



# **CONTENTIEUX INDEMNITAIRE ET REPARATION COLLECTIVE EN DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE**

**Florence Ninane,**

Avocat, Allen & Overy Paris

**Guillaume Teissonnière,**

Avocat, Teissonnière Sardain Chevé - Paris

**Mélanie Paron,**

Avocat Teissonnière Sardain Chevé - Bruxelles

**Romain Maulin**

Avocat, Allen & Overy - Paris

Rapport français n° 2

Congrès 2016 de la Fédération internationale de droit européen

## Sommaire

---

I. Questions générales sur le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence : .....	2
II. Questions sur la responsabilité civile : Parties, quantification, moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts, causalité, faute, responsabilité solidaire.....	8
III. Questions relatives aux recours collectifs.....	15
IV. Questions générales sur les relations et la coopération entre juridictions et autorités de concurrence et l'effet contraignant .....	21
V. Questions relatives à la divulgation et la confidentialité .....	23
VI. Question spécifique relative à l'impact de l'élément transfrontalier.....	28
VII. Questions relatives aux MARD/Modes alternatifs de résolution des différends/Règlement amiable des litiges .....	29
VIII. Questions relatives aux perspectives législatives .....	30

I. **Questions générales sur le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence :**

Q1 : Les arrêts de la CJUE dans les affaires « *Courage* » (C-453/99) et « *Manfredi* » (C-295/04) ont-ils eu un impact sur le contentieux indemnitaire en droit européen de la concurrence (article 101 et 102 TFUE) dans le système juridique de votre pays ? Si c'est le cas, merci de préciser quels ont été leurs effets ? Les principes d'équivalence et d'effectivité ont-ils eu une influence sur ces effets ? Sur quel droit peut-on fonder une action judiciaire dans votre pays : Le droit européen ou le droit national – droit des contrats et/ou de la responsabilité, ou droit de l'enrichissement sans cause ?

Les arrêts de la CJUE dans les affaires « *Courage* » et « *Manfredi* » ont eu pour effet de consacrer le droit (jusqu'à là largement théorique) pour les victimes d'infractions au droit européen de la concurrence, de demander réparation du préjudice subi devant les juridictions nationales, et de favoriser ce type d'actions.<sup>1</sup>

Afin de donner plein effet aux principes d'équivalence et d'effectivité, le législateur français a en outre consacré le principe de *spécialisation judiciaire* en matière de concurrence,<sup>2</sup> et réformé, plus récemment, les délais de prescription applicables aux actions indemnitaires de suivi en droit de la concurrence.<sup>3</sup> Les juridictions françaises ont quant à elles largement admis les moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts (« *passing-on defense* »).<sup>4</sup>

En France, une action *judiciaire* en droit de la concurrence sera généralement fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle,<sup>5</sup> et plus rarement sur le droit de la responsabilité contractuelle.<sup>6</sup> Cela vaut pour une action judiciaire résultant tant d'une violation du droit national que d'une violation du droit européen de la concurrence.

Q2 : Pour quels *types de demandes* les actions indemnitaires en droit de la concurrence sont-elles ouvertes et utilisées en pratique dans votre pays ? Quels types d'instruments/de recours (tels que les actions en nullité contractuelle, en injonction de cessation, en dommages et intérêts, en confiscation des bénéfices) peuvent être exercés dans le contentieux de l'indemnisation, et qui peut les mettre en œuvre ?

---

<sup>1</sup> Cfr. ci-après les actions indemnitaires engagées suite à la condamnation par la Commission européenne en 2000 du cartel de la Lysine.

<sup>2</sup> Décret du 30 septembre 2005 - Cfr. réponse à la [Question 8](#) ci-après.

<sup>3</sup> Article L.462-7 du code de commerce – Cfr. réponse à la [Question 7](#) ci-après.

<sup>4</sup> Cfr. réponse à la [Question 18](#) ci-après.

<sup>5</sup> Articles 1382, 1383 et éventuellement 1384 du code civil.

<sup>6</sup> Article 1134 et suivants du code civil.

Les actions indemnitaires sont ouvertes pour toute violation du droit de la concurrence (entente, abus de position dominante, pratiques restrictives de concurrence, etc).

En vertu de l'article 31 du code de procédure civile, ces actions peuvent être exercées par toute personne pouvant justifier d'un *intérêt légitime à agir*. Autrement dit, il peut s'agir des concurrents, des acheteurs, directs ou indirects, ou des cocontractants de l'entreprise ayant commis une pratique anticoncurrentielle. Ils peuvent exercer une action en *nullité* au titre de l'article L.420-3 du code de commerce ou de l'article 1304 du code civil ou une action en *dommages et intérêts* au titre de l'article 1382 et suivant du code civil. Une action en *cessation* peut encore être introduite via les procédures en urgence de référé prévus aux articles 809 et 873 du Code de procédure civile et fondées sur les notions de « trouble manifestement illicite » ou de « dommage imminent ». Dans le cadre de ces procédures de référés, des provisions sur dommages-intérêts peuvent le cas échéant être ordonnées par le juge lorsque la créance qui fonde ces dommages n'est pas sérieusement contestable.

Q3: Avec quelle fréquence sont employées, si elles sont ouvertes, les actions suivantes : (a) actions en nullité contractuelle fondées sur une infraction au droit de la concurrence ; (b) recours en injonction de cessation en droit de la concurrence ; (c) actions en dommages et intérêts ; (d) actions en confiscation de bénéfice ? Ces procédures se heurtent-elles à des difficultés dans votre pays ? Si c'est le cas, comment ces difficultés pourraient-elles être surmontées ? Pensez-vous que les actions de type (a) (b) et (c) relatives aux infractions aux articles 101 et 102 du TFUE se heurtent à des difficultés au regard des principes d'équivalence et d'effectivité ?

Bien que les actions en dommages et intérêts soient en plein essor, les actions en nullité contractuelle fondées sur une infraction au droit de la concurrence restent les plus fréquentes.

Dans les actions en dommages et intérêts, la principale difficulté demeure la preuve du dommage et du lien de causalité (voir même de la faute dans les actions autonomes) en raison des analyses économiques et factuelles complexes (et par nature hypothétiques) inhérentes aux infractions au droit de la concurrence. Il conviendra d'assouplir encore davantage les règles en matière de preuve en faveur du demandeur pour ce type d'actions si l'on veut surmonter ces difficultés.<sup>7</sup>

Q4: Les *actions autonomes* sont-elles juridiquement possibles et utilisées en pratique dans votre pays ? Y a-t-il eu des *actions de suivi* fondées sur les décisions de la Commission européenne ou de l'autorité nationale de la concurrence reconnaissant l'existence d'une infraction ? Si c'est le cas, donnez-nous une brève présentation de ces affaires.

---

<sup>7</sup> Cfr. réponses aux [Questions 14, 18 et 23](#) ci-après.

Les actions autonomes sont juridiquement possibles et utilisées en France. On peut citer à titre d'exemples :

- L'affaire *Bottin Cartographes*<sup>8</sup> dans laquelle une société proposant un service payant de cartographie numérisée a obtenu la condamnation de la société Google pour abus de position dominante en raison de son service gratuit de cartographie Google maps, et 500 000 euros de dommages et intérêts en réparation de son préjudice ;
- L'affaire *Chadep*<sup>9</sup> dans laquelle une agence de voyage en ligne se plaignant de discriminations tarifaires de la part de deux compagnies aériennes a obtenu la condamnation de celles-ci pour entente et 20 000 euros de dommages et intérêts pour sa perte de clientèle ;
- L'affaire *SPPS*<sup>10</sup> dans laquelle un exploitant de kiosque à journaux désirant ouvrir un nouveau point de vente a obtenu la condamnation de la Société Presse Paris Services, bénéficiant d'un monopole de fait sur le marché parisien de l'approvisionnement, pour abus de position dominante et obtenu 25 000 euros de dommages et intérêts pour la perte de chance d'obtenir des gains du fait de l'exploitation du point de vente.

Il y a également eu des actions de suivi fondées sur les décisions de la Commission européenne telles que l'affaire *Doux*<sup>11</sup> dans laquelle les sociétés Doux ont obtenu 1,66 millions de dommages et intérêts suite à une décision de la Commission européenne<sup>12</sup> sanctionnant la société Ajinomoto Eurolysine pour participation à une entente dans le secteur de la lysine,<sup>13</sup> ou sur les décisions de l'Autorité de la concurrence telles que l'affaire *Orange Caraïbe*<sup>14</sup> dans laquelle Outremer Telecom a obtenu 8 millions d'euros de dommages et intérêts pour la perte de chance subie du fait l'indisponibilité du capital, suite à une décision de l'Autorité de la concurrence<sup>15</sup> sanctionnant Orange Caraïbe et Orange pour pratiques anticoncurrentielles

---

<sup>8</sup> T.Com. Paris, 31 janvier 2012, SAS Bottin Cartographes c/ SARL Google France et Google Inc., n°2009061231.

<sup>9</sup> CA Paris, ch. 5-4, 14 décembre 2011, SARL CHADEP c/ British Airways PLC et Compagnie Emirates, R.G.N°09/20639.

<sup>10</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. 5, 27 avril 2011, M.B. Merhi c/SNC Société Presse Paris Services, JurisData n°2011-007393.

<sup>11</sup> CA Paris, 5-5<sup>e</sup> Ch., 27 février 2014, SNC Doux Aliments Bretagne c/ Société Ajinomoto Eurolysine, n°10/18285.

<sup>12</sup> Décision de la Commission européenne du 7 juin 2000.

<sup>13</sup> On peut encore citer à titre d'exemple d'actions de suivi fondées sur les décisions de la Commission européenne l'affaire *JCB* relative à une entente dans le secteur de la fabrication d'équipements de manutention destinés aux secteurs de la construction, l'agriculture et de l'industrie (CA. Paris, ch.5-4, 26 juin 2013, Société JCB Sales Ltd c/ SA ; Central Parts, R.G., n°12/0441).

<sup>14</sup> T.com. Paris, 15<sup>e</sup> ch., 16 mars 2015, SAS Outremer Telecom c/ SA Orange Caraïbe et SA Orange, R.G. n°2010073867.

<sup>15</sup> Décision de l'Autorité de la concurrence n°09-D-36 du 9 décembre 2009.

commises sur les marchés de la téléphonie mobile et fixe dans la zone Antilles-Guyanne.<sup>16</sup>

Q5 : Est-il possible que le *montant des frais de procédures et/ou des honoraires* dans votre pays empêche des demandeurs potentiels d'intenter des actions en indemnisation pourtant fondées en matière de droit de la concurrence ? Si c'est le cas, quelles mesures pourraient permettre d'atténuer ce problème ? Existe-t-il des moyens de déroger aux règles générales en matière de frais de justice et/ou d'honoraires ?

Malgré le « principe du perdant payeur » garanti à l'article 696 du code de procédure civile pour les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution et la possibilité pour le juge, tenant compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée, de condamner cette dernière aux frais exposés et non compris dans les dépens au titre de l'article 700 du code de procédure civile, il est fort possible que le montant des frais de procédures et/ou honoraires en France empêche des demandeurs potentiels, notamment de simples particuliers ou de petites entreprises, d'intenter des actions en indemnisation pourtant fondées en matière de droit de la concurrence. L'action de groupe, et notamment les règles prévues à aux articles R.423-17, alinéa 2 et L.423-8 du code de la consommation,<sup>17</sup> devraient néanmoins permettre d'atténuer ce problème pour les consommateurs.

Q6 : Les *financements* pour intenter une action en indemnisation sont-ils raisonnablement accessibles dans votre pays ? Quels sont les moyens de financement les plus courants ? Le financement par des tiers et/ou les honoraires de résultat jouent-ils un rôle important ? Existe-t-il une réglementation/des restrictions concernant ce type de financement dans votre pays ? Des règles spécifiques sont-elles applicables aux actions collectives de ce point de vue ?

En France, les honoraires exclusivement fondés sur les résultats (pacte de quota litis) sont interdits par les règles déontologiques applicables en droit français.<sup>18</sup> L'avocat pourra toutefois fixer un montant d'honoraire limité accompagné d'un honoraire de résultat et payer les frais d'introduction de la procédure. Ces mécanismes de financement du procès reposent sur la signature de conventions d'honoraires fixant la part fixe et la part fondée sur le résultat des honoraires de l'avocat.

---

<sup>16</sup> On peut encore citer à titre d'exemple d'action de suivi fondée sur une décision de l'autorité de la concurrence les affaires UGAP c/ Camif (CA Paris, 22 octobre 2001), SARL Exploitation des marbreries LesCarcelle c/ Société OGF (CA Paris, 23 juin 2004) ou plus récemment SARL DKT International c/ SA Eco-Emballages et Valorplast, fondée pour sa part sur une décision d'engagement (T.Com.Paris, 15<sup>e</sup> ch., 30 mars 2015, R.G. n°J2012000109)

<sup>17</sup> Cfr. réponse à la [Question 31](#) ci-après.

<sup>18</sup> Cfr. réponse à la [Question 35](#) ci-après.

Le financement de procès par le mécanisme de contrats d'assurance juridique est également répandu en France, mais les limites de couverture de ce type de contrats n'en font pas un instrument adapté aux litiges de droit de la concurrence. Le financement de procès par des tiers constitue par ailleurs une pratique qui commence à apparaître en France et qui est menée par des sociétés ou des fonds spécialisés dans le financement de procès. Ce type de financement reste peu répandu et plutôt réservé aux litiges d'arbitrage international ayant lieu à Paris. La qualification juridique de ces opérations peut par ailleurs se révéler problématique en l'état actuel du droit français (risque de possible atteinte au monopole bancaire). Un rapport sur le financement de procès par des tiers paru en Juin 2014 préconise une intervention du législateur afin d'exclure de manière expresse du préimètre du monopole bancaire les sociétés de financement de procès<sup>19</sup>. Les règles spécifiques applicables aux actions collectives sont détaillées ci-après sous la Question 31.

Q7 : Dans votre pays, les victimes, en particulier les consommateurs et les petites et moyennes entreprises (PME) bénéficient-elles de moyens adéquats pour obtenir des *informations pratiques* concernant les infractions au droit de la concurrence et les possibilités d'intenter une action judiciaire, notamment une demande en dommages et intérêts ? Sinon, comment cette situation pourrait-elle être améliorée ? Les délais de prescription pour intenter une demande en dommages et intérêts tiennent-ils compte de la date à laquelle la victime a eu connaissance de l'infraction ou du fait que cette infraction lui a causé un préjudice, ou de l'identité de l'auteur de l'infraction ? L'article 10 (2) de la Directive 2014/104/UE va-t-il affecter la pratique actuelle ? Si c'est le cas, de quelle manière ?

En matière de droit de la concurrence, des informations pratiques d'ordre général sont disponibles sur les sites Internet officiels de l'Autorité de la concurrence et du Ministère de l'économie (via en particulier les pages des services de la DGCCRF chargées du contrôle du respect des règles du droit de la concurrence). Toutefois, aucune information officielle, dédiée et ciblée n'est disponible en France sur les possibilités d'intenter une action judiciaire et d'obtenir des dommages-intérêts en cas d'atteinte aux règles du droit de la concurrence. Les délais de prescription pour intenter une demande en dommages et intérêts tiennent compte, dans une action autonome, de la date à laquelle la victime a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en réparation.<sup>20</sup> Dans une action de suivi, depuis la loi Hamon de 2014, les délais de prescription tiennent compte du jour de la décision de condamnation.<sup>21</sup> L'article 10(2) de la Directive 2014/104/UE devrait encore étendre ces délais de prescription, à tout le moins dans les actions autonomes, dès lors qu'il

---

<sup>19</sup> Rapport du Club des juristes – Financement de procès par des tiers, Juin 2014

<sup>20</sup> Article 2224 et suivants du code civil.

<sup>21</sup> Article L.462-7 du code de commerce.

prévoit que les délais de prescription ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé.

Q8 : *Quels sont les juridictions* compétentes pour juger le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence dans votre pays ? S'agit-il de juridictions ayant une compétence générale, ou existe-t-il une spécialisation ou une compétence exclusive pour juger ce type d'affaires ? Le système choisi par votre pays (spécialisation/non spécialisation) est-il considéré comme satisfaisant pour le contentieux indemnitaire ? Le cas échéant, quels sont les aspects du système qui devraient être modifiés pour permettre une meilleure administration de la justice dans ce domaine ? Les tribunaux sont-ils pourvus de *pouvoirs de gestion de dossier* suffisant pour les actions générales ou collectives ? Si c'est le cas, de quelle manière les juges emploient-ils ces pouvoirs, et dans quelle mesure la gestion de dossier contribue-t-elle à un traitement effectif et efficace des affaires ?

Les juridictions compétentes en France pour juger le contentieux indemnitaire *en droit de la concurrence* sont les juridictions civiles<sup>22</sup> ou commerciales<sup>23</sup> désignées par le décret du 30 décembre 2005 conformément à l'article L.420-7 du code de commerce qui consacre le principe de la *spécialisation* judiciaire en matière de concurrence. Il s'agit de juridictions spécialisées ayant une compétence *exclusive*<sup>24</sup> d'ordre public pour juger de ce type d'affaires en droit de la concurrence. Ce système est satisfaisant lorsqu'il s'agit d'actions « simples ».<sup>25</sup> Lorsqu'il s'agit d'actions « complexes », les règles de compétence, s'agissant notamment du partage de compétence entre les juridictions spécialisées et générales, mériteraient d'être précisées. La spécialisation de huit tribunaux en France a précisément pour objet de renforcer la compétence et l'efficacité de traitement de ces contentieux complexes. L'usage obligatoire de procédures dématérialisées dans la communication des écritures entre les tribunaux et les parties permet aux tribunaux de gérer administrativement ces dossiers. Cependant, les moyens de gestion dont disposent les tribunaux français n'apparaissent pas suffisants à ce jour pour gérer les actions collectives, d'introduction récente dans le droit procédural français.

Q9 : Pensez-vous que les *juges* dans votre pays sont suffisamment équipés et formés pour traiter ce type de procédure ? Sinon, quelles sont les mesures qui pourraient améliorer la situation ?

---

<sup>22</sup> Huit tribunaux de grande instance pour connaître des contestations qui n'impliquent pas exclusivement des commerçants ou des artisans

<sup>23</sup> Huit tribunaux de commerce pour connaître des contestations entre commerçants et/ou artisans

<sup>24</sup> Cass.Com., 9 novembre 2010, n°10-10.937.

<sup>25</sup> Par actions « simples », il faut ici entendre les actions uniquement fondées sur le droit de la concurrence.

La spécialisation des juridictions en droit de la concurrence traduit la volonté du législateur français de doter certaines juridictions des moyens de traiter ce type de procédures. Cependant, la formation des juges français aux contentieux indemnitaires du droit de la concurrence et la dotation des juridictions sélectionnées en moyens efficaces pour traiter ce type de litiges apparaît très largement insuffisante.

Q10 : La *durée moyenne* des procédures judiciaires concernant le contentieux indemnitaire est-elle raisonnable dans votre pays ? Sinon, quelles sont les principales causes de retard, et comment celles-ci pourraient-elles surmontées ? De quelle manière le principe de diligence dans le traitement des demandes d'ordonnance d'injonction (principe 19 de la Recommandation 2013/396/UE sur les recours collectifs) exerce-t-il une influence sur la pratique et le droit actuels ?

Les contentieux indemnitaires de droit de la concurrence sont peu répandus en France si bien qu'il demeure délicat de mettre en évidence une durée moyenne réellement représentative. A ce jour, la durée de traitement de ce type de contentieux par les juridictions demeure raisonnable et s'inscrit plus globalement dans la lignée des délais de traitement des contentieux indemnitaires en matière commerciale. La principale difficulté de ce type de contentieux en France à ce jour réside dans le fait que le contentieux indemnitaire est dans la majorité des cas intenté une fois que la procédure devant l'autorité de la concurrence et l'ensemble des voies de recours intentées dans le cadre de cette procédure sont achevés. Cette situation aboutit au fait que l'indemnisation du préjudice de faits anticoncurrentiels intervient plusieurs années après la survenance et la constatation de ces faits, ce qui la rend par ailleurs beaucoup plus difficile (notamment sur le terrain de la preuve). Si la durée moyenne des procédures judiciaires indemnitaires apparaît raisonnable en tant que telle en France, la chaîne de traitement du contentieux indemnitaire intervient en revanche dans des délais déraisonnables pour les particuliers et entreprises victimes de ce type d'infractions.

## II. **Questions sur la responsabilité civile : Parties, quantification, moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts, causalité, faute, responsabilité solidaire**

Q11 : Les *personnes physiques ou morales*, notamment les acheteurs indirects et les co-auteurs, ayant subi un *préjudice* causé par une infraction au droit de la concurrence, peuvent-elle demander et obtenir *la réparation intégrale* de ce préjudice dans votre système juridique ? L'article 3 paragraphe 1 et l'article 12 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE nécessitent-ils des modifications de fond ?

Les personnes physiques (recours individuel ou collectif) ou morales (recours individuel uniquement) ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence peuvent demander et obtenir la réparation intégrale de ce préjudice dans le système

juridique français. L'article 3 paragraphe 1 et l'article 12 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE ne nécessitent pas particulièrement de modifications de fond.

Q12 : Qui est considéré comme *auteur d'une infraction* en droit de la concurrence et tenu des dommages et intérêts dans votre système juridique national ? Une société mère peut-elle être tenue responsable des infractions au droit de la concurrence commises par une filiale ?

Une société mère peut être tenue responsable des infractions au droit de la concurrence commises par sa filiale lorsque cette dernière n'agit pas de manière autonome sur le marché (notamment en raison du contrôle capitalistique que la société mère exerce sur elle). Les conséquences *civiles* de l'imputation d'une pratique anticoncurrentielle à une société mère en raison de son influence sur sa filiale ne sont toutefois pas clairement définies en l'état du droit positif français. Cette hésitation tient au fait que, si en droit de la concurrence, une société mère et sa filiale peuvent être considérées comme une même entité économique, sur le terrain de la responsabilité civile, la société mère et sa filiale constituent deux personnes juridiques distinctes qui ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée qu'à condition d'avoir *matériellement* commis la pratique anticoncurrentielle constitutive de la faute. Toutefois, bien que cette solution ne soit pas encore clairement consacrée dans le droit positif français, dans un souci de cohérence, une société mère responsable d'une pratique anticoncurrentielle commise par sa filiale selon les règles du droit de la concurrence devrait également pouvoir être tenue responsable *in solidum* de sa filiale au plan civil dans le cadre d'une action en réparation.

Q13 : Comment le « *préjudice* » est-il généralement défini en droit civil dans votre pays ? Y a-t-il des différences dans la définition du « *préjudice* » dans les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence ? Quels types de préjudices/intérêts (notamment *damnum emergens*, *lucrum cessans*) peuvent donner lieu à réparation en cas de réussite de l'action ? Quelle forme de réparation peut être accordée pour les préjudices liés à *l'écoulement du temps* depuis la survenance du dommage initial ? Est-il possible de prononcer des dommages et intérêts *ayant un caractère de sanction* ? Si c'est le cas, est-ce que le principe « *non bis in idem* » s'applique-t-il si l'autorité de concurrence a déjà prononcé une amende à l'encontre de l'auteur de l'infraction ? L'article 3 paragraphes 2 et 3 de la Directive 2014/104/UE aura-t-il un impact sur la pratique actuelle ?

En droit civil français, le « *préjudice* » est largement défini. Il peut s'agir d'un préjudice matériel et/ou moral pour autant que celui-ci soit *légitime, direct et certain*. La même règle s'applique dans les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence. Toutefois, ces critères dégagés par la jurisprudence ont été considérablement assouplis au fil du temps.

Trois types de préjudices patrimoniaux peuvent donner lieu à réparation en cas de réussite de l'action en dommages et intérêts en droit de la concurrence :

- Le *damnum emergens* (ou perte réelle) ;

- Le *lucrum cessans* (ou manque à gagner certain) ;
- La perte de chance ;

Une réparation sous forme d'*intérêts* est accordée pour les préjudices liés à l'écoulement du temps depuis la survenance du dommage initial.

Il n'est pas possible de prononcer des dommages et intérêts ayant un caractère punitif. En France, le principe est celui de la *réparation intégrale* du préjudice : on répare « *tout le préjudice, rien que le préjudice* » sans enrichir la victime. Le droit français est en cela conforme à l'article 3, paragraphes 2 et 3 de la Directive 2014/104/UE.

Q14 : Quel est le *niveau de preuve* normalement exigé du demandeur concernant le préjudice ? Ce niveau est-il différent pour les actions en réparation en droit de la concurrence ?

Le demandeur doit en principe prouver l'existence d'un préjudice *légitime, certain et direct*.

En l'état, le droit français ne prévoit pas un niveau différent de preuve pour les actions en réparation en droit de la concurrence, ce qui rend ce contentieux particulièrement complexe et difficile pour les victimes de pratiques anti-concurrentielles.

En particulier, l'application stricte du caractère « certain » du préjudice aux pratiques anti-concurrentielles constitue aujourd'hui en droit français un obstacle à la réparation efficace du préjudice subi.

Q15 : Quelles sont les méthodes établies et les plus utilisées pour *quantifier les préjudices* dans votre pays, d'une manière générale et dans les actions en réparation en droit de la concurrence en particulier (par exemple méthodes des comparateurs avec analyse de régression, méthodes de simulation, méthodes des coûts, méthodes des financements) ? Le guide pratique de la Commission européenne pour quantifier le préjudice dans les actions en dommages et intérêts en matière de droit de la concurrence (SWD(2013) 205) est-il consulté et constitue-t-il une aide en pratique ? Est-il tenu compte du principe de la proportionnalité des coûts des méthodes appliquées au calcul du préjudice invoqué ?

Les méthodes pour quantifier les préjudices varient selon le type de préjudices qu'il s'agit de réparer. La méthode des comparateurs pourra par exemple être utilisée pour la quantification du *damnum emergens*. Pour les actions en réparation en droit de la concurrence, il faudra cependant le plus souvent recourir à des experts chargés d'établir un scénario contrefactuel à partir de méthodes de simulation, des financements, etc. A cet égard, le guide pratique de la Commission européenne pour quantifier le préjudice dans les actions en dommages et intérêts constitue une aide utile.

Q16 : Pourriez-vous nous indiquer si, et dans quelle mesure, les juridictions de votre pays peuvent *estimer* (par opposition à l'obligation de calculer précisément) le préjudice subi dans les affaires de responsabilité ?

Les juridictions françaises peuvent estimer le préjudice subi dans les affaires de responsabilité lorsqu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi (ce qui est typiquement le cas dans les affaires de concurrence). Cette estimation est effectuée sur la base du principe « de l'appréciation souveraine » et manque de rigueur et de prévisibilité pour les justiciables.

Q17 : Dans quelle mesure les règles de l'article 17 de la Directive 2014/104/UE sur la quantification, l'estimation, et la présomption simple de préjudice dans le cadre d'une entente est susceptible de *modifier* la pratique actuelle dans votre pays et de *faire une différence* pour les parties d'une procédure en dommages et intérêts ?

Cfr. réponse à la [Question 14](#).

Q18 : Les *moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts* sont-ils admis par les juridictions nationales dans les procédures de droit de la concurrence ? Merci de citer les sources légales applicables à cette question dans votre pays. Existe-t-il une *jurisprudence pertinente* (« précédents ») dans votre pays sur la question de la répercussion des surcoûts et/ou des autres manques à gagner ? Quelles sont les règles relatives à la charge de la preuve en matière d'admissibilité d'un moyen de défense lié à la répercussion des surcoûts ? L'article 13 de la Directive 2014/104/UE affectera-t-il la situation actuelle ?

Les moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts sont admis par les juridictions françaises dans les procédures de droit de la concurrence. On peut citer à cet égard la jurisprudence de la Cour de cassation consécutive au cartel de la lysine condamné par la Commission européenne en 2000, et plus particulièrement l'arrêt *Doux* dans lequel la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris condamnant la société Ajinomoto Eurolysine à payer des dommages et intérêts aux sociétés du groupe Doux, au motif notamment que celle-ci « *a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil en ne recherchant pas si les sociétés Doux avaient en tout ou partie répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l'infraction commise, de sorte que l'allocation de dommages et intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause* ». <sup>26</sup>

Concernant la charge de la preuve, la règle est celle de l'article 1315 du Code civil en vertu duquel il appartient à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver. Autrement dit, la charge de la preuve pèse sur le *demandeur* à l'action en réparation puisque c'est à lui qu'il appartient de prouver le préjudice subi. Pour l'acheteur indirect, il s'agira de démontrer une répercussion des surcoûts, pour l'acheteur direct (comme dans l'affaire précitée) l'absence de répercussion des surcoûts.

---

<sup>26</sup> Cass. Com, 15 juin 2010, n°09-15.816 (arrêt *Doux*) ; cfr. également Cass.Com., 15 mai 2012, n°11-18495 (arrêt *Le Gouessant*).

L'article 13 de la directive 2014/104.UE affectera la situation actuelle pour ce qui est des acheteurs *directs* puisqu'il établit une présomption d'absence de répercussion des coûts en faveur de ces derniers, renversant la charge de la preuve sur le défendeur.<sup>27</sup>

Q19 : Pouvez-vous spécifier quels sont les moyens actuellement à la disposition des juridictions pour *évaluer la répercussion des surcoûts* et son taux : (a) « droit mou » – bonnes pratiques/lignes directrices concernant l'évaluation du taux de répercussion du surcoût ou (b) dispositions légales ? (c) Quel rôle jouent les experts et comment les expertises sont-elles évaluées par les juridictions ? Les experts sont-ils nommés par les juridictions ou par les parties ? Existe-t-il des standards précis concernant l'admissibilité des experts (tels que le standard « *Daubert* » utilisé aux États-Unis) ?

Dans l'affaire *Doux* précitée, la Cour d'appel de Paris statuant sur renvoi de la Cour de cassation, a évalué les préjudices subis par les sociétés du groupe Doux en arbitrant entre deux rapports d'experts *produits par les parties*. Il n'existe pas de dispositions légales pour évaluer les répercussions des surcoûts et son taux.

Q20 : Existe-t-il une réglementation concernant le préjudice des *acheteurs indirects/consommateurs* ou une jurisprudence pertinente (« précédents ») dans votre pays concernant les actions en réparation des *acheteurs indirects/consommateurs* ? Sinon, quels en sont les raisons ou les principaux facteurs ? Si c'est le cas, l'article 14 de la Directive 2014/104/UE impose-t-il une modification de la situation actuelle ?

Il n'existe pas de réglementation spécifique concernant le préjudice des acheteurs indirects/consommateurs mais la jurisprudence consécutive au cartel de la lysine, bien qu'elle concerne la demande en réparation d'acheteurs directs et non d'acheteurs indirects/consommateurs, semble déjà admettre un allègement de la preuve du préjudice au bénéfice des acheteurs indirects, tel que préconisé à l'article 14 de la Directive 2014/104/UE, en constatant qu'en l'espèce « *la répercussion des coûts est la pratique commerciale habituelle et normale* ». L'article 14 de la Directive 2014/104/UE ne devrait donc pas fondamentalement modifier la situation actuelle mais sa transposition aura pour mérite de clarifier les règles applicables à cet égard.

Q21 : Existe-t-il des *règles procédurales* visant à garantir que l'indemnisation du dommage réel à tout niveau de la chaîne de distribution n'excède pas le préjudice de surcoût subi à ce niveau, afin d'*éviter toute réparation excessive sans éliminer* la responsabilité de l'auteur de l'infraction (cf. article 12 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE) ?

Le principe de réparation intégrale et l'admission des moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts visent à garantir que l'indemnisation du dommage réel à tout niveau de la chaîne de distribution n'excède pas le préjudice du surcoût subi à ce

---

<sup>27</sup> Les affaires précitées tendaient au contraire à établir une présomption de répercussion des surcoûts à l'encontre de l'acheteur direct, partant du constat que la répercussion des coûts était, dans les cas d'espèce, la pratique commerciale habituelle et normale.

niveau, afin d'éviter toute réparation excessive. L'absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction (dans l'hypothèse notamment où une répercussion des surcoûts serait constatée et que l'acheteur indirect n'exercerait pas de son côté une action en réparation contre l'auteur de l'infraction) devrait pouvoir être évitée grâce aux différents types de préjudices réparables en droit de la concurrence : si la répercussion des surcoûts empêchera l'acheteur direct d'obtenir des dommages et intérêts au titre du dommage réel (*damnum emergens*) (sauf répercussion partielle uniquement), elle n'empêchera pas nécessairement celui-ci d'obtenir des dommages et intérêts au titre du manque à gagner (*lucrum cessans*) subi par lui à raison de cette répercussion.

Q22 : Existe-t-il des *outils* permettant aux juridictions de dûment prendre en compte les faits et informations énumérés à l'article 15 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE pour éviter que des actions en dommages et intérêts intentées par des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution ne donnent lieu à une responsabilité multiple ou à une absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction ?

Rien n'interdit aux juridictions de tenir compte des actions en dommage et intérêts portant sur la même infraction au droit de la concurrence mais intentées par les demandeurs situés à d'autres niveaux de la chaîne de distribution, ou des décisions de justice en résultant, ni des informations pertinentes relevant du domaine public qui découlent de la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère public. Toutefois, il n'existe pas à notre connaissance d'outils spécifiques à cet effet.

Q23 : Comment le « *lien de causalité* » est-il généralement défini en droit civil dans votre pays ? Les catégories normatives telles qu'imputabilité, caractère adéquat, prévisibilité objective du dommage causé par une infraction, fait d'un tiers, champ d'application des dispositions protectrices, effet distant ou vague jouent-elles un rôle ? Existe-t-il une différence dans la définition du « *lien de causalité* » dans les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence ? Prévoyez-vous des difficultés au regard du principe d'effectivité du droit de l'Union ?

En droit civil français, le lien de causalité est généralement défini par le *rapport de nécessité* entre le fait générateur (la faute) et le dommage en application de la théorie de l'équivalence des conditions, ce qui conduit les juges à rejeter des distinctions entre les différentes causes à raison de leur éloignement ou de leur lien incertain avec le dommage (*effet distant ou vague*). Dans certains cas (notamment lorsqu'il existe plusieurs conditions nécessaires du dommage), le juge préférera néanmoins appliquer la théorie plus exigeante de la *causalité adéquate* (à rapprocher du principe de *prévisibilité objective* du dommage) qui consiste à ne retenir que la cause prépondérante ou celle permettant de rendre compte de l'enchaînement causal du dommage.

Les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence, qui se caractérisent par une grande complexité économique et des causalités multiples, exigent une plus grande souplesse quant au degré de certitude attendu (« certitude » vs « certitude raisonnable »). Dans ce contexte, la théorie de l'équivalence des conditions est la plus appropriée.

Q24 : Au regard de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire « *Kone* » (C-557/12), les règles nationales du lien de causalité devront-elles être modifiées ou appliquées différemment par les juridictions de votre pays, pour garantir que les *clients « parapluie »* puissent en pratique intenter une action et obtenir une indemnisation ? Les conclusions de l'arrêt « *Kone* » pourraient-elles également affecter la manière dont les *règles du lien de causalité* sont appliquées aux actions en dommages et intérêts des clients indirects ?

La théorie de l'équivalence des conditions<sup>28</sup> ne s'oppose pas en théorie à ce que des clients « parapluie » ou des clients indirects puissent intenter une action et obtenir une indemnisation. L'arrêt « *Kone* » pourrait forcer le juge à privilégier cette théorie pour appréhender le lien de causalité et faire preuve de plus de souplesse encore.

Q25 : La loi de votre pays exige-t-elle une « *faute* » pour permettre d'obtenir une indemnisation en droit de la concurrence ? Si c'est le cas, cette faute doit-elle être démontrée par le demandeur ou existe-t-il une présomption de faute simple ou irréfragable ?

L'article 1382 du code civil français exige la démonstration d'une « *faute* » pour permettre d'obtenir une indemnisation que ce soit en général ou en droit de la concurrence. Toutefois, en droit de la concurrence, l'article L.423-17 du code de la consommation consacre désormais une *présomption irréfragable* de faute en cas d'actions de *groupe* de suivi (cfr. III ci-après). Cette présomption devrait être étendue aux actions *individuelles* de suivi par la loi de transposition de la directive 2014/104/UE, bien qu'en pratique, le juge n'ait pas attendu cette transposition pour donner gains de cause aux victimes de pratiques anticoncurrentielles à la suite de décision de condamnation des autorités de concurrence.

Q26 : En vertu du droit national de votre pays, les *co-auteurs* d'une infraction au droit européen de la concurrence sont-ils tenus solidairement responsables de l'indemnisation du préjudice causé par cette infraction ? Existe-t-il *des exceptions* à l'application de ces règles générales du droit civil (par exemple sur la question du lien de causalité, de l'étendue de la responsabilité, de la qualification de l'auteur de l'infraction en PME ou du bénéficiaire d'une immunité) ? Si c'est le cas, pourriez-vous indiquer sur quelle base légale ou jurisprudence pertinente (« précédents ») ? L'article 11 paragraphes 1 à 4 de la Directive 2014/104/UE sur la responsabilité solidaire va-t-il affecter le droit et la pratique actuels dans votre pays ?

Les règles de droit commun relatives à la responsabilité *in solidum* s'appliquent aux co-auteurs d'une infraction au droit européen de la concurrence. Le droit français est donc déjà conforme sur ce point à l'article 11, paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE.

---

<sup>28</sup> Cfr. réponse à la [Question 23](#) ci-avant.

En revanche, les paragraphes 2 et 3 qui limitent la responsabilité des PME tout comme le paragraphe 4 qui limite celle du bénéficiaire d'une immunité (programme de clémence et de non contestation des griefs en droit français) devront être expressément transposées en droit français, qui en l'état ne comporte pas d'exceptions au principe de responsabilité *in solidum*.

Q27 : Quelles sont les règles applicables au *recours* d'un co-auteur contre les autres selon le droit de votre pays ? Existe-t-il des exceptions à l'application normale de ces règles ? Si c'est le cas, pourriez-vous indiquer sur quelle base légale ou jurisprudence pertinente (« précédents ») ? L'article 11 paragraphes 5 et 6 de la Directive 2014/104/UE sur la responsabilité solidaire et, en cas de règlement amiable, les règles de l'article 19 paragraphes 2 à 4 de la Directive 2014/104/UE affecteront-ils le droit et la pratique actuels dans votre pays ?

Les règles applicables au recours d'un co-auteur contre les autres sont les règles de droit commun figurant à l'article 1214 du code civil qui prévoit que « *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement* ».

Les articles 11 paragraphes 5 et 6 de la Directive 2014/104/UE sur la responsabilité solidaire, et en cas de règlement amiable, l'article 19, paragraphes 2 à 4 de cette même directive, n'affecteront donc pas particulièrement le droit et la pratique actuels françaises.

### **III. Questions relatives aux recours collectifs**

Q28 : Au regard de la Recommandation de la Commission européenne sur les recours collectifs (2013/396/UE), dont les principes devraient être mis en œuvre dans tous les États membres avant juillet 2015, certains mécanismes de recours collectifs, notamment les recours en réparation et en injonction de cessation, sont-ils *déjà disponibles* dans votre pays ? Si c'est le cas, pouvez-vous brièvement décrire leurs traits principaux et leur champ d'application ?

La France a mis en œuvre la Recommandation de la Commission européenne sur les recours collectifs (2013/396/UE) à travers la loi *Hamon* du 17 mars 2014 (loi n°2014-344).

Celle-ci a inséré dans le code de la consommation un mécanisme de recours collectif (« action de groupe ») autorisant une *association de défense de consommateurs* à agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la *réparation* des préjudices *individuels* subis par des *consommateurs* placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles à l'occasion de la vente de biens ou de la

fourniture de services<sup>29</sup> ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles.<sup>30</sup>

Il s'agit d'une procédure en deux temps<sup>31</sup>: dans un premier temps, le juge statue sur la responsabilité du professionnel (phase de « jugement sur la responsabilité »); dans un second temps, en cas de décision favorable aux victimes et après informations aux frais des professionnels, le juge statue sur les dommages et intérêts (phase de « mise en œuvre du jugement et de liquidation des préjudices »). C'est au cours de cette seconde phase que les consommateurs expriment leur volonté de se joindre à l'action. A cet égard, l'action de groupe française est caractérisée par un système d'*opt-in* (les consommateurs doivent adhérer volontairement à l'action).

Autres caractéristiques de l'action de groupe française :

- Elle est réservée aux *associations de consommateurs* représentatives au niveau national et agréées (quinze actuellement)<sup>32</sup> autrement dit ni les consommateurs agissant seuls, ni les professionnels ne pourront engager une action de groupe ;
- Elle est limitée à la réparation des *préjudices patrimoniaux* résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ;
- S'agissant de l'action de groupe intervenant dans le domaine spécifique de la concurrence, la responsabilité du professionnel ne peut être retenue que sur le fondement d'une décision des autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours,<sup>33</sup> autrement dit l'action de groupe ne peut intervenir que dans le cadre d'une *action de suivi*.

Outre l'action de groupe introduite par la loi *Hamon*, les associations de consommateurs peuvent également exercer une action en *cessation* ou *réparation* dans l'intérêt *collectif* des consommateurs<sup>34</sup> ou une *action en représentation conjointe* pour la réparation des préjudices *individuels* des consommateurs.<sup>35</sup>

Q29 : Des *actions collectives en dommages et intérêts en droit de la concurrence* ont-elles déjà réussi dans votre pays ? Sinon, quels sont les obstacles qui devraient

---

<sup>29</sup> Art.L.423-1-1 du code de la consommation.

<sup>30</sup> Art.L.423-1-2 du code de la consommation.

<sup>31</sup> Il existe également une procédure simplifiée (Art.L.423-10) pouvant être mise en œuvre lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus (abonnés) et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant.

<sup>32</sup> le Cnafal, la CNAFC, la CSF, Familles de France, Familles Rurales; l'Adeic (famille), l'AFOC, l'Indecosa-CGT, l'ALLDC (syndicat); l'UFC-Que Choisir, la CLCV, la CGL, la CNL et la FNAUT (consommation)

<sup>33</sup> Art.L.423-17 du code de la consommation.

<sup>34</sup> Articles L.421-1 et suivants du code de la consommation.

<sup>35</sup> Articles L.422-1 et suivants du code de la consommation

être supprimés ? Pensez-vous que l'introduction d'un régime de recours collectif propre au droit de la concurrence pourrait améliorer la situation dans votre pays ?

Depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2014 de la loi Hamon, plusieurs actions de groupe en dommages et intérêts ont été introduites dans le secteur de la téléphonie, des fournisseurs d'énergie, des banques, des assurances et du logement. Toutefois, aucune action de groupe n'a encore été introduite en droit de la concurrence. Il fallait s'attendre à ce que les premières actions de groupe en droit de la concurrence soient différées compte tenu de la nécessité d'attendre une décision définitive d'une autorité de concurrence pour engager de telles actions, à laquelle s'ajoutent les dispositions transitoires de la loi *Hamon* qui prévoient que les actions de groupe ne peuvent être engagées pour obtenir réparation des manquements constatés par une décision définitive au jour de la publication de la loi (le 18 mars 2014).

Q30 : Si des mécanismes de recours collectif sont disponibles dans votre pays, comment la question de la *qualité pour agir* pour intenter une action collective est-elle clarifiée, notamment dans la différenciation entre action en représentation et action de groupe ? Ces règles sont-elles conformes aux principes 4 à 6 de la Recommandation 2013/396/UE ? Les autorités publiques ont-elles également le droit d'intenter des actions en représentation ?

Comme l'action en représentation conjointe, l'action de groupe n'est ouverte qu'aux associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées par décret en Conseil d'Etat. Toutefois, contrairement à l'action en représentation conjointe, l'association de défense de consommateurs ne doit pas recueillir le mandat d'au moins deux consommateurs pour engager l'action de groupe. Les consommateurs ne rejoignent l'action que dans un second temps.<sup>36</sup> En cela, le demandeur à l'action de groupe est en quelque sorte une « partie évolutive »:

- dans un premier temps, l'association de consommateurs agit en *substitution* des consommateurs, elle est seule partie à la procédure (à l'exclusion des consommateurs) mais le bénéfice de l'action sera ressenti dans le patrimoine de la personne pour laquelle elle s'est substituée;
- dans un second temps, l'association de consommateurs agit en simple *représentation* des consommateurs ayant adhéré au groupe, les consommateurs sont les véritables parties à la procédure.

---

<sup>36</sup> Cfr. réponse à la Question 28 ci-avant.

Ces règles relatives à la qualité pour agir pour intenter une action de groupe en France sont a priori conformes aux principes de la Recommandation 2013/396/UE et notamment au principe 6 qui invite les Etats membres à veiller à ce que les actions en représentation ne puissent être intentées que par des entités officiellement désignées au préalable conformément au point 4 *ou par des entités agréées au cas par cas par les autorités ou les juridictions nationales d'un Etat membre pour une action en représentation spécifique*. Il n'est toutefois pas certain qu'un si petit nombre d'associations face à une réforme d'une telle ampleur, aient la capacité suffisante sur le plan des ressources financières et des ressources humaines pour représenter l'ensemble des consommateurs intéressés par ce type de procédure.

Q31 : Si des mécanismes de recours collectifs sont disponibles dans votre pays, les demandeurs doivent-ils déclarer au tribunal dès le début de la procédure l'*origine des fonds* qu'ils vont employer pour financer la procédure ? Des protections sont-elles prévues concernant les méthodes de financement, telles que celles énumérées dans les principes 15, 16 et 32 de la Recommandation 2013/396/UE ?

Lorsqu'il statue sur la responsabilité, le juge peut condamner le professionnel au paiement d'une *provision* à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association.<sup>37</sup>

Au stade de la procédure de *mise en œuvre du jugement et de liquidation des préjudices*, le mandat des consommateurs emporte avance par l'association de toutes les dépenses et de tous les frais liés à la procédure.<sup>38</sup>

Si l'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, l'assistance d'une personne appartenant à une profession judiciaire réglementée,<sup>39</sup> le financement de l'action par une tierce partie n'est pas envisagé et semble a priori exclu.

En tout état de cause, toute somme reçue par l'association au titre de l'indemnisation des consommateurs lésés est immédiatement versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Ce compte ne peut faire l'objet de mouvements en débit que pour le versement des sommes dues aux intéressés.<sup>40</sup>

Q32 : Le principe selon lequel une partie condamnée ou déboutée lors d'un recours collectif doit rembourser à l'autre partie les *frais de justice* nécessaires (« *principe du perdant payeur* ») est-il garanti dans votre pays, et si c'est le cas, à quelles conditions ?

En principe, en l'absence de dispositions contraires dans le code de la consommation, le principe du perdant payeur consacré à l'article 696 du code de procédure pénale s'applique pareillement lors d'une action de groupe.

---

<sup>37</sup> Article L.423-8 du code de la consommation. Cette possibilité ne vaut que dans la procédure normale. Il n'est pas possible de condamner le professionnel à une provision dans la procédure simplifiée (pour plus de précisions sur la procédure simplifiée, cfr. réponse à la [Question 34](#) ci-après).

<sup>38</sup> Article R-423-17 du code de la consommation.

<sup>39</sup> Article L.423-9 du code de la consommation.

<sup>40</sup> Article L.423-6 du code de la consommation.

Q33 : Si des mécanismes de recours collectifs existent dans votre pays, quelles sont les règles prévues pour garantir que l'entité représentative ou le groupe de demandeurs peuvent *diffuser des informations* au sujet d'une prétendue violation des droits, ou d'une situation de préjudice de masse, et de leur intention d'intenter une action collective (recours en cessation ou en réparation) ?

L'article L.423-4 du code de la consommation prévoit que s'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe. Les mesures de publicité sont à la charge du professionnel mais, en cas de carence, peut être effectuées par l'association de consommateurs. Elles ne peuvent être mises en œuvres qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation (et ce afin d'éviter tout chantage contre le professionnel par une mauvaise publicité).

L'action de groupe diffère en ce sens de l'action en représentation conjointe dans laquelle il est interdit de recourir à des mesures de publicité pour solliciter le mandat des consommateurs.<sup>41</sup>

Q34 : Si des mécanismes de recours collectif en réparation existent dans votre pays, quelles sont les règles applicables à la *constitution en tant que partie demanderesse* ? Notamment, (a) le principe du consentement express ou un autre principe est-il applicable ? (b) existe-t-il des exceptions ? Si c'est le cas, comment se justifient-elles ? (c) Est-ce qu'un membre de la partie demanderesse peut librement quitter cette partie demanderesse à tout moment jusqu'à ce que l'affaire soit jugée, sans être privé de la possibilité de poursuivre l'action sous une autre forme ? Si c'est le cas, à quelles conditions ? Est-ce que les personnes prétendant avoir subi un préjudice dans la même situation de préjudice de masse peuvent se joindre à la partie demanderesse à tout moment jusqu'à ce que l'affaire soit jugée ? Si c'est le cas, à quelles conditions ?

Le principe du consentement express (« opt-in ») s'applique.

Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, il est possible de recourir à l'action de groupe simplifiée prévue à l'article L.423-10 du code de la consommation qui permet au juge, après avoir statuer sur la responsabilité du professionnel, de condamner ce dernier à indemniser directement et individuellement les consommateurs lésés. Toutefois, même dans ce cas, il est précisé que préalablement à son exécution par le professionnel, cette décision fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre *d'accepter* d'être indemnisés dans les termes de la décision. Il n'existe donc pas véritablement d'exception au principe de « opt-in ».

---

<sup>41</sup> Article L.422-1, alinéa 2, du code de la consommation.

Le consommateur ayant choisi de se joindre à la partie demanderesse<sup>42</sup> peut retirer son mandat à tout moment sans être privé de la possibilité de poursuivre l'action sous une autre forme. Il doit alors en informer l'association par tout moyen permettant d'en accuser réception et celle-ci en avise le professionnel sans délais.<sup>43</sup>

Les personnes prétendant avoir subi un préjudice dans la même situation de préjudice de masse peuvent se joindre à la partie demanderesse dans un délai de deux à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par le juge.<sup>44</sup> Passé ce délai, le juge statue sur les dommages et intérêts et il n'est plus possible de se joindre à la partie demanderesse.

Q35 : Existe-t-il dans votre pays des règles garantissant que la *rémunération des avocats* ne constitue pas une incitation à engager des procédures judiciaires qui ne soient *pas nécessaires* dans l'intérêt des parties ? Si les *honoraires de résultat* sont autorisés, leur réglementation nationale dans le cadre des recours collectifs correspond-elle au principe 30 de la Recommandation 2013/396/UE ?

En droit français, « toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu ».<sup>45</sup> L'interdiction relative des honoraires de résultats, ainsi que les règles déontologiques auxquelles sont tenus les avocats, garantissent en principe que la rémunération ne constitue pas une incitation à engager des procédures judiciaires qui ne soient pas *nécessaires* dans l'intérêt des parties.

Q36 : Quelles sont les protections et garanties procédurales permettant aux parties à une instance civile de se protéger contre le risque de *procédures abusives* dans les situations de préjudice de masse ? Sont-elles conformes aux protections fondamentales identifiées au considérant 15 de la Recommandation 2013/396/UE (en particulier le fait d'éviter les dommages et intérêts ayant le caractère de sanction « punitive damages », les procédures intrusives de communication de pièces préalablement au procès (« pre-trial discovery ») et les dommages et intérêts octroyés par les jurys (« jury awards ») ?

En limitant l'exercice des actions de groupe aux seules associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées, le législateur a entendu répondre au souci de ne pas trop ouvrir l'action au risque de favoriser les procédures abusives dans les situations de préjudice de masse. Le choix d'un système d'*opt-in* vise également à garantir les parties à une instance civile contre ce risque.

---

<sup>42</sup> Il convient de relever que l'adhésion au groupe n'emporte pas l'adhésion à l'association de consommateurs elle-même.

<sup>43</sup> Article R.423-17 al 3 du code de la consommation.

<sup>44</sup> Article L.423-5 du code de la consommation.

<sup>45</sup> Article 10 de la loi du 31 décembre 1971.

En France, le principe de réparation intégrale exclut l'octroi de dommages et intérêts punitifs. Il n'existe pas non plus de système de « pre-trial discovery », ni de « jury awards » en France.

Q37 : Au regard des dispositions de la Directive 2014/104/UE visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les *acheteurs indirects* (en particulier les articles 12, 14), les mécanismes de recours collectifs disponibles dans votre pays (s'ils existent) sont-ils *adéquats* pour garantir la possibilité pratique pour les acheteurs indirects, notamment les consommateurs, d'agir en dommages et intérêts ?

L'action de groupe introduite par la loi *Hamon*, combinée à la jurisprudence relative au « *passing-on defense* » nous semble adéquate, au regard des articles 12 et 14 de la Directive 2014/104/UE visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les acheteurs indirects.

La question de l'extension des actions de groupe aux PME pourrait toutefois se poser.

Par ailleurs, le traitement de la répercussion des surcoûts fait porter la charge de la preuve à l'heure actuelle en France sur le demandeur. La Directive va inverser cette règle en faisant peser la preuve sur le défendeur.

Q38 : Des règles d'*actions collectives de suivi* existent-elles en droit de la concurrence dans votre pays autorisant les autorités publiques à adopter une décision reconnaissant l'existence d'une violation du droit européen ? Si c'est le cas, ces règles sont-elles conformes aux principes 33 et 34 de la Recommandation 2013/396/UE ?

Les règles d'actions collectives de suivi en droit de la concurrence sont prévues aux articles L.423-17 et suivants du code de la consommation.<sup>46</sup> Ces règles d'actions collectives de suivi sont conformes aux principes 33 et 34 de la Recommandation 2013/396/UE notamment en ce qu'elles prévoient un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision de l'autorité n'est plus susceptible de recours et autorisent le juge à ordonner l'exécution provisoire du jugement constatant la responsabilité du professionnel pour ce qui concerne les mesures de publicité afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti.

#### **IV. Questions générales sur les relations et la coopération entre juridictions et autorités de concurrence et l'effet contraignant :**

Q39 : Vos juridictions ont-elles déjà *demandé* un avis d'une autorité nationale de la concurrence sur la question de l'application des règles de droit européen de la concurrence, dans le cadre d'un contentieux indemnitaire ? (a) Sinon, quelles peuvent

---

<sup>46</sup> Pour rappel, en vertu du Règlement UE 1/2003, l'Autorité de la concurrence est compétente pour constater l'existence d'une violation du droit européen de la concurrence (Articles 101 et 102 TFUE).

en être les raisons, et qu'est-ce qui pourrait être fait pour encourager les juridictions à utiliser cette possibilité ? (b) Si oui, pourriez-vous nous donner les références des jurisprudences pertinentes, et nous indiquer si ces avis ont été suivis par les tribunaux ? (c) Connaissez-vous des jurisprudences dans lesquelles *une autorité nationale de concurrence est intervenue* de sa propre initiative par le biais d'un acte d'intervention bénévole (« *amicus curiae* ») communiqué à un tribunal national ?

Dans l'affaire *Bottin Cartographes*, la Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 20 novembre 2013, a sollicité, conformément aux dispositions de l'article L. 462-3 du code de commerce, l'avis de l'Autorité française de la concurrence sur « [l]e caractère de pratique anticoncurrentielle, au regard des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, de la pratique alléguée par la société *Bottin*, et par conséquent, sur le marché pertinent, le marché affecté, la position de la société *Google* sur ce marché, et la constitution de l'abus de prédation à partir du test de coûts pertinents ». A notre connaissance, cet avis n'a pas encore été transmis à la Cour d'appel de Paris ou tout du moins n'a pas encore été publié.

Q40 : Vos tribunaux ont-ils déjà soumis une *question préjudicielle* à la Cour de Justice dans le cadre d'un contentieux indemnitaire ? (a) Si oui, pourriez-vous donner les références de la jurisprudence pertinente ? (b) Sinon, connaissez-vous des affaires dans lesquelles il aurait été approprié de soumettre une telle question préjudicielle ?

A notre connaissance, les tribunaux français n'ont pas, à ce jour, soumis de questions préjudicielles à la Cour de Justice dans le cadre d'un contentieux indemnitaire.

Q41 : Existe-t-il de (*nouvelles*) formes de coopération entre les juridictions et/ou les autorités de concurrence (notamment des coopérations transfrontalières) qui pourraient avoir un effet bénéfique sur l'effectivité et la cohérence du contentieux indemnitaire dans votre pays ?

Pas à notre connaissance.

Q42 : Dans votre système national, *quelles parties* d'une décision reconnaissant l'existence d'une infraction, rendue par l'autorité nationale de la concurrence, la Commission européenne, l'autorité de concurrence d'un autre État membre ou une juridiction d'un autre État membre agissant en qualité d'autorité de concurrence sont considérées comme *contraignantes* dans les procédures de suivi ? L'article 9 de la Directive 2014/104/UE impose-t-il des modifications de votre droit national ?

A droit constant, les décisions de la Commission européenne ou de l'Autorité française de la concurrence n'ont, en principe, pas d'effet contraignant sur les juridictions françaises. Par exception, en droit de la concurrence, l'article L.423-17 du code de la consommation consacre désormais une présomption irréfragable de faute en cas d'actions de groupe de suivi (actions de consommateurs).

Il reste qu'en pratique les décisions des autorités de concurrence sont dotées d'une autorité morale significative qui conduira en général le juge à reconnaître l'existence

de la faute si la pratique anticoncurrentielle a été caractérisée par une autorité de concurrence, à charge pour le demandeur d'établir le préjudice et le lien de causalité avec la faute.

La transposition de l'article 9 supposera toutefois des remaniements de la législation en vigueur car, à l'heure actuelle, en vertu de l'article L. 423-17, alinéa 2 du Code de la consommation, l'effet liant de la décision issue de la procédure administrative n'est prévu que pour les actions de groupe qui ne peuvent bénéficier qu'aux consommateurs.

Q43 : Une décision reconnaissant l'existence d'une infraction, rendue par l'une des institutions mentionnées à la (Q41), peut-elle être considérée comme *définitive* dans votre pays s'agissant de son effet contraignant dans le contexte d'un contentieux de suivi, ou du calcul des délais de prescription, *si* les appels interjetés contre la décision sont *limités* à la contestation du montant des amendes ?

Si l'appel porte exclusivement sur les modalités de détermination de l'amende, la juridiction de contrôle ne pourra pas, d'office, revenir sur le principe de la culpabilité. En ce sens, la décision pourra être considérée en pratique comme « définitive » en ce qui concerne le principe de la culpabilité.

Toutefois, juridiquement, tant que la décision fait l'objet d'un recours elle ne sera pas considérée comme définitive dans le contexte d'un contentieux indemnitaire ou du calcul des délais de prescription.

Q44 : Les tribunaux nationaux de votre pays sont-ils obligés de *surseoir à statuer* lorsque l'autorité nationale de la concurrence a ouvert une procédure concernant la même affaire, et jusqu'à ce qu'une décision soit prise ?

Il n'existe aucune obligation de surseoir à statuer. Toutefois, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, un tel sursis, lorsqu'il est demandé par le défendeur, est généralement prononcé par le juge.

## V. Questions relatives à la divulgation et la confidentialité

Q45 : Existe-t-il un droit spécifique permettant aux victimes d'avoir accès au *dossier d'une autorité de concurrence* dans votre pays, en vue d'intenter un contentieux indemnitaire ?

Depuis 2011,<sup>47</sup> l'accès au dossier de l'Autorité de la concurrence par les victimes d'une pratique anticoncurrentielles qui n'auraient pas été parties à la procédure devant l'Autorité de la concurrence ne peut se faire que de manière *indirecte*, en formulant

---

<sup>47</sup> Loi n°2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 modifiant l'article 6, I, 1° de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978.

une demande de mesure d'instruction sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile à la juridiction saisie dans le cadre d'un contentieux indemnitaire.

Q46 : Si – au regard de la règle concernant la charge de la preuve prévue par l'article 2 du Règlement 1/2003/CE – les parties à une procédure civile ne disposent pas de la preuve qui leur est nécessaire, quel est *le moyen le plus courant pour obtenir cette preuve* dans votre État membre ? Est-ce la communication entre parties, la communication par un tiers, les mesures d'instruction privées ou d'instruction *in futurum*, l'obtention de preuves auprès des autorités publiques en vertu des règles de transparence, des moyens informels d'obtenir des preuves, etc. ?

Le moyen le plus courant d'obtenir des preuves est la communication entre parties sur le fondement des articles 11 et 142 du code de procédure civile.

La juridiction pourra également ordonner la communication par un tiers (autorité de la concurrence ou autre) sur le fondement des articles 11 et 138 du code de procédure civile ou encore ordonner des mesures d'instructions *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

Q47 : À quelles conditions est actuellement soumise, dans votre législation nationale, la possibilité pour les juridictions nationales d'ordonner la communication des preuves par une partie à une autre dans le cadre d'une instance en cours ?

Les juridictions françaises peuvent ordonner la communication des preuves par une partie à une autre dans le cadre d'une instance en cours dès lors qu'elles estiment la demande fondée, et s'il n'existe pas d'empêchement légitime.<sup>48</sup>

Q48 : Les juridictions ont-elles la possibilité *d'ordonner la production d'une preuve par un tiers* ? Si c'est le cas, à quelles conditions ? Les juridictions nationales ont-elles, dans votre pays, la possibilité de *demander* directement à une autorité de concurrence la production de preuves figurant au dossier de cette *autorité de concurrence* ? Si c'est le cas, cette possibilité est-elle soumise à des conditions spécifiques ? Quelles sont les limites de l'utilisation ?

Les juridictions ont la possibilité d'ordonner la production d'une preuve par un tiers sur le fondement des articles 11 et 138 du code de procédure civile<sup>49</sup> pour autant qu'il n'existe pas d'empêchement légitime (secret d'affaires, secret de l'instruction, etc).<sup>50</sup>

Sur cette base, les juridictions pourront en particulier, à *la demande d'une partie*, demander à l'Autorité de la concurrence la production de preuves figurant au dossier

---

<sup>48</sup> Cfr. Articles 11 et 141 du code de procédure civile.

<sup>49</sup> Cfr réponse à la [Question 46](#) ci-avant.

<sup>50</sup> Cfr. Articles 11 et 141 du code de procédure civile.

de cette autorité de concurrence.<sup>51</sup> Dès lors qu'il s'agit de preuves couvertes par le *secret de l'instruction*, celle-ci ne pourra être demandée que pour autant qu'elle est nécessaire à l'exercice des droits de la défense.<sup>52</sup> En outre, l'article L.462-3, alinéa 2 du Code de commerce s'oppose à la production des pièces élaborées ou recueillies au titre d'une procédure de *clémence*. Les *pièces déjà à la disposition d'une partie* à l'instance ne peuvent pas non plus être demandées à l'Autorité de la concurrence.<sup>53</sup>

Q49 : Pourriez-vous indiquer s'il est possible, en vertu de votre législation nationale ou de la jurisprudence (« précédents ») à une juridiction nationale d'ordonner la production de *catégories de preuve* ? Si cette possibilité existe, pourriez-vous énumérer les conditions devant être remplies en lien avec cette production ? Pourriez-vous également donner une indication sur la fréquence à laquelle les juridictions nationales ordonnent la production de catégories de preuve ?

A notre connaissance, il n'est pas possible en l'état du droit français pour une juridiction d'ordonner la production de catégories de preuve.

Q50 : La *mise en œuvre* des règles édictées par la Directive 2014/104/UE, notamment les articles 5 et 6 sur la production de preuve, qui comprennent essentiellement la possibilité d'ordonner la production de certaines catégories de preuve (par exemples article 5 paragraphe 2, article 6 paragraphes 5, 9 et 10) *va-t-elle affecter l'approche adoptée* par les demandeurs dans votre pays pour tenter d'obtenir la preuve dont ils ont besoins pour démontrer le bien-fondé de leur demande ? Pensez-vous qu'en conséquence de l'article 6 paragraphes 4 à 6 et paragraphe 10, et de l'article 7 de la Directive 2014/104/UE, les demandeurs (potentiels) présenteront moins de requêtes auprès des autorités de concurrence pour avoir accès aux documents du dossier ?

Au vue des règles qui existent déjà en matière de production de preuve, la mise en œuvre des règles édictées par la Directive 2014/104/UE ne devrait pas sensiblement affecter l'approche adoptée par les demandeurs en France pour tenter d'obtenir la preuve dont ils ont besoin.

L'article 6 paragraphes 4 à 6 et 10 et l'article 7 de la Directive 2014/104/UE ne devraient pas non plus affecter le nombre de requêtes des demandeurs via injonction des juridictions auprès de l'Autorité de la concurrence, pour avoir accès aux documents du dossier dès lors que la plupart des limites imposées par ces dispositions existent déjà en l'état du droit actuel.

Q51 : Pensez-vous que les règles nationales de votre pays régissant l'accès aux documents figurant au dossier des autorités de concurrence et leur utilisation dans

---

<sup>51</sup> Cfr. réponse à la [Question 45](#) ci-avant.

<sup>52</sup> Cfr. Cass.com., 19 janvier 2010, n°08-19.761, *Semavem*.

<sup>53</sup> Cfr. Cour d'appel de Paris, 20 novembre 2013, *Ma liste de courses*, confirmé par Cour d'appel de Paris, 24 septembre 2014, n°12/06863, *DKT International*.

les procédures judiciaires *doivent être adaptées* pour être conformes aux règles édictées par la Directive concernant la protection de certains documents, tels que les déclarations en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction ?

Concernant la protection des déclarations en vue d'obtenir la clémence, l'article L.463-2 du Code de commerce reflète déjà les règles édictées par la Directive tout en offrant une protection *plus large* que la Directive (protection étendue aux pièces recueillies à l'occasion de la demande de clémence). Pour être conforme aux règles édictées par la Directive, celui-ci devra être adapté pour ne protéger que les *déclarations/demandes de clémence* et non les pièces préexistantes à ces demandes même si elles les accompagnent. Concernant la protection des propositions de transaction, celui-ci devra être adapté pour que leur production soit comme pour les documents recueillis dans le cadre des programmes de clémences, spécifiquement exclus. Il conviendra encore de préciser à l'article L.463-2 du Code de commerce que la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de produire les preuves demandées par les juridictions relevant des catégories énumérées au paragraphe 5 de l'article 6 de la directive est réservée au cas où la procédure devant l'Autorité de la concurrence est close.

Q52 : Les règles de la Directive 2014/104/UE sur la production de preuve créent un standard minimal. Les États membres sont expressément autorisés à adopter un régime *plus large* de production de preuves (article 5 paragraphe 8). Votre pays dispose-t-il actuellement d'un système de production de preuve *plus large ou plus étroit* (comparé à celui de la Directive) ? Serait-il raisonnable que votre pays adopte de nouvelles règles concernant la production de preuves, d'une application plus générale [par exemple couvrant tout type de contentieux indemnitaire, créant une approche unifiée couvrant également les procédures relatives à l'indemnisation d'une infraction aux droits de propriété intellectuelle (précédente mise en œuvre de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle)] ?

La France dispose actuellement d'un système de production de preuve à la fois *plus large* que la Directive en ce qu'il permet à une juridiction nationale d'ordonner la production de preuves sans laisser la possibilité à la personne à qui cette demande s'adresse d'être entendue au préalable (ce n'est qu'après avoir reçu ordre de produire ces preuves que cette personne peut invoquer un empêchement légitime sur le fondement de l'article 141 du code de procédure civile et voir cette décision retirée) et qu'il n'interdit pas d'ordonner la production de propositions de transaction figurant dans le dossier de l'Autorité de la concurrence, et *plus étroite* que la Directive en ce qu'il interdit en revanche à une juridiction d'ordonner la production non seulement des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence mais également de tout documents recueillis à l'occasion de cette procédure.

Q53 : Quelle est la définition « *d'information confidentielle* » appliquée dans votre pays ? Cette définition est-elle la même en matière de sanctions publiques et en matière indemnitaire ?

On entendra le plus souvent par « information confidentielle » les informations couvertes par le secret d'affaire (en matière de sanctions publiques comme en matière indemnitaire).

Q54 : Pourriez-vous indiquer si les juridictions nationales de votre pays disposent de mécanismes pour *protéger* l'information confidentielle dans les procédures relatives aux sanctions publiques et dans les procédures indemnitaires en matière de concurrence ? Si c'est le cas, pourriez-vous donner une brève description des conséquences de ces mécanismes, de leur fondement légal, et des sanctions prévues en cas de violation de la confidentialité ? La pratique actuelle sera-t-elle affectée par les exigences de l'article 5 paragraphe 4 de la Directive 2014/104/UE en vertu de laquelle les juridictions doivent avoir le pouvoir d'ordonner la production d'information confidentielle (si celle-ci a un lien avec l'action en dommages et intérêts) ?

Il existe dans les procédures relatives aux *sanctions publiques* en matière de concurrence des mécanismes pour protéger l'information confidentielle. Au stade de l'instruction, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut en particulier refuser à une partie la communication ou la consultation de certaines pièces du dossier mettant en jeu le secret d'affaires d'autres personnes, *sauf* dans le cas où celle-ci est nécessaire à l'exercice des droits de la défense de la partie en cause.<sup>54</sup> Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende 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.<sup>55</sup>

Dans les procédures indemnitaires en matière de concurrence, la protection de l'information confidentielle pourra constituer un « empêchement légitime » permettant aux parties ou tiers à qui la production de cette information est demandée de s'y opposer, sauf là encore si celle-ci est nécessaire à l'exercice des droits de la défense de la partie qui la réclame. Dans le cadre des procédures indemnitaires, il n'existe cependant pas de mécanisme légal de sauvegarde et de sanction de l'information confidentielle communiquée comparable au mécanisme existant devant l'Autorité de la concurrence.

Les exigences de l'article 5 paragraphe 4 de la Directive pourraient entraîner des modifications de la pratique actuelle car la possibilité d'ordonner la production

---

<sup>54</sup> Article L.463-4 du code de commerce. Conformément à l'article R.463-13-, les parties ou les tiers à la procédure peuvent introduire une demande de protection dûment motivée à l'égard d'éléments communiqués par elle à l'Autorité de la concurrence ou saisis auprès d'elle par cette dernière. De même, lorsque l'instruction de l'affaire par l'Autorité de la concurrence fait apparaître que des informations, documents ou parties de documents pouvant mettre en jeu le secret des affaires n'ont pas pu faire l'objet d'une demande de protection par une personne susceptible de se prévaloir de ce secret, le rapporteur général invite cette personne à présenter, si elle le souhaite, une demande en ce sens.

<sup>55</sup> Article L.463-6 du code de commerce.

d'information confidentielle si celle-ci est nécessaire à l'exercice des droits de la défense et le traitement ultérieure de ce type d'informations communiquées n'apparaît pas suffisamment encadrée par le droit français (cf. Q65).

Q55 : Quel type de mesures pour la *protection* de l'information confidentielle (telle que prévue par différentes dispositions de la Directive 2014/104/UE dans le contexte de la production de preuve, par exemple article 5 paragraphe 3 (c), article 8 paragraphe 1 (c) à (d) et paragraphe 2, et article 7 paragraphe 3) serait le mieux adapté au système et à la pratique juridiques de votre pays ?

Les mesures de protection de l'information confidentielle envisagées aux articles 5 paragraphe 3 (c), 8 paragraphe 1(c) à (d) et paragraphe 2 et 7, paragraphe 3) de la directive sont toutes adaptées au système et à la pratique juridiques françaises et correspondent largement aux mesures appliquées dans le contexte de la production de preuve.

## **VI. Question spécifique relative à l'impact de l'élément transfrontalier**

Q56 : L'application des règles sur la *compétence judiciaire* fixées par le Règlement 44/2000/UE (Bruxelles I) et le Règlement 1215/2012/UE et des règles sur le *droit applicables* aux obligations non contractuelles 864/2007/CE (Rome II) aux actions en dommages et intérêts a-t-elle rencontré des problèmes importants dans la pratique judiciaire de votre pays en droit de la concurrence ? Si vous percevez des problèmes, pensez-vous qu'une solution exigerait la modification de ces règlements ?

A notre connaissance et sur la base des décisions publiées à ce jour, l'application de ces Règlements aux actions en dommages et intérêts n'a pas suscité de difficulté particulière.

Q57 : D'après l'expérience de votre pays, pensez-vous que les juridictions traitant les contentieux indemnitaires individuels ou collectifs rencontrent des problèmes particuliers lorsque ces contentieux comportent un élément transfrontalier ? En particulier : Dans les litiges concernant des personnes de *plusieurs États membres*, la possibilité d'intenter une action collective unique devant une juridiction unique est-elle écartée en raison de règles nationales de recevabilité ou de capacité du groupe de demandeur étrangers ou du fait que l'entité représentative relève d'un système juridique étranger ?

Des cartels internationaux impliquant des sociétés enregistrées ou actives dans différents États membres font régulièrement l'objet d'actions indemnitaires engagées devant les juridictions françaises, en particulier lorsque le défendeur est établi en France, de sorte que les obstacles mentionnés dans la question 57 n'apparaissent pas insurmontables.

**VII. Questions relatives aux MARD/Modes alternatifs de résolution des différends/Règlement amiable des litiges :**

Q58 : Pouvez-vous indiquer les *types de mécanisme de règlement amiable des litiges* les plus fréquemment utilisés dans votre pays (et à quels types de litiges ils s'appliquent) ?

Les mécanismes de règlement amiable des différends (MARD) les plus fréquemment utilisés en France sont : (i) la transaction et (ii) l'arbitrage.

La transaction est fréquente, dans les domaines des assurances, du droit des affaires (et en particulier en matière de contentieux indemnitaire concurrence) ou du droit du travail et peut intervenir pour mettre fin à une procédure en cours ou pour mettre fin à des litiges futurs.

L'arbitrage est également fréquent, notamment pour les litiges en droit des affaires et en matière de commerce international en ce qu'il permet de trancher les litiges de manière rapide et confidentielle.

Q59 : Les modes alternatifs de résolution des différends et règlements amiables *collectifs* au sens des principes 25-28 de la Recommandation 2013/396/UE sont-ils disponibles et encouragés dans votre pays ?

Le code de procédure civile français permet aux parties à un litige de transiger ou de concilier à tout moment de la procédure.

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation prévoit des recours collectifs, et notamment une action de groupe et une médiation collective qui ne peut toutefois être engagée que par une association de consommateurs. Les dispositions de cette loi répondent ainsi, en partie, aux principes 25-28 de la Recommandation 2013/396/UE.

Q60 : Pouvez-vous nous donner une *présentation générale* des actions en dommages et intérêts fondées sur les articles 101 et 102 du TFUE qui ont été récemment réglées de manière transactionnelles ou par d'autres formes de résolution amiable des différends (y compris l'arbitrage) ?

Par définition, il n'existe pas de publicité sur les affaires qui ont été réglées par voie transactionnelle. Toutefois, par expérience, nous savons que ce mode de règlement des litiges est fréquemment utilisé dans le cas des actions en dommages et intérêts fondées sur les articles 101 et 102 du TFUE.

Q61 : Existe-t-il dans votre pays des règles sur les *effets suspensifs et les autres effets des transactions amiables*, y compris les effets sur les actions ultérieures en dommages et intérêts ? Si c'est le cas, quelles expériences ont été faites ? Les articles 18 et 19 de la Directive 2014/104/UE auront-ils un impact sur la situation juridique et la pratique actuelles ?

L'article 2238 du Code civil prévoit déjà à l'heure actuelle un mécanisme de suspension de la prescription qui est obligatoire lorsque la procédure de résolution consensuelle est engagée « *après la survenance d'un litige* », mais il est réservé aux cas de médiation, conciliation et convention de procédure participative. Une modification du texte sera donc nécessaire pour prendre en considération tous les modes alternatifs de règlement des différends. Le législateur devrait aussi saisir l'opportunité de la loi de transposition de la Directive pour harmoniser les dispositions adoptées en matière d'action de groupe qui prévoient un mécanisme de suspension seulement en cas de médiation.

Q62 : Au regard de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire « *Eco Swiss* » (C-126/97) pensez-vous qu'il existe des obstacles dans le système et la pratique juridiques de votre pays s'opposant à l'examen par une juridiction d'une *décision d'arbitrage* qu'elle considère comme contraire à l'article 101 du TFUE ?

Il n'existe pas, en théorie, d'obstacle à un tel examen car une décision d'arbitrage pour avoir autorité de chose jugée et force exécutoire doit recevoir l'agrément du TGI via la procédure d'*exequatur*. Ainsi, à cette occasion, la juridiction pourra revoir la décision d'arbitrage et l'annuler et/ou en refuser l'*exequatur* si elle estime la décision contraire à l'article 101 du TFUE, qui est une disposition d'ordre public.

Q63 : À votre avis, comment pourrait-on *promouvoir au mieux* un usage significatif des transactions ou autres modes alternatifs de règlement des différends dans le cadre du contentieux indemnitaire ?

A droit constant, il ne semble pas y avoir d'obstacle particulier, en dehors de la volonté des parties d'y recourir ou non, à l'usage des transactions ou autres modes alternatifs de règlement des différends. De fait et en pratique, bon nombre de contentieux indemnitaires se concluent par une transaction.

## VIII. Questions relatives aux perspectives législatives :

Q64 : Merci de faire une synthèse des *principales difficultés* relatives à la mise en œuvre de la Directive 2014/104/UE et de la Recommandation 2013/396/UE dans votre pays.

A ce stade, dans la mesure où la Directive 2014/104/UE n'a pas encore été transposée en France (la date limite de transposition est fixée au 27 décembre 2016 par l'article 21 de la directive), il est difficile d'anticiper quelles seront les éventuelles difficultés de mise en œuvre en France. On peut toutefois anticiper que la question de l'accès aux preuves détenues par le demandeur et/ou le défendeur, et de la pertinence et de l'étendue des demandes présentées aux juridictions en ce sens, suscitera un contentieux significatif, afin d'éviter que la procédure française ne se rapproche des procédures américaines de *discovery*. Le traitement de la question de la répercussion du surcoût, qui incombe au défendeur dans le texte de la Directive, impliquera également un changement par rapport aux pratiques actuelles des

tribunaux français pour qui la preuve de l'absence de répercussion du surcoût incombe aujourd'hui au demandeur.

Concernant la recommandation 2013/396/UE, elle invitait les Etats Membres à (i) prendre les mesures nécessaires pour que les principes qu'elle énonce soient mis en œuvre deux ans au plus tard après sa publication, c'est-à-dire en juin 2015, (ii) faire rapport à la Commission de sa mise en œuvre. Ce rapport pour la France n'est, à notre connaissance, pas disponible publiquement.

Q65 : Pouvez-vous citer des obstacles juridiques pratiques qui ne *sont pas visés* dans la Directive 2014/104/UE et qui, à votre avis, devraient être supprimés dans votre pays pour donner une véritable efficacité aux actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence (ou au contentieux indemnitaire en général) ? Si c'est le cas, comment ces obstacles pourraient-ils être supprimés ?

Dans le cadre de la possibilité pour le demandeur ou le défendeur de demander à la juridiction d'ordonner la production de preuves détenues par l'autre partie, la question de la préservation des éléments confidentiels et/ou relevant du secret des affaires par la juridiction, à l'instar de ce qui existe devant l'Autorité de la concurrence, devra faire l'objet d'un traitement spécifique.

Par ailleurs, la question des actions de groupe, actuellement ouverte en matière de concurrence uniquement aux consommateurs en France, pourrait être une autre voie à explorer afin de permettre en particulier à des PME d'accéder plus facilement au contentieux indemnitaire.

Q66 : Dans une perspective plus large, serait-il utile dans votre pays que les dispositions relatives à la mise en œuvre (ou certaines d'entre elles) s'appliquent *au-delà* de la catégorie d'actions couvertes par la Directive 2014/104/UE, par exemple (a) aux actions en dommages et intérêts qui ne concernent que les infractions au droit national de la concurrence ; (b) aux actions civiles autres que les actions en dommages et intérêts dans les aspects concurrentiels du droit de la concurrence et (c) aux actions civiles en général ?

La question des actions en indemnisation en matière de concurrence apparaît très spécifique. Il apparaît probable qu'à l'occasion de la transposition de la Directive, le législateur étende les règles concernées aux actions qui reposent uniquement sur des infractions au droit national de la concurrence. La question de l'extension de ces principes à d'autres actions civiles ne nous semble pas nécessairement souhaitable, dans la mesure où elle pourrait aboutir à un engorgement des tribunaux. De surcroît, le contentieux des affaires en matière de concurrence est confié à des juridictions spécialisées, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans d'autres matières.