérateurs économiques auteurs de l'infraction (entente ou abus de position dominante)
    - Le préjudice du client concurrent est double : il doit (i) acheter à un prix supérieur au prix du marché et (ii) vendre à un prix en dessous du marché pour s'aligner sur le ou les opérateurs économiques auteurs de l'infraction (entente ou abus de position dominante)
    - Le préjudice subit par le consommateur final peut consister en une restriction de l'offre et/ ou l'imposition d'un surcoût

### 3. L'action de groupe (1/2)

- Un élément de facilitation de la réparation dommage concurrentiel ?
  - L'action de groupe a été introduite en droit français par la Loi Hamon du 17 mars 2014 (articles L. 423-1 et suivants du Code la consommation)
  - Cette action de groupe est cependant très limitée :
    - La qualité de demandeur est limitée aux seules associations de consommateurs agréées
    - L'action de groupe est un contentieux strictement complémentaire de l'action publique puisqu'il faut attendre qu'une décision de l'Autorité de la concurrence constatant les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements soit rendue
    - A ce jour, aucune action de groupe relative à une infraction au droit de la concurrence n'a encore été introduite (en droit de la consommation des actions de groupe ont été intentées contre Foncia, Lactalis et la RATP), le fait que le décret d'application du 24 septembre 2014 porte exclusivement sur l'action de groupe en matière de consommation ne facilitant certainement pas les choses

### 3. L'action de groupe (2/2)

- L'action de groupe n'est pas généralisée en Europe
  - Au Royaume-Uni, le *2015 Consumer Rights Act* (mars 2015) instaure un recours collectif fondé sur le système de l'*opt out* en plus des recours déjà existants
  - En Allemagne, aucune action de groupe n'est prévue mais il est possible d'introduire, au cours d'une même action, plusieurs demandes portant sur la même infraction
  - Aux Pays-Bas, trois formes d'action de groupe sont possibles
- La Directive 2014/104 ne prévoit pas l'introduction d'une action de groupe (Considérant 13)
  - Risque de voir l'efficacité du *private enforcement* réduite
  - Risque accru de *forum shopping*
    - Voir CJUE, C-352/13 (21 mai 2015, *CDC / Akzo Nobel NV e.a*) : dans le cas d'une action en dommages et intérêts à l'encontre de plusieurs défendeurs, condamnés pour la même infraction au droit de la concurrence, l'action peut être introduite devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition (i) que les demandes soient liées entre elles et (ii) qu'il y ait un intérêt à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables
    - A comparer avec l'affaire « CDC » en Allemagne (2013) : la *Regional Court* de Düsseldorf a débouté une action engagée par l'association Cartel Damage Claims arguant du fait que la « cession des prétentions » à une entité tierce est contraire à l'Ordre public allemand notamment parce que CDC n'avait pas les moyens de couvrir les frais irrépétibles des défendeurs dans l'hypothèse d'un rejet de ses prétentions

## 4. L'introduction de présomptions (1/3)

### ■ La situation actuelle

- Les règles procédurales internes régissent les actions en dommages et intérêts
- En France, les demandeurs doivent apporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité
  - *Cartel de la Lysine* : certains demandeurs ont été déboutés faute d'avoir apporté la preuve du lien causal entre l'entente condamnée par la Commission européenne et leur dommage (CA Paris, 16 février 2011 confirmé par Cass. com., *Ajinomoto*, 15 mai 2012)
- Pour garantir l'effectivité des actions en dommages et intérêts, la Directive 2014/104 prévoit l'introduction de présomptions

## 4. L'introduction de présomptions (2/3)

- La présomption de faute (article 9)
  - La présomption de faute est 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
  - La présomption de faute est simple lorsque la pratique a été sanctionnée par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre ou par la Commission européenne
- La présomption de préjudice pour les ententes (article 17)
  - La Directive impose l'introduction d'une présomption simple de préjudice lorsque l'infraction au droit de la concurrence est une entente « *compte tenu de leur nature secrète [qui] rend plus difficile pour les demandeurs l'obtention des preuves nécessaires* »

## 4. L'introduction de présomptions (3/3)

- Réflexions sur l'introduction des présomptions
  - L'équivalence entre la faute concurrentielle et la faute civile est consacrée, ce qui semble légitime notamment dans les cas d'application des procédures de clémence ou de non-contestation des griefs (« NCG »)
  - Ces présomptions faciliteront indéniablement l'accès à la réparation du préjudice
    - Pourquoi limiter la présomption de préjudice aux seules ententes ?
  - Une fois la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité apportée, la quantification du préjudice reste un exercice extrêmement délicat puisque la Directive renvoie aux droits nationaux pour (i) la détermination du standard de preuve applicable et (ii) le degré de précision requis pour évaluer le montant du préjudice

## 5. L'accès aux preuves (1/4)

### ■ Données du problème :

- En France, et généralement dans les tous les pays de droit civil, un des problèmes majeurs dans la quantification du préjudice pour les victimes d'infractions au droit de la concurrence est l'accès aux preuves et notamment aux documents fournis par les demandeurs de clémence
  - Article L. 462-3 du Code de commerce : en principe toute juridiction peut demander à l'Autorité de la concurrence la communication des pièces du dossier sauf celles relatives à la procédure de clémence, si ces pièces ne sont pas à disposition d'une partie à l'instance
  - CA Paris, 24 septembre 2014 sur la protection du secret de l'instruction (article L. 463-6 du Code de commerce) : les parties qui disposent déjà des pièces du dossier en tant que parties à la procédure devant l'Autorité de la concurrence (i) doivent les produire elles-mêmes et (ii) ne peuvent les produire sans violer le secret de l'instruction qu'à condition que cette divulgation soit nécessaire à l'exercice de leurs droits
  - L'Autorité de la concurrence refuse d'attribuer un caractère auto incriminant à la procédure de NCG (rapport annuel du Conseil de la concurrence en 2005)

## 5. L'accès aux preuves (2/4)

- Dans ses arrêts *Pfleiderer* (C-360/09, 2011) et *Donau Chemie* (C-536/11, 2013), la CJUE a estimé que la décision d'octroyer l'accès aux documents relatifs notamment à une procédure de clémence appartient au juge national qui doit faire une mise en balance des intérêts (droits à la confidentialité du demandeur de clémence vs. droit à réparation)
- L'effet incitatif de la procédure de clémence serait fortement remis en cause si les documents apportés par le demandeur de clémence pouvaient ensuite être utilisés dans le cadre d'une action en *private enforcement*

- Les dispositions de la Directive 2014/104
  - La Directive prend en compte le problème de l'accès aux preuves
    - L'article 5 impose que les juridictions nationales soient en mesure « *d'enjoindre au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession* »
  - L'accès au dossier des autorités de concurrence est cependant limité
    - L'article 6 énonce que les juridictions nationales devront procéder à une mise en balance pour décider de la production de preuves figurant au dossier d'une autorité de concurrence (reprise de la jurisprudence *Pfleiderer*)
    - L'article 6.6 exclut les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence des documents pouvant être produits dans le cadre d'une action en dommages et intérêts

### ■ Droit comparé

- Le Royaume-Uni dispose de procédures de *discovery* extrêmement étendues
- Exemple : dans le cadre de l'action en *private enforcement* intentée à l'issue de la condamnation d'un certain nombre d'entreprises par la Commission européenne impliquées dans l'affaire *Appareillage de commutation à isolation gazeuse* (COMP/38.899 - 2007) :
  - Le juge anglais (*High Court*) avait demandé à la Commission la divulgation d'éléments contenus dans le dossier de la Commission
  - Les défendeurs intentèrent une action en référé devant le Tribunal de l'Union européenne pour empêcher la production de ces éléments
  - Le Tribunal de l'Union européenne ordonna la suspension de la décision de transmettre ces éléments (T-164/12 R, 2012)

- La réparation du dommage concurrentiel facilitée
  - L'introduction d'une action de groupe « à la française » (encore à vérifier en pratique cependant)
  - L'introduction des présomptions de faute et de préjudice
- L'évaluation du dommage concurrentiel encore problématique
  - La Directive donne peu d'indications et cette compétence revient au juge national
  - L'accès au dossier de l'Autorité de la concurrence n'est pas consacré par la Directive (*i.e.*, maintien de la situation antérieure) : les disparités nationales quant à l'accès aux preuves seront donc maintenues

### ■ Les risques de *forum shopping*

- La Directive viendra aplanir certaines différences entre les différents droits européens (champ de la réparation intégrale, présomptions...)
- On observe cependant que des juridictions sont d'ores et déjà bien placées pour accueillir les actions en dommages et intérêts fondées sur des condamnations par la Commission européenne :
  - Le Royaume-Uni, compte tenu notamment de l'existence de procédures de *discovery*
  - Les Pays-Bas qui ont une grande expérience des actions en dommages et intérêts : une partie significative des actions intentées suite à des condamnations par la Commission européenne ont ainsi été portées devant le juge néerlandais (*Bitumen, Producteurs de bières néerlandaises...*)
    - Jusqu'à présent, les débats ont porté sur la recevabilité de ces demandes, beaucoup de défendeurs n'étant pas néerlandais
    - Certaines affaires ont fait l'objet de transactions, dans la tradition du droit néerlandais

Lionel Lesur

**[llesur@mwe.com](mailto:llesur@mwe.com)**

01 81 69 15 20 - 06 75 05 28 80

# Séminaire Economie & concurrence

Private enforcement : évaluation du dommage concurrentiel

## *Private enforcement & juge administratif*

8 juin 2015

Laurent AYACHE, Associé McDermott Will & Emery

[www.mwe.com](http://www.mwe.com)

Boston Bruxelles Chicago Düsseldorf Francfort Houston Londres Los Angeles Miami Milan Munich New York Orange County Paris Rome Séoul Silicon Valley Washington, D.C.

Alliance stratégique avec MWE China Law Offices (Shanghai)

© 2014 McDermott Will & Emery. Les entités suivantes sont collectivement désignées "McDermott Will & Emery", "McDermott" ou "la Firme": McDermott Will & Emery LLP, McDermott Will & Emery AARPI, McDermott Will & Emery Belgium LLP, McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP, McDermott Will & Emery Studio Legale Associato et McDermott Will & Emery UK LLP. Ces entités coordonnent leurs activités via des contrats de prestations de services. McDermott bénéficie d'une alliance stratégique avec MWE China Law Offices, cabinet d'avocats distinct.

- Aux termes de l'article 3 de la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, dont la transposition doit intervenir au plus tard le 27 décembre 2016, les victimes de pratiques anticoncurrentielles doivent pouvoir obtenir l'indemnisation de leur dommage concurrentiel devant l'autorité nationale compétente : « *Les Etats membres veillent à ce que toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice* »
- Il en ressort que la Directive ne distingue pas :
  - selon la nature (privée ou publique) des victimes de pratiques anticoncurrentielles
  - selon la nature (privée ou publique) de l'auteur de pratiques anticoncurrentielles
  - le juge compétent (juge judiciaire ou juge administratif)
- Par conséquent, en France, en application des règles habituelles de répartition des compétences entre les deux ordres, la juridiction administrative continuera d'être compétente pour connaître de certaines demandes en dommages concurrentiels. Il est donc nécessaire de présenter les différentes hypothèses de compétence du juge administratif en matière de *private enforcement* (I.), avant de s'interroger sur l'existence de règles procédurales propres au contentieux administratif des dommages concurrentiels et, en particulier, à l'évaluation du dommage (II.)

**I. Les hypothèses de *private enforcement* formées devant le juge administratif**

# I. Les hypothèses de *private enforcement* formées devant le juge administratif

En substance, il est possible de distinguer trois hypothèses dans lesquelles le juge administratif sera compétent pour connaître de demandes en réparation de dommages concurrentiels :

- A. Lorsqu'une personne publique est **victime** d'une pratique anticoncurrentielle commise par des entreprises candidates à l'attribution d'un contrat public
- B. Lorsqu'une personne publique agissant en qualité d'entreprise est **l'auteur** d'une pratique anticoncurrentielle (dans certains cas seulement dans cette hypothèse)
- C. Lorsqu'une personne publique agissant comme **autorité délégante** (et donc sans être l'auteur d'une pratique d'entreprise) a permis la commission d'une infraction au droit de la concurrence par son délégataire

**A. Première hypothèse : personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles commises lors de la procédure de passation de contrats publics**

- Cette première hypothèse dans laquelle la personne publique subit un dommage concurrentiel se rencontre principalement lorsque cette dernière intervient en qualité **d'acheteur public** (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 une telle hypothèse et même si la sanction des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les entreprises candidates relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence, il existe **un bloc de compétences** reconnu au juge administratif pour réparer le préjudice concurrentiel subi par les personnes publiques

## A. *Première hypothèse* : personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles commises lors de la procédure de passation de contrats publics

- Ce bloc de compétences a été reconnu par les trois juridictions suprêmes :
  - Selon le **Tribunal des conflits** « *les litiges opposant une personne morale de droit public à une entreprise ayant répondu à un appel d'offres préalable à la passation d'un marché public, nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation de ce marché public, relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives* » (TC, 23 mai 2005, *Département de la Savoie*, n° C3450)
  - Solution reprise par le **Conseil d'Etat** dans un litige impliquant la SNCF à ses prestataires (CE, 19 déc. 2007, *Sté Campenon-Bernard*, n° 268918 ; Voir également CE, 19 mars 2008, *Sté Dumez*, n° 269134) laquelle avait obtenu préalablement, devant le Conseil de la concurrence, leur condamnation pour entente (Cons. Conc., 29 nov. 1995, n° 95-D-76)
  - Confirmation par la **Cour de cassation** dans un litige impliquant, à nouveau, la SNCF pour des pratiques préalablement sanctionnées par le Conseil de la concurrence (21 mars 2006, n° 06-D-07), « *les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juin 2014, n° 13-19408)

**B. Deuxième hypothèse : sous certaines conditions seulement, lorsqu'une personne publique agissant en qualité d'entreprise est l'auteur de pratiques anticoncurrentielles**

- Dans cette 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**. A la différence de la précédente hypothèse, la personne publique *est ici l'auteur* de la pratique anticoncurrentielle, *et non la victime*.
- Rappelons qu'il est acquis que les personnes publiques peuvent, indépendamment de leurs missions de service public, prendre en charge une activité économique, à condition de respecter tant « *la liberté du commerce et de l'industrie que [le] droit de la concurrence* » (CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531)
- En outre, il faut bien distinguer entre :
  - les actions de *public enforcement* visant à sanctionner qui, aux termes des dispositions du code de commerce, relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence et, par dérogation aux règles habituelles de répartition des compétences entre les deux ordres, de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation ; et
  - les actions de *private enforcement* visant à réparer le dommage concurrentiel de la victime pour lequel il n'a pas été dérogé aux règles traditionnelles de répartition des compétences

**B. Deuxième hypothèse : Sous certaines conditions seulement, lorsqu'une personne publique agissant en qualité d'entreprise est l'auteur de pratiques anticoncurrentielles**

- En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation, « *s'il résulte des dispositions combinées des articles L.410-1, L.464-7 et L.464-8 du code de commerce que, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être l'objet de décisions de l'Autorité de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, ce transfert de compétence se limite au seul contentieux ainsi visé, relatif aux décisions rendues par cette Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles* » (8 avril 2014, n° 13-11.765)
- Par conséquent, on peut mentionner au moins trois exemples d'actions de *private enforcement* relevant de la compétence du juge administratif lorsqu'une personne publique est **auteur** d'une pratique anticoncurrentielle
  - L'exemple le plus connu est l'abus de position dominante d'EDF (alors constitué sous la forme d'un EPIC) consistant à avoir dissuader, par différentes manœuvres, les producteurs autonomes d'électricité de conclure des contrats d'obligation d'achat qui sont des contrats administratifs. Les pratiques d'EDF avaient, d'abord, été sanctionnées par le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce (10 déc. 1996, n° 96-D-80), la Cour de cassation ayant, par la suite, jugé que les actions indemnitaires fondées sur « *le refus de conclure de tels contrats relevait de la même compétence juridictionnelle que leur conclusion ou leur exécution* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 sept. 2004, n° 02-18.335 ; AJDA 2005, p. 1348, note P.-A. Jeanneney et L. Ayache)

**B. Deuxième hypothèse : Sous certaines conditions seulement, lorsqu'une personne publique agissant en qualité d'entreprise est l'auteur de pratiques anticoncurrentielles**

- Les actions visant à la réparation des pratiques du Musée Guimet et de la Manufacture de Sèvres (relevant tous les deux du statut d'établissement public administratif) qui, « *en mettant une partie de leurs moyens au service d'un projet commercial privé, initié par une galerie concurrente* » sont suspectés « *d'avoir faussé le jeu de la concurrence* », relèvent de la compétence du juge administratif. En effet, selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, aux termes de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, « *le juge administratif est, hors les matières réservées par nature ou par la loi au juge judiciaire, seul compétent pour statuer sur la responsabilité d'une personne publique lorsque le dommage qui lui est imputé résulte d'une activité de service public à caractère administratif* » (Cass. Com., 8 avril 2014, FS-P+B, n° 13-11.765)
- Relèvent aussi du juge administratif, en tant que juge du contrat, les actions visant à la réparation des abus de position dominante commis par une personne publique à l'égard d'une entreprise avec laquelle elle est liée par un marché public (cette jurisprudence étant transposable aux autres contrats publics) (TC, 4 mai 2009, *Gisserot*, n° C3714)

C. **Troisième hypothèse : personne publique qui, sans être l'auteur d'une pratique d'entreprise, méconnaît les dispositions du droit de la concurrence**

- Sans qu'une personne publique ait la qualité de « victime » ou « d'auteur » d'une pratique anticoncurrentielle, il existe une troisième hypothèse d'action de *private enforcement* relevant de la compétence du juge administratif.
- C'est le cas des personnes publiques agissant en qualité **d'autorité délégante 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 délégantes de contrôler l'exécution et le fonctionnement des services publics qu'ils ont délégués à un tiers (CE, sect., 7 nov. 1958, *Sté Electricité et eaux de Madagascar* : Rec. CE 1958, p. 530).
- Cette hypothèse est, par nature, spécifique au secteur public et ne se retrouve pas en droit privé.

### C. *Troisième hypothèse : personne publique qui, sans être l'auteur d'une pratique d'entreprise, méconnaît les dispositions du droit de la concurrence*

- Le Conseil d'Etat a ainsi reconnu la responsabilité de la Communauté d'agglomération de Laval (CAL) en raison de l'entente anticoncurrentielle organisée par les entreprises actionnaires de son délégataire de service public et visant à fausser le libre jeu de la concurrence en retenant que, la CAL « *avait favorisé, par son comportement, le développement et la persistance de ces pratiques* » anticoncurrentielles (17 mars 2010, *Communauté d'agglomérations de Laval*, n° 305860 ; V. L. Ayache, *Dommages concurrentiels*, CCC n° 7, Juillet 2012, chron. 2). Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence avait préalablement sanctionné les entreprises actionnaires pour entente illicite sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce (Cons. conc., 3 août 2004, n° 04-D-39).
- Dans une précédente affaire, la CAA de Paris avait déjà reconnu, qu'en ne s'assurant pas que l'exploitation par son délégataire du service public de transport maritime n'excédait pas les limites de la concession, la Province des Iles Loyauté (Nouvelle-Calédonie) a permis l'exploitation d'un service de transport maritime dans des conditions de concurrence déloyale et « *a commis une faute de nature à engager sa responsabilité* » (15 déc. 2008, *Sté Transiles*, n° 05PA01979).

## **II. Les spécificités (?) du contentieux administratif des dommages concurrentiels**

Les actions de private enforcement devant le juge administratif sont nécessairement soumises aux règles du contentieux administratif (V. L. Ayache, *Droit de la concurrence et secteur public – Applicabilité et compétence*, JurisClasseur Concurrence-Consommation, Fasc. 120, 2011).

## 1. Le juge compétent et ses pouvoirs

- Le juge administratif compétent sera le juge du plein contentieux (par opposition au juge de l'excès de pouvoir) ce qui lui permet :
  - d'indemniser les victimes
  - de se placer au jour où il rend sa décision pour apprécier l'étendue du dommage concurrentiel
- Avant de saisir le juge administratif, il faut obligatoirement former une réclamation préalable auprès de la personne publique lorsqu'elle est l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle et ce, sauf en matière de travaux publics (Article R. 421- 1 CJA; CE, 15 oct. 1976, *Sté Nord Travaux et banque Dupont*, Rec. CE 1976, p. 423)

➔ *Classiquement le juge administratif recherche l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre ces deux.*

## 2. La faute

- Afin de caractériser l'existence d'une faute, le juge administratif n'hésite pas à se référer aux décisions de l'Autorité de la concurrence sans pour autant y être lié

*CE, 19 mars 2008, Fougerolles-Ballot c/ SNCF, n° 270535 : « la cour a suffisamment motivé son arrêt, au regard des moyens soulevés devant elle par la société requérante, en se référant, après avoir exposé les faits, aux constatations du Conseil de la concurrence pour caractériser la faute »*

- Les juridictions administratives considèrent que les manœuvres frauduleuses sont, dès lors qu'elles ont été qualifiées d'ententes dans le cadre de la procédure du *public enforcement*, constitutives d'un dol destiné à tromper la victime sur la réalité de la concurrence

*CAA Paris, 17 avril 2007, n° 05PA04298 : les constatations opérées par le Conseil de la concurrence « suffisent à établir l'existence de manœuvres caractérisées des entreprises cocontractantes de la SNCF destinées à tromper celle-ci sur la réalité de la concurrence et sur la valeur des prix proposés [et] présentent, eu égard à leur objet et à leurs effets, tous les caractères d'un dol ayant conduit la SNCF à conclure un marché dans des conditions plus onéreuses que celles auxquelles elle aurait dû normalement souscrire »*

- Rappelons que l'article 9 de la Directive 2014/104/UE confère, désormais, un effet contraignant aux décisions des autorités nationales de concurrence à l'égard des juridictions

## 3. Le lien de causalité

- Le juge administratif applique la théorie de **la causalité adéquate**, sauf exception, selon laquelle la faute doit être la cause impulsive et déterminante du dommage (CE, 9 juin 1995, *Lesprit* ; confirmé par CE, 19 mars 2008, *Sté Dumez*, n° 269134 : « *Considérant qu'en retenant qu'il existait entre les agissements dolosifs des entreprises en cause et l'excès de prix supporté par la S.N.C.F. pour l'exécution des travaux un lien de causalité engageant la responsabilité de ces entreprises, la cour, qui a souverainement apprécié l'existence de ce lien de causalité, n'a pas commis une erreur de qualification en lui attribuant un caractère direct »)*
- Le juge administratif apprécie strictement le lien de causalité entre la faute et le préjudice, les effets anticoncurrentiels de la pratique de la personne publique devant se situer sur le même marché pertinent que l'entreprise sollicitant l'indemnisation (CAA Bordeaux, 16 septembre 2008, 05BX01904 : « *si l'intéressé soutient que l'existence de l'atelier multiservices a porté une concurrence illégale à son activité de formation, il n'établit pas, par les pièces qu'il produit, que les prestations qu'il offrait correspondaient à celles proposées dans le cadre de l'atelier multiservices informatique créé à Saint-Sever, ni qu'elles étaient destinées au même public* »)
- Rappelons que si le juge judiciaire alterne entre la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate, il tend également à appliquer la deuxième théorie (T. Com., Nanterre, 11 mai 2006, 2004F02643)

## 4. Le préjudice

- Le juge administratif vérifie que le préjudice est « *suffisamment certain et résulte directement des illégalités fautives* » (CAA Paris, 4 déc. 2003, *SETIL*, n° 00PA02740)
- Le Conseil d'Etat applique un principe de solidarité entre les entreprises responsables du préjudice causé par l'infraction (Pour un exemple: CE, 19 mars 2008, *Sté Dumez*, n° 269134 : la solidarité « *s'applique aux entreprises ayant participé à l'entente dolosive conclue en vue de la signature du marché* »), ce qui a été consacré par l'article 11 de la Directive 2014/104/UE
- Afin de déterminer le montant du préjudice, le juge administratif soustrait le prix effectivement payé par la victime à celui qui l'aurait été en l'absence d'infraction

Pour un exemple : TA Paris, 27 mars 2009, *SNCF*, n° 9708002/6-1 : « *Considérant qu'il ressort du rapport d'expertise que, d'une part, le montant du décompte général et définitif (DGD) du marché, hors indemnité extra-contractuelle, s'est élevé à la somme de 354 391 322, 19 francs HT et que, d'autre part, le montant de ce décompte, s'il avait été acquitté au prix objectif, se serait élevé à la somme de 330 436 582,02 francs HT; qu'il s'ensuit que le préjudice indemnisable, tenant compte de l'ensemble des travaux exécutés au titre du marché litigieux, correspond à la différence entre la première somme et la seconde* »

- Dans le cas où l'autorité délégante est tenue de réparer le préjudice concurrentiel d'une entreprise résultant des pratiques de son délégataire, le juge administratif applique la même méthode pour déterminer le montant du préjudice subi.

Pour un exemple : CE, 17 mars 2010, *Communauté d'agglomérations de Laval*, n° 305860 : « *Considérant qu'en se fondant, pour établir le montant du surcoût supporté par la Société ERNEE VIANDES du fait des pratiques anti-concurrentielles et discriminatoires dont elle a été la victime et de l'obligation qui en est résultée pour elle de recourir à des abattoirs plus coûteux, sur le nombre de porcs abattus du 8 juin 1999 au 31 octobre 2001 tel qu'il figurait dans le rapport d'expertise du 26 décembre 2001 produit par la société à l'appui de sa demande indemnitaire, soit 59 254 porcs [...], la cour n'a pas commis d'erreur de droit dans la méthode de détermination du préjudice indemnisable et n'a pas dénaturé les pièces qui lui étaient soumises* ».

- En revanche, eu égard à la faute commise par la personne publique résultant d'un défaut de contrôle, le juge administratif limite le montant de sa condamnation à hauteur de la responsabilité de la personne publique. Dans l'exemple précédent, la responsabilité de la personne publique a ainsi été établie à 1/5<sup>ème</sup> du préjudice subi.

- Il ressort des exemples jurisprudentiels existants à ce jour que le juge administratif **ne s'est jamais interrogé** sur la pratique du « *Passing-on defence* » selon laquelle la victime d'une pratique anticoncurrentielle répercute les surcoûts induits par cette pratique sur les prix pratiqués auprès de ses clients. Or, l'article 14 de la Directive 2014/104/UE impose aux Etats membres de veiller à ce que la réparation accordée prenne en compte cette pratique. 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, par le biais d'une subvention publique (financée par l'impôt).
- Le juge administratif a régulièrement recours à un expert afin, notamment, d'arrêter le montant des dommages et intérêts (Article R. 621-1 CJA), Pour un exemple : CAA Paris, 22 avril 2004, *Sté Campenon-Bernard*, n° 99PA01016 : « *La mission d'expertise [...] consiste à évaluer le surcoût entre le prix payé par la SNCF et le prix qui aurait été payé s'il avait été déterminé par le libre jeu de la concurrence* », celui-ci s'élevant en l'espèce à 6.050.673, 37 euros.

## 5. Délai

- Lorsque la personne publique est victime d'une pratique anticoncurrentielle, le délai de prescription est de 5 ans (Article 1<sup>er</sup> loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile - Pour un exemple récent d'application : CE, 22 mai 2013, n° 356276)
- Par exception, 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 (Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968), ce qui paraît soulever une difficulté au regard de l'article 10 de la Directive 2014/104/UE qui dispose que « *Les États membres veillent à ce que les délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts soient de cinq ans au minimum.* »
- Dans tous les cas, ces délais commencent à courir à partir du moment où le demandeur a pris ou pouvait être raisonnablement considéré comme ayant connaissance de l'infraction au droit de la concurrence
- La Directive 2014/104/UE ajoute une seconde condition au point de départ du délai de prescription qui, aux termes de son article 10, ne commence « *pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé* »