

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union

Conférence | Concurrences N° 3-2019

www.concurrences.com

Chantal Arens

Première Présidente Cour de cassation, Paris

Florian Bien

Professeur Université de Wurtzbourg

Enrico Camilleri

Professor University of Palermo

Luis Campos

Associate Director Frontier Economics, Paris/Londres

Aymeric Discours

Avocat associé McDermott Will & Emery, Paris

Fayrouze Masmî-Dazi

Avocat associée Frieih & Associés, Paris

Mercedes Pedraz Calvo

Juge Audiencia Nacional, Madrid

Sylvaine Poillot-Peruzzetto

Conseiller en service extraordinaire Cour de cassation, Paris
Professeur agrégé Université de Toulouse

Geneviève Rigolot

Présidente Chambre de la concurrence, Tribunal de commerce de Paris

Pascal Wilhelm

Avocat associé Wilhelm & Associés, Paris

Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union

Paris, 28 mars 2019

PROPOS INTRODUCTIFS

Chantal Arens
Première Présidente Cour d'appel de Paris

APPLICATION DANS LE TEMPS DES RÈGLES DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE "DOMMAGES"

Damages claims for anticompetitive conduct after the Directive 2014/104/EU: Is it (still) worth talking about a private law remedy?

Enrico Camilleri
Professor University of Palermo

De l'émergence d'un "antitrust shield" au bénéfice du *private enforcement* européen pour pallier les lacunes du dispositif procédural non harmonisé en matière de prescription

Fayrouze Masmi-Dazi
Avocat associée Frieih & Associés, Paris

PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RÉPARATION

La transposition des règles sur la prescription de l'action en réparation en droits nationaux – Remarques comparatives

Florian Bien
Professeur Université de Wurtzbourg

La prescription dans les "private actions for damages": Un contrôle européen en amont et en aval de la détermination de la loi applicable et de son application

Sylvaine Poillot-Peruzzetto
Conseiller en service extraordinaire Cour de cassation, Paris
Professeur agrégé Université de Toulouse

Prescription de l'action en réparation en Espagne

Mercedes Pedraz Calvo
Juge Audiencia Nacional, Madrid

COMMUNICATION DES PIÈCES ET SECRET D'AFFAIRES

Pratiques du tribunal de commerce de Paris en matière de recherche de preuves

Geneviève Rigolot
Présidente Chambre de la concurrence, Tribunal de commerce de Paris

Sources et évolutions de la protection du secret des affaires en France

Pascal Wilhelm
Avocat associé
Wilhelm & Associés, Paris

ÉVALUATION DU PRÉJUDICE : QUESTIONS D'ACTUALITÉ

À la recherche de la réparation du temps perdu

Aymeric Discours
Avocat associé McDermott Will & Emery, Paris

CAS PRATIQUE DE SYNTHÈSE

ABB/BritNed

Luis Campos
Associate Director Frontier Economics, Paris/Londres

Propos introductifs

Chantal Arens

chantal.arenis@justice.fr

Première Présidente
Cour d'appel de Paris

ABSTRACT

Introduisant la conférence du 28 mars 2019, Mme Chantal Arens a souligné que les travaux s'inscrivaient dans la droite ligne de la réflexion que mène la cour d'appel de Paris avec les universités et les praticiens autour des évolutions législatives à venir. Par ailleurs, cette conférence était organisée à un moment clé de la vie de la cour d'appel de Paris puisqu'elle accueille depuis le début de l'année 2018 une nouvelle chambre commerciale internationale en son sein, innovation majeure sur laquelle l'article reviendra. Cette conférence fut l'occasion de faire le point sur l'année écoulée en matière de saisines et de traitements des actions directes et des actions de suivi, et également d'ouvrir des perspectives sur la réparation des pratiques anticoncurrentielles.

Introducing the conference of March 28, 2019, Mrs. Chantal Arens stressed that the work was in line with the reflection that leads the Paris Court of Appeal with universities and practitioners around future legislative developments. In addition, this conference was organized at a key moment in the life of the Paris Court of Appeal since it has hosted since the beginning of 2018 a new international commercial chamber within it, major innovation on which the article will come back. This conference was an opportunity to take stock of the past year in terms of referrals and treatments of direct actions and follow-up actions, and also to open perspectives on the compensation of anticompetitive practices.

I. Le point sur l'année écoulée

1. Consciente de la technicité des affaires de concurrence, la cour d'appel a veillé à ce que les contentieux de concurrence soient regroupés dans des chambres spécialisées, composées de magistrats "profilés". S'agissant de l'année écoulée, elle a été saisie, à la suite des tribunaux de commerce ou des tribunaux de grande instance spécialisés, d'actions directes (*stand-alone action*) et d'actions de suivi (*follow-on*).

1. Les actions directes

2. Les actions directes sont directement portées devant les juridictions spécialisées, qui doivent apprécier le caractère anticoncurrentiel des pratiques, puis allouer des dommages-intérêts aux victimes.

3. Elles concernent non seulement les ententes, mais également les abus de position dominante, voire, mais avec un succès mitigé, les abus de dépendance économique.

4. Dans le domaine des ententes verticales, la problématique de la validité des réseaux de distribution sélective et des clauses interdisant la vente sur les places de marché apparaît dans la majorité des affaires. La cour s'est prononcée sur la technique d'analyse des réseaux de distribution sélective dans un arrêt du 28 février 2018 (*Coty*, RG 16/02263), s'inscrivant dans la lignée de l'arrêt éponyme de la Cour de justice.

5. Mais à côté de la protection des réseaux de distribution sélective demandée par les fournisseurs, les distributeurs s'alarment des refus d'agrément qui leur sont opposés, qu'il s'agisse des concessionnaires automobiles ou des distributeurs classiques de produits électroménagers ou électroniques.

6. La cour a défini une grille d'analyse des refus d'agrément au regard du droit de la concurrence dans deux arrêts, se situant dans la continuité d'arrêts précédents, mais avec une motivation volontairement plus longue, qui répondait aux moyens des parties. Dans ces arrêts controversés du 12 décembre 2018 (*société Concurrence*, RG 16/19853) et du 23 janvier 2019 (*Palau*, RG 16/16856), bien sûr soumis au contrôle de la Cour de cassation, la cour a été conduite à se prononcer, notamment, sur le défaut de caractère unilatéral d'un refus d'agrément.

7. Mais la cour a aussi condamné une pratique d'entente verticale sur les prix dans un système de distribution, dans un arrêt du 19 décembre 2018 (*Bubble diving*, RG 16/07213).

8. La cour a également examiné des pratiques d'abus de position dominante, soit pour exclure l'abus dans un arrêt du 19 décembre 2018 (*Inforad*, RG 17/00219) concernant des actions en contrefaçon pour protéger un brevet, soit pour retenir la constitution d'un abus, comme dans un arrêt du 12 septembre 2018, concernant des pratiques du PMU (RG 18/04914).

9. Il convient également de signaler que la cour a retenu la constitution de situation de dépendance économique, dans un arrêt du 3 octobre 2018 (*DCF*, RG 16/05817), mais pas d'abus.

2. Les actions de suivi

10. Ces actions se situent dans le prolongement de décisions de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne.

11. Un arrêt du 28 février 2018 (RG 15/11824), dans le domaine de la signalisation routière verticale, est venu réparer le préjudice d'une PME empêchée de répondre à des appels d'offres par les membres du cartel qui avaient pratiqué un niveau de remise allant jusqu'à 75 % pour empêcher les PME de répondre. Cet arrêt posait la question de l'évaluation de la perte de chance de pouvoir emporter des marchés.

12. La cour a également été saisie de pratiques non explicitement visées dans une décision d'engagements de l'Autorité. Elle a considéré qu'une clause de non-concurrence était anticoncurrentielle dans un arrêt du 12 décembre 2018 (*Edenred*, RG 16/09067), la réparation de la pratique ne s'étant pas traduite, en l'espèce, par l'allocation de dommages-intérêts, mais par la restitution d'astreintes prononcées sur le fondement du non-respect de ladite clause, soit plusieurs millions d'euros.

13. Enfin, s'agissant des affaires de suivi après une décision de la Commission européenne, la cour a décidé de diligenter une expertise judiciaire pour évaluer le préjudice subi par un acheteur de phosphates, à la suite du cartel des phosphates sanctionné par une décision de la Commission européenne (6 février 2019, *Doux*, RG 17/04101).

14. Ce panorama résume bien les enjeux nombreux de concurrence dont la cour d'appel est saisie. Mais les perspectives s'annoncent plus riches encore.

II. Les perspectives

1. Les réflexions menées par la cour d'appel de Paris

1.1 Dans le contexte de l'évolution des affaires de réparation anticoncurrentielles

15. Les affaires de réparation à la suite de pratiques anticoncurrentielles vont se multiplier, puisqu'une dizaine d'affaires de suivi sont pendantes devant le tribunal de commerce de Paris, dont certainement une partie viendra devant la cour d'appel de Paris.

16. S'agissant de la cour d'appel de Paris, la réparation du préjudice économique a fait l'objet d'une réflexion qui a trouvé sa traduction dans des fiches élaborées par des experts, avocats, professeurs, économistes et magistrats, réunis au sein d'un groupe de travail, et elles ont été bien accueillies par la place juridique.

17. Un nouveau groupe de travail a été constitué pour réfléchir au rôle de l'expert dans la réparation du préjudice économique.

18. Beaucoup d'affaires de concurrence rendent nécessaire le recours à l'expertise, qu'il s'agisse d'expertises privées ou d'expertises judiciaires. L'affaire du cartel des phosphates a mis en évidence la difficulté d'évaluer le préjudice résultant d'un cartel. Mais l'affaire du PMU montre que les abus de position dominante qui empêchent des concurrents d'entrer sur un marché génèrent des préjudices d'éviction tout aussi complexes à évaluer.

1.2 Dans le contexte de réforme du droit de la responsabilité civile

19. S'inscrivant ainsi dans le cadre de la concertation appelée de ses vœux par la chancellerie afin de faire de cette réforme une œuvre concertée avec l'ensemble des acteurs judiciaires, la cour a également constitué un groupe de travail avec pour objectif spécifique d'envisager la réforme du droit de la responsabilité civile sous le prisme des relations économiques.

2. Vers un traitement possible des affaires de cartels internationaux par la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris

2.1 Réflexions sur la compétence de la cour en matière de cartels internationaux

20. En cas de cartels internationaux, les règles de droit privé international permettent aux victimes d'assigner tous les membres d'un cartel, quel que soit leur siège, devant les juridictions d'un seul membre.

21. Des entreprises étrangères peuvent donc se voir poursuivies devant le tribunal de commerce de Paris ou devant les autres juridictions spécialisées, puis devant la cour d'appel.

22. Un arrêt du 21 mai 2015 (*Cartel Damage Claims*, aff. C-352/13) de la Cour de l'Union fournit, à ce titre, quelques précisions sur de telles actions en dommages-intérêts consécutives à la condamnation d'un cartel.

- Dans les cas de cartels, la pluralité d'auteurs domiciliés dans plusieurs États membres peut justifier, en application de l'article 6 du règlement (CE) n° 44/2001, que tous les défendeurs soient assignés dans l'État membre de résidence d'un des défendeurs. En vertu de cet article, la connexité des demandes justifie, pour une bonne administration de la justice, que le for

du domicile d'un défendeur puisse être choisi pour statuer à l'égard de tous. C'est la solution la plus simple pour le plaignant que d'assigner tous les défendeurs au même endroit, la Cour de justice constatant dans son arrêt qu'il existe entre les demandes un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément (la circonstance que chaque entreprise ait participé, par des agissements différents, à la pratique unique et continue n'empêche pas de faire jouer l'exception de connexité).

- Mais si le plaignant préfère se référer aux critères des compétences spéciales prévues en matière délictuelle et quasi délictuelle par l'article 5 du règlement, les membres de l'entente peuvent également être attirés devant la juridiction du "*lieu du fait dommageable*", c'est-à-dire soit le lieu de l'évènement causal, soit le lieu de la survenance du dommage, ici le siège social des victimes, qui est préféré au lieu de conclusion de l'entente, difficilement identifiable en matière de cartel. Sur le fondement de cet article, le plaignant doit faire autant de demandes que de lieux de siège social.
- Enfin, les juridictions nationales et la cour d'appel pourraient se voir choisies par une clause d'élection de for contenue dans les contrats de vente liant les entreprises victimes aux auteurs du cartel, dès lors que cette clause s'applique bien aux infractions au droit de la concurrence et qu'elle soit opposable, donc qu'elle ait été acceptée par les parties aux contrats.

La chambre internationale sera particulièrement bien placée pour traiter ce contentieux.

2.2 Création et fonctionnement de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris

23. Cette chambre, créée le 7 février 2018 par la signature d'un protocole de procédure avec le barreau de Paris en présence de la garde des Sceaux, connaît, comme le précise le protocole de procédure, des "*litiges qui mettent en jeu les intérêts du commerce international*" et notamment des "*actions en réparation à la suite de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles*".

24. Par les modalités particulières de traitement des affaires qu'il propose, le protocole permet d'offrir un cadre adapté à ces litiges.

25. D'une part, il garantit une grande prévisibilité sur le déroulement des procédures en invitant le juge à instaurer rapidement un calendrier impératif de procédure afin de fixer les principales échéances du procès civil, à savoir la date des échanges de conclusions, la date des mesures d'instruction éventuellement mises en place, la date des plaidoiries ainsi que celle à laquelle l'arrêt sera rendu.

26. D'autre part, le protocole de procédure permet de donner une plus large place à la preuve testimoniale, marquant ainsi une volonté de s'inspirer davantage du déroulement d'un procès propre aux systèmes de *common law* conférant une grande importance à l'exposé oral des prétentions. Ainsi, les parties peuvent solliciter les auditions de parties, de témoins et/ou des experts lors desquelles chaque partie peut être invitée par le juge à répondre aux questions que les autres parties souhaitent leur poser (ce qui nous rapproche de la *cross-examination*).

27. Enfin, il permet une ouverture aux langues étrangères, et notamment à la langue anglaise, car si les actes de procédure (la déclaration d'appel, les conclusions et l'arrêt) doivent être rédigés en français, les parties pourront plaider, présenter des pièces, des attestations ou faire entendre des témoins ou des experts en anglais.

28. En outre, il est prévu pour tous les magistrats du pôle économique de la cour, en fonction de la spécificité et de la nature des contentieux, de pouvoir siéger et renforcer la formation de la chambre internationale si la nature de l'affaire le requérait. Cette chambre pourra ainsi s'adjoindre les magistrats spécialisés en droit de la concurrence.

29. Ainsi, avec la chambre internationale du tribunal de commerce en première instance, la cour d'appel de Paris offre un service judiciaire doté d'un double degré de juridiction permettant un examen du litige en première instance par des juges du tribunal de commerce mais ayant, au regard de leurs anciennes fonctions, une connaissance aigüe de l'entreprise et des enjeux économiques, et en second lieu, en appel, par des magistrats professionnels ayant une solide expérience juridique et juridictionnelle et une compétence avérée en droit commercial et droit international privé, étant observé qu'en France, l'appel est de droit.

30. Ainsi, les opérateurs économiques peuvent bénéficier devant la cour d'appel de Paris d'un double regard juridictionnel sur leur litige, le tout dans des coûts raisonnables et avec l'assurance de bénéficier de décisions susceptibles de circuler dans l'Union européenne sans exequatur, en vertu du règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 dit "Bruxelles I bis".

2.3 Trajectoire de la chambre commerciale internationale et pistes de réflexion pour la cour d'appel

31. Bien entendu, il faudra encore un peu de temps avant que l'on puisse évaluer l'impact de ce nouveau dispositif sur l'attractivité du système judiciaire français.

32. La chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris a en tout état de cause d'ores et déjà été saisie d'une vingtaine de procédures et a rendu, au jour de la conférence, six décisions portant sur des questions de compétences internationales (4) et au fond (2).

33. Lors de la première audience “au fond”, la cour, dans une volonté de donner une plus grande place à l’oralité, a d’ailleurs procédé à l’audition de l’une des parties.

34. La création de cette nouvelle chambre représente aussi une excellente occasion pour mettre en œuvre de nouvelles pratiques et s’inspirer des standards internationaux en matière de traitement des litiges du commerce international.

35. Elle sera aussi l’occasion de réfléchir à l’adaptation de la rédaction des arrêts afin de mettre en place un “modèle” de décisions aisément compréhensible par les acteurs économiques du monde entier, dans l’optique de faciliter la compréhension, la circulation et l’exécution des décisions.

36. Ces travaux auront bien évidemment vocation à nourrir la réflexion pour la rédaction des arrêts de l’ensemble des chambres de la cour mais aussi la mise en place de procédures innovantes au sein des autres chambres du pôle économique de la cour d’appel.

37. La création de la chambre internationale est ainsi l’occasion d’une réflexion plus large sur l’attractivité de la cour d’appel dans son ensemble, et le traitement des affaires de concurrence ne pourra que s’en trouver amélioré dans l’intérêt des justiciables. ■

Application dans le temps des règles de transposition de la directive “dommages”

Damages claims for anticompetitive conduct after the Directive 2014/104/EU: Is it (still) worth talking about a private law remedy?

Enrico Camilleri

enrico.camilleri@unipa.it

Professor

University of Palermo

ABSTRACT

Directive 2014/104/EU puts the private law remedy of non-contractual liability as the pivot of the entire system of antitrust private enforcement. Neither exhaustive nor containing a “full-harmonization rule,” it promotes the approximation of national laws by introducing a set of substantial and procedural measures, whose main goal is granting the effectiveness of the individual rights to compensation conferred by the antimonopolistic provisions of the TFEU. Many elements, however, induce to wonder about the main features and ultimately the very nature of the remedy by means of which “any person” can claim for damages suffered as a consequence of anticompetitive conduct. The author argues that the remedy at stake is a variety on the theme of public law tools for an efficient regulation of markets, although enforceable before civil courts and by initiative of “private” parties.

La directive 2014/104/UE place le recours de droit privé fondé sur la responsabilité non contractuelle au centre de tout le système de “antitrust private enforcement”. Elle n’est pas exhaustive ni ne contient une “règle d’harmonisation complète”; elle favorise le rapprochement des législations nationales en introduisant un ensemble de mesures substantielles et procédurales, dont l’objectif principal est de garantir l’effectivité des droits individuels à l’indemnisation conférés par les dispositions antimonopolistiques du TFUE. Cependant, de nombreux éléments incitent à s’interroger sur les caractéristiques principales et finalement sur la nature même du recours permettant à “toute personne” de réclamer des dommages subis du fait de comportements anticoncurrentiels. L’auteur affirme que le recours en cause est une variété sur le thème des outils de droit public pour une réglementation efficace des marchés, bien qu’il soit exécutoire devant les tribunaux civils et à l’initiative de parties “privées”.

I. One more question about the Directive

1. The Directive 2014/104/EU (hereafter also the “Damages Directive” or the “Directive”), since the very beginning of its preparatory stages and until now, once completed the implementation process at national level, has raised and continues to raise a variety of comments, either positive or negative. The former tend to stress the contribution given by it to a concrete approximation of domestic legislations on antitrust damage claims, in

the light of Article 114 TFEU¹; the latter—when not radically critical of any antitrust private enforcement mechanism²—criticize the normative text “by defect,” its numerous lacunas, its weak aptitude to trigger a relevant number of damages actions for the infringement of the law(s) of competition (either European or

1 See, e.g., P. L. Porcu, G. Monti & M. Botta (eds.), *Private Enforcement of EU Competition Law. The Impact of the Damages Directive* (Edward Elgar Publishing, 2018); U. Bernitz, Introduction to the Directive on Competition Damages Actions, in *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, M. Bergström, M. Iacovides & M. Strand (eds.) (Hart Publishing, 2016), 3–14, at 6.

2 For critical remarks on this issue see W. P. J. Wils, Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, *World Competition* 26, No. 3 (2003): 473–488.

national) as well as a remarkable deterrent effect to the anticompetitive conduct,³ due to the programmatic exclusion of any overcompensation as potential outcome of private claims.⁴

2. Of course, nothing but the practical experience over the next months/years can give a reliable response as regards the real capacity of the Damages Directive to achieve the goals it has been addressed to, all the more so as, pursuant to Article 20, the Commission shall review the Directive and shall submit a report on it by the end of 2020.

3. The prognostic one, however, is not the only standpoint whose analysis is stirred by the normative text in question; *de lege lata*, as soon as the attention is paid to the role of a directive among the sources of EU law (pursuant to Article 288 TFUE), along with this Directive main contents (“*certain rules governing actions for damages (...) for infringements of the competition law provisions*”), it’s easy to wonder about the shapes and ultimately the nature of the remedy by means of which “any person” can claim for damages suffered as a consequence of anticompetitive conduct.

4. Does it still make sense talking about the (private law) remedy of “Tort” or should we rather talk about a complementary, even ancillary, piece in the warp of economically oriented top-down market regulation; more precisely a hybrid remedy⁵, “private” as to the competent courts and the potential plaintiffs, while ultimately “public” as to the main goals to be pursued?⁶

II. The Directive 2014/104/EU and the private law remedy of Tort

5. The long debate that has accompanied the “modernization” of EU competition law and the incorporation, into it, of the right to compensation for injured parties, has already stressed the “tensions”

between the classical features of tortious liability and the “sectorial” characteristics it takes on, once applied to the field at stake.

6. Some scholars have even persuasively argued the existence of a sort of hybridization of Tort, in between the national laws, providing the basics for a claim for compensation, and the influence of EU law or, more precisely, a sort of interpretative standard for the breaches of it, including competition law provisions.⁷

7. That’s definitely the case of theoretical and practical issues such as the existence of damage, the causal link, the notion of illegal conduct, the notion of damage; issues altogether addressed to as part of “general principles” on non-contractual liability, common to all EU Member States (and referred to by Article 340(2), TFEU⁸), and nevertheless significantly reshaped by the European courts on a case-by-case approach, through the imposition of “negative” procedural obligation, coherently with the principle of procedural autonomy.⁹ Suffice it to mention, on this respect, the Commission Notice on the co-operation between the Commission and the Courts of the EU Member States “*in the application of Articles 81 and 82 EC*”,¹⁰ whose para. 10 states that “*In the absence of Community law, provisions on procedures and sanctions related to the enforcement of EC competition rules by national courts, the latter apply national procedural law*” in a compatible and coherent manner with the general principles of Community law.

8. That being said, we may wonder what’s new with the enactment of the Directive 2014/104/EU. Well, at first the Directive itself.

9. The adoption of such a source of EU secondary law in the field of antitrust did mark an unprecedented option from the European lawmaker, if not right “*the beginning of a new era*” for antitrust private enforcement¹¹; competition law provisions fall in fact within the realm of the exclusive competence of the EU institutions, with the implied chance/need to adopt measures of uniform legislation, as always happened until 2014. Suffice it to mention Regulation 1/2003, i.e., the “birth document” of the new system of antitrust enforcement, within which we find the conferment of specific competences upon national Courts in relations to Articles 101 and 102 TFEU (Article 6) and the stress (at Recital 7) upon the

3 See, e.g., J. Drexel, Consumer Actions after the Adoption of the EU Directive on Damages Claims for Competition Law Infringements (2015), *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 15-10, accessed 1 June 2019 at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689521. Drexel’s critical view worthily moves from the emphasis on the role played by economic theory as background to the increasing role of private enforcement of EU competition law; on the topic *see also id.*, The Interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law, in H. W. Micklitz & A. Wechsler, *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective* (Hart Publishing, 2016), 135–159.

4 See Article 3(3), and Recital 13, Directive 2014/104/EU.

5 As for the classical categorization of enforcement mechanisms into two main groups (public and private) with distinct characteristics, and for the ongoing transformations of it, *see* C. Hodges & N. Creutzfeldt, Transformations in Public and Private Enforcement, in *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, *supra* at fn. 3, 115.

6 See M.-A. Frison-Roche, Efficient and/or Effective Enforcement, in *Economic Theory and Competition Law*, J. Drexel, L. Idot & J. Monégier (eds.) (Edward Elgar Publishing, 2009), 215.

7 See N. Reich, Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights, *Common Market Law Review* 44, No. 3 (2007): 705–742, at 712 et seq.

8 Former Article 288, TEC. See Advocate General Van Gerven’s Opinion in Case C-128/92, *H. J. Banks & Co. Ltd. v. British Coal Corporation*, para. 49–55.

9 For a review of the most important ECJ’s cases *see*, e.g., P. Van Cleynenbreugel, Embedding Procedural Autonomy: The Directive and National Procedural Rules, in *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, *supra* at fn. 1, 104–109.

10 See Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, (2004/C 101/04).

11 See A. Albers-Llorens, Antitrust Damages in EU Law: The Interface of Multifarious Harmonisation and National Procedural Autonomy, *University of Queensland Law Journal* 37, No. 1 (2018): 139–152.

role played by the judges as regards the protection of subjective rights under Community law, “for example by awarding damages to the victims of infringements.”

10. At a first glance, the option for a directive may even seem a departure from the path towards an efficient system of private enforcement, all the more resounding in the light of the failures of modernization package¹² in promoting private damages action and in overcoming the situation of astonishing diversity between national legislations and underdevelopment of available remedies, still remarked by Advocate General Mazák in his Opinion on the *Pfleiderer* case.¹³

11. That’s because any directive is the typical instrument to be used in order to achieve the goal of the approximation of national legislations and not to dictate a uniform regime, and because this Directive explicitly aims at “merely” introducing “*certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.*”¹⁴

Furthermore, as we have yet remarked in other occasions,¹⁵ by lacking of any “full harmonization” rule, contrary to what the EU legislation has opted for in the field of consumer rights,¹⁶ the Damages Directive comes along with an increasing risk to leave room for persisting differences between national legislations.

12. The latter remarks, however, once more deal with the prognosis of any concrete chance to promote a level playing field for undertakings and consumers¹⁷; different conclusions can be drawn, on the contrary, as soon as we pay attention to the effects that the legislative text already produces, as well as to the policy it rests upon.

13. The fact itself that a directive aims at promoting the approximation of legislations on a private law remedy as non- contractual liability, although for purposes related to a typical area falling within the EU competences, like competition law is, marks for sure a turning point in terms of

policy, due to the positive obligations so arising to Member States on a field technically left to their autonomy—or at least not conferred to the EU competence.

14. This happens, of course, upon premises of formal coherence with the norms of the Treaties, particularly with Articles 5 TEU and 103 and 114 TFEU, altogether providing for the legal basis of the Directive.¹⁸ Anyway, beyond such formal legality, it is easy to describe the search for a new equilibrium between the principles of effectiveness, equivalence and national autonomy, more and more centered on the prevalence of the first one over the others.

15. While much more unsystematic and fragmented than a “*vertical harmonization of European Tort Law,*”¹⁹ the ongoing process seems to be sharply efficiency-oriented, in the sense that the main efforts are on influencing market operators’ economic behaviors, more than on establishing some legal rules.²⁰ And such a new “spirit of the age” can easily be gathered as soon as we widen the glance up to include the recent ECJ *Vantaan v. Skanska* judgment²¹ or, even more clearly, the Opinion expressed by Advocate General Wahl in the same case: “(…) *the classic test of equivalence and effectiveness is applied only in relation to ‘detailed rules governing the exercise of the right to claim compensation’ before national courts (...). By contrast, where the constitutive conditions of the right to claim compensation are at stake (such as causation), such conditions are examined by reference to Article 101 TFEU.*”²²

16. Now, it is certainly true that the Damages Directive contains a variety of measures, ranging from higher standard of homogeneity - as for the limits to the access to evidences once leniency statements and settlement decisions are at stake (Article 6(6)) - up to matters whose harmonization is promoted at the minimum level - as for the limitation period (Article 10)²³; it is also true, however, that albeit narrow, such a set of measures of deeper harmonization are something unusual in the field of Tort law²⁴ and are all the more so insofar as adopted through a directive pertaining to competition law.

17. Furthermore, it is even more interesting to note that those aspects of the Directive producing—at least at a first glance—a softer approximation of national laws, contribute to shape the private law remedy (Tort) in a way that raises doubts about its very nature (and scope), whether private or more properly public.

12 Beginning with its preparatory document represented by the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, and the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final.

13 ECJ, Case C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, Opinion of Advocate General Mazák, at para. 40.

14 See, e.g., C. Osti, Implementation of the EU Damages Directive into Member State law, in Private damages actions before and after the implementation of the Directive (Implementation of the EU Damages Directive into Member State law – Würzburg, May 5, 2017), *Concurrences Review* No. 3-2017, Art. No. 84668, at 7, noting that “*The Damages Directive is an exercise in frustration and a glaring example of how EU competition policy may lose its legitimacy in the eyes of the European citizen.*” See also Editorial comments “One bird in the hand...” The Directive on damages actions for breach of the competition rules, *Common Market Law Review* 51, No. 5 (2014): 1333–1342.

15 See E. Camilleri, Private Enforcement of Competition Law in Italy, in *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward*, F. Wollenschläger, W. Wurmnest & T. M. J. Möllers (eds.) (Wolters Kluwer, forthcoming).

16 Cf. Art. 4 of Directive 2011/83/EU. Pursuant to Article 5(8), of Directive 2014/104/EU: “*Without prejudice to paragraphs 4 and 7 and to Article 6, this Article shall not prevent Member States from maintaining or introducing rules which would lead to wider disclosure of evidence.*”

17 See Recitals 7–10.

18 See Recital 54 of Directive 104/2014.

19 See N. Dunne, Antitrust and the Making of the European Tort Law, *Oxford Journal of Legal Studies* 36, No. 2 (2016): 366–399, at 368.

20 See M.-A. Frison-Roche, Efficient and/or Effective Enforcement, *supra* at fn. 6, 211

21 See ECJ, Case C-724/17, *Vantaan kaupunki v. Skanska Industrial Solutions Oy (and others)*, para. 43

22 See Opinion by Advocate General Wahl in Case C-724/17, *Vantaan kaupunki v. Skanska Industrial Solutions Oy (and others)*, at para. 40–44.

23 See A. Albers-Llorens, Antitrust Damages in EU Law: The Interface of Multifarious Harmonisation and National Procedural Autonomy, *supra*, at fn. 11, 145, 150

24 Which is typically fragmented and unsystematic: see T. Wilhelmsson, Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?, *Eur. Rev. Priv. Law* 10, No. 1 (2002): 77–94.

III. Causation and quantification of damages as litmus paper

18. Two aspects can be remarked as revealing from the latter standpoint: causality nexus and the existence/quantification of damages, individually just evoked (causation) or, at the most, weakly addressed to by specific provisions of the Directive (damages), and nonetheless strictly related to each other (since the damages to be awarded are just those that have been caused by the conduct), altogether being coherent with a hallmark of a “forced” application of tortious liability.

19. As everybody knows, the importance of causation in antitrust cases is even greater than in the most of ordinary (non-contractual) liability cases; the infringement of antitrust provisions usually comes along with a typical dispersion of losses through the market, so that “*the victims are not only competitors, but also rivals, suppliers and firms operating in complementary markets.*”²⁵

20. A distortion of a competitive market is a multi-injuring event, in the sense that a single anticompetitive action/behavior may simultaneously cause damages to competitors, to companies operating at different market levels as well as to final consumers. Therefore, in order to prevent a violation of such a general interest from also implying an unmanageable number of damages actions, the link between a specific anticompetitive conduct and the harm that could be said as directly related to it needs to be stringent.

21. On the other hand, the usual interplay between causation in fact and legal causation also shows to be much more complex in antitrust cases, as the further away is the harm (pecuniary loss) suffered in the supply chain, the weaker will be the causal link between that harm and the wrongful conduct (antitrust infringement) that is supposed to be its direct cause, as typically occurs between cartels and downstream contracts, where the tension—if not the divergences—between an economic approach and a legal one to causation can be easily perceived.

22. Notwithstanding the awareness of these critical features, the ECJ, while always stressing the pivotal role played by causation²⁶ in antitrust damages actions, has

however emphasized the national dimension of the issue and the Directive 2014/104 EU formally goes on this path,²⁷ lacking of any provision dealing with causality nexus.

23. To a deeper analysis, anyway, the missing norms on causation hide a surreptitious endorsement towards a (harmonized) way of dealing with it, a sort of (undeclared) interpretative standard, characterized by a widened approach, largely resting on the recourse to presumptions.

24. This comes clear as soon as we pay attention to Article 3 of the Damages Directive, according to which—in the wake of the ECJ jurisprudence—“*any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law*” has to be able to claim for full compensation, either direct or indirect purchaser of the infringers, or even a third party who suffered an “*umbrella price.*”²⁸ Particularly in the latter cases and notwithstanding the newly introduced rebuttable presumption of the passing-on of overcharges,²⁹ antitrust violation seems really too remote from the harm.

25. The tortious liability and the common lens of causation within its framework are in fact capable to only intercept the closest (individual) harm caused by the wrongful conduct, while not also the whole perimeter within which the distorting wave propagates; this, of course, unless we frankly adhere to an economic approach to causation, along with a large recourse to presumptions, and say the causality requirement fulfilled whenever is “more likely than not” that a damage to the market as a whole has occurred as a consequence of a cartel.

26. The latter remark introduces the other critical point, dealing with the quantification of damages.

27. While granting the right to a full compensation, the Directive evokes either the *damnum emergens* or the *lucrum cessans*. Pursuant to Article 3(2) Damages Directive: “*Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest.*”

28. This reading clearly recalls to mind Mommsen’s *Differenztheorie*, although it’s largely inadequate in antitrust cases. The quantification of damages supposedly suffered by the plaintiff rests in fact on a complex, counterfactual analyses, properly based on economic data, being true that “*The marriage between economics and (...) antitrust policy becomes rocky when it reaches the law of damages*” since “*the law of damages has the much more difficult task of quantifying injury.*”³⁰

25 See, e.g., P. Caro de Sousa, EU and National Approaches to Passing On and Causation in Competition Damages Cases: A Doctrine in Search of Balance, *Common Market Law Review* 55, No. 6 (2018): 1751–1784, at 1780; see also I. Lianos, P. Davis & P. Nebbia, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law* (Oxford University Press, 2015), 103.

26 See, as leading cases on the issue, ECJ, Joined Cases C-295/04–C-298/04, *Manfredi and others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and others*, para. 61–64; ECJ, Case C-510/11, *Kone AG et al. v. ÖBB Infrastruktur AG*, para. 22–24; ECJ, Case C-360/09, *Pfleiderer*, para. 28; ECJ, Case C-199/11, *Europese Gemeenschap v. Otis NV and others*, para. 43. See also ECJ, Case C-48/72, *Brasserie de Haecht v. Wilkin II*. See, for a wider analysis of ECJ’s posture on the subject theme, C. Cauffman, The DCFR and the Attempts to Increase the Private Enforcement of Competition Law: Convergences and Divergences, *Eur. Rev. Priv. Law* 18, No. 6 (2010): 1079–1119.

27 See Recital 11, Directive 2014/104/EU: “*In the absence of Union law, actions for damages are governed by the national rules and procedures of the Member States*” even if in compliance with the “*principles of effectiveness and equivalence.*”

28 See ECJ, Case C-510/11, *Kone AG et al. v. ÖBB Infrastruktur AG*, at note 26 *supra*

29 See Article 14 of Directive 2014/104/EU.

30 See H. Hovenkamp, A Primer on Antitrust Damages, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, 2011, accessed on 1 June 2019 at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685919.

29. In order to soften such a heavy burden of proof for plaintiffs, the Directive introduces at least two rebuttable presumptions: that one of Article 17(2), according to which: “*It shall be presumed that cartel infringements cause harm*” and that one contained in Article 14, mentioned above, regarding the presumption of the passing-on of overcharges.

30. Anyway, apart from noting that both apply to cartels only, while they are not capable to catch other infringements, like exclusionary or exploitative conduct, it is worth noting that they provide a provisional answer to the question whether the harm does exist, without saying anything as to the main quantification of damages suffered. The plaintiff and the judge should therefore handle by their own this issue although with the potential involvement of NCAs.

31. The likely outcomes are therefore anyway negative: either an equitable estimation (with the implied risks of over-estimations or underestimations) or a sort of *damnum in re ipsa*. In both cases, something far from the declaimed goal of a full compensation and, on the contrary, a forced compensatory outcome.

IV. Individual right to damages, primacy of general interests and the implications on the essence of the remedy in question

32. Even upon these premises, some scholars have argued the occurrence of a vertical harmonization of European Tort law, albeit restricted to antitrust damages claims³¹; and to some extent there are arguments to support this thesis.

33. As soon as we combine the more or less explicit favor towards an understanding of causation and quantification of damages within the terms described above, with the set of procedural and substantive measures expressly introduced by the Directive, such as those concerning the binding effects of NCAs’ decisions, the set of rebuttable presumptions, the joint and several liability, not to mention the opening up to both a defensive and offensive recourse to passing-on, it could be easy to detect the shape of a harmonized special regime of non-contractual liability and to predict the expansion of its range of action.

31 See N. Dunne, Antitrust and the Making of the European Tort Law, *supra* at fn. 19, at 388 et seq.

34. Under these circumstances the compensatory remedy seems, in other terms, to be (re)shaped in a way enabling it to grant “any person” who suffered a damage caused by an infringement of antimonopoly law a prompt reaction in terms of compensatory claims. Albeit undeniable, however, that a sort of approximation of domestic legislations already occurred—by the case law—and that it will be further promoted downstream the implementation of the Directive 2014/104 EU, it remains questionable what the very nature of the liability arising by the anticompetitive behavior is.

35. The supposedly new suitability of the compensatory technique in triggering a considerable number of damages claims against antitrust violations comes, in fact, at the “price” of relieving the recourse to it from many of the ordinary rules which, notwithstanding usually working as a floodgate, in the field of competition law may potentially turn into an obstacle to efficiency.

36. It is therefore as much as plausible arguing that a condemnation to damages, grounded on a more flexible, even vaguer causality, as well as on presumed (cartel) damages, seems to obey to a policy directive of “forced” compensatory outcomes, more than to the rationale an *ex post* remedy, properly oriented to neutralize the plaintiff’s losses.

37. At the same time, the rhetoric of a full protection for individual rights, conferred by the norms of the Treaty, soon slows down once required by the general interests at stake; suffice it to mention, in general terms, the favor towards follow-on more than stand-alone actions and, even more noticeably, to the immunity to be granted to leniency applicants to have a clear example how the depth of the field for the (pretended) non-contractual liability narrows and the effectiveness of the remedy—whatever nature it is—may step backward.

38. Upon these premises we face a clash between, on the one side, the unprecedented features of a “super Tort” remedy, overgrown compared to its own standard and, on the other, that one of its recessive, even ancillary role in presence of general interests to be achieved.

39. The “lens” of the private law remedy, although vertically harmonized, cannot but explain such a tension by recalling the dialectic “rule exceptions.” Even in doing so, however, the interplay between the above-mentioned perspectives remains largely critical if not schizophrenic.

40. A chance, however, for those clashing elements to be composed at synthesis is gained once we refer to a different framework and talk about an economically oriented public law; a sort of variation on a theme of strengthening market efficiency through classical and new public law tools, so that whatever is written as “private” is to be read as to a mere reference to the actors involved and not to its very nature and main features too. Such a standpoint does not dispel all the criticisms raised by the missing pieces of the Directive (beginning with collective redress), by its almost exclusive reference to some kind of violations only—mainly cartels and to

some extent exploitative conduct in general—and even by its flattening of private antitrust enforcement on what it is pretended to be the remedy of Tort, without also taking into account other remedies such as injunctions or interim reliefs.

41. Anyway it helps to prevent any misperception about the interplay between individual and general interests in competition law: the former—irrespective of being referred to competitors or consumers—counting as long as coherent with the latter, consisting in the protection of competition and the efficiency of the competitive process. The story is, at the end of the day, always the same: whether he/she acts as contracting party or as a harmed plaintiff, any market player—consumer or not—“*travaille pour le roi de Prusse.*” ■

De l'émergence d'un “*antitrust shield*” au bénéfice du *private enforcement* européen pour pallier les lacunes du dispositif procédural non harmonisé en matière de prescription

Fayrouze Masmi-Dazi

fmasmi-dazi@frieh.law

Avocat associée

Frieh & Associés, Paris

ABSTRACT

Pour ceux qui en doutaient encore, la directive 2014/104/UE désormais transposée au sein de l'Union a marqué un véritable changement de paradigme dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Si son application ratione temporis ne lui permet pas encore de déployer tous ses effets dans les contentieux en cours, les juridictions de l'Union et nationales ont d'ores et déjà adopté une approche bienveillante en cherchant dans le droit positif de l'Union ou national les moyens de pallier les lacunes du dispositif procédural non harmonisé notamment en matière de prescription.

For those who still doubted it, the rather recently transposed Directive 2014/104/EU has shifted the paradigm of antitrust private enforcement actions in the EU. Although its ratione temporis application delays the full deployment of its potential, EU and national courts have already adopted a considerate approach tending to fill the gaps that have arisen notably with regard to limitation periods.

1. Dix ans auront été nécessaires pour parvenir à l'équilibre délicat mais audacieux de la directive 2014/104/UE³² (ci-après, la “Directive”) visant notamment à faciliter les actions en réparation de dommages concurrentiels au sein de l'Union. Ce n'est rien si l'on rapporte ce délai à la naissance des premières actions de *private enforcement* dans les années 1960³³ et à l'avenir auquel elles sont promises.

2. Il est désormais admis que le *private enforcement* participe au moins autant que le *public enforcement* à l'effectivité du droit de la concurrence, mais sa mise en œuvre dépend largement de mesures nationales partiellement voire pas harmonisées.

3. Si la Directive est à certains égards intrusive dans le droit de la responsabilité et de la procédure des États membres, elle leur laisse néanmoins une marge de manœuvre – discrétionnaire même sur certains aspects³⁴. L'intrusion dans ce domaine réservé s'explique par son ambition d'améliorer la situation des demandeurs aux actions en réparation de préjudices concurrentiels tout en octroyant certaines garanties procédurales et de fond significatives pour les défendeurs à de telles actions.

4. Les praticiens observent – et la jurisprudence récente témoigne de – l'augmentation des actions en réparation, qui ne sont désormais plus le privilège de grandes entreprises capables de choisir les forums juridictionnels dits les plus favorables à ce type de contentieux. La Directive et, à tout le moins, le changement d'approche quant à l'utilité du *private enforcement* ont permis une certaine libéralisation de ce contentieux et l'ont rendu plus accessible.

32 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.

33 CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. 13-61, *Rec.* 1962, 00089 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan*, aff. C-453/99.

34 CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications Inc. c/ Sport TV Portugal SA, Controlinveste-SGPS SA, NOS-SGPS SA*, aff. C-637/17.

5. Pour autant, les obstacles à ce type d'actions ne sont pas tous levés. L'analyse des mesures de transposition notamment françaises³⁵ et la jurisprudence tant nationale que communautaire récente montrent que de nombreux défis restent à relever par les victimes de pratiques anticoncurrentielles qui souhaitent obtenir réparation. Il en va particulièrement ainsi des règles relatives à la prescription des actions en réparation dont l'importance cruciale fait regretter qu'elles soient si mal réglées.

6. Si l'article 10 de la Directive impose aux États membres de prévoir des délais de prescription supérieurs ou égaux à cinq ans ainsi que des critères pour en fixer le point de départ et des causes d'interruption, elle ne précise pas si ces règles relèvent de la catégorie des règles de fond dont l'application ne peut être rétroactive par application de l'article 22 § 1, ou des règles procédurales visées à l'article 22 § 2, qui peuvent trouver à s'appliquer dès le 26 décembre 2014 selon le choix opéré par les États membres.

7. La Directive ne qualifie en effet pas ce qui relève de la catégorie des règles de fond ou des règles procédurales. Pourtant cette distinction est cruciale pour la validité d'actions intentées par des victimes de pratiques anticoncurrentielles commises avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif instauré par la Directive. En matière de prescription extinctive, la distinction est d'autant plus importante qu'elle est décisive sur la possibilité ou non d'agir en réparation.

8. Les incertitudes nées de cette liberté laissée aux États membres sont une source de divergences et d'insécurité juridique préjudiciables au développement des actions en réparation (I.). Néanmoins, il se dégage de la jurisprudence récente tant nationale que communautaire une aspiration à contrebalancer les effets de ces incertitudes par la création d'une forme de bouclier fondé sur le droit communautaire primaire et les principes généraux du droit de l'Union (II.).

I. La nature hybride des règles de prescription est une source de divergences et d'insécurité juridique préjudiciables au déploiement des actions en réparation

9. L'application *ratione temporis* de la Directive obéit au principe général de non-rétroactivité sans préjudice des dispositions spécifiques qui pourraient y déroger. En l'occurrence, l'article 22 § 2 de la Directive prévoit expressément qu'une application immédiate des dispositions d'ordre procédural est possible à compter du 26 décembre 2014 pour ceux des États membres qui le souhaitent.

10. Ce faisant, elle aménage une faculté dont on peut néanmoins déplorer que les contours ne soient pas plus précisément définis. En matière de prescription, la question se pose en effet de savoir si ces règles relèvent ou non de la catégorie des dispositions de fond ou d'ordre procédural.

11. S'il fait peu de doutes que le délai lui-même de prescription ou encore les causes de sa suspension puissent relever de la catégorie des mesures de fond, la réponse n'est pas aussi évidente s'agissant du point de départ du délai et de sa computation au regard des causes d'interruption applicables à un cas particulier.

1. L'ordonnance de transposition écarte les règles de prescription de la catégorie des règles procédurales

12. En France, l'ordonnance de transposition exclut implicitement les règles de prescription du nombre de celles dont l'application peut être immédiate au 26 décembre 2014. En effet, l'article 12 I ne vise en substance que des dispositions relatives à la communication et la production de pièces à l'exclusion de toutes autres.

³⁵ Ordonnance n° 2017-303 et décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, n° 29 et 31.

13. Le législateur français a donc choisi de n'octroyer d'effet immédiat au 26 décembre 2014 qu'aux dispositions susceptibles de conférer de nouvelles garanties procédurales aux défendeurs, alors même, et cela constitue un paradoxe, que l'un des objectifs premiers de la Directive est d'améliorer la situation des demandeurs déjà asymétrique et déséquilibrée compte tenu de la complexité de tels contentieux.

14. Au-delà de ce paradoxe somme toute cohérent avec le droit interne et le principe de non-rétroactivité des dispositions susceptibles d'affecter négativement les droits de défendeurs, il reste que le législateur français a fait le choix de considérer que les règles relatives à la prescription sont des dispositions de fond.

15. La Directive permet un tel choix, en tout cas ne l'exclut pas expressément dans la mesure où la classification dans l'une ou l'autre des catégories prévues aux articles 22 § 1 et 22 § 2 est laissée au libre choix des États membres. Par conséquent, l'ordonnance de transposition semble se conformer à la Directive.

2. Mais l'arrêt *Cogeco* de la CJUE contredit au moins partiellement cette approche

16. Dans un arrêt rendu le 28 mars 2019³⁶, la Cour de justice de l'Union européenne a eu à se prononcer pour la première fois sur l'applicabilité des dispositions de la Directive à un litige en réparation soumis aux juridictions nationales d'un État membre.

17. Il est utile de rappeler que, dans l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle posée à la Cour, l'autorité nationale de concurrence avait sanctionné une entreprise pour abus de position dominante, décision confirmée ensuite par la cour d'appel. Dans le cadre d'une action de *follow-on*, une victime de ces pratiques, la société *Cogeco*, a engagé une action en réparation de son préjudice en se fondant sur les dispositions de la Directive, qui lui accorde des droits plus étendus que ceux dont elle dispose en droit national, en particulier s'agissant du délai de prescription lui-même et de son point de départ.

18. Il convient de relever que les faits dénoncés par *Cogeco* étaient antérieurs à la publication de la Directive, tandis que l'action a été introduite postérieurement à sa publication mais avant l'expiration du délai de transposition en droit portugais. La Cour a ainsi jugé que la Directive n'avait donc pas vocation à s'appliquer *ratione temporis* au litige au principal, solution préconisée par l'avocat général Kokott³⁷ dans ses conclusions et qui ne pose pas de difficulté particulière compte tenu notamment du choix opéré par le Portugal de ne pas rendre immédiatement applicables les dispositions d'ordre procédural au 26 décembre 2014.

19. La Cour précise en effet qu'*a contrario*, la Directive laisse toute discrétion aux États membres pour décider de donner aux mesures d'ordre procédural un effet immédiat au 26 décembre 2014, position qui n'a pas été adoptée par l'État portugais. L'arrêt ne précise cependant pas si l'État portugais a choisi de n'octroyer d'effet immédiat au 26 décembre 2014 à aucune mesure issue de la Directive, ou si, comme l'État français, les règles de prescription ont été classifiées parmi la catégorie des règles de fond.

20. La Cour aurait pu s'arrêter là mais elle a entrepris de fournir à la juridiction de renvoi des éléments d'interprétation utiles pour l'appréciation de la compatibilité du système portugais avec le droit de l'Union. L'un des apports de cette section, tout à fait inattendu et que l'on pourrait croire périphérique, tient à la qualification que la Cour donne aux règles relatives à la prescription.

21. La Cour indique en effet: "*En l'absence de réglementation de l'Union en la matière, applicable ratione temporis, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités d'exercice du droit de demander réparation (...), y compris celles relatives aux délais de prescription (...).*"

22. La Cour ajoute deux paragraphes plus loin: "*Dans ce contexte, les délais de prescription constituant des modalités d'exercice du droit de demander réparation du préjudice résultant d'une infraction au droit de la concurrence, il y a lieu, premièrement, ainsi que Mme l'avocate générale l'a relevé au point 81 de ses conclusions, de prendre en considération l'ensemble des éléments du régime de prescription portugais*".

23. Ce faisant, la Cour classe les délais de prescription parmi les modalités d'exercice du droit à réparation, et non comme partie intégrante du droit à réparation lui-même. En cela, la Cour apporte une précision que ni la Directive ni les dispositions du droit primaire, pas plus que les principes généraux du droit de l'Union ou la jurisprudence antérieure, ne fournissent. Les délais de prescription pourraient donc, selon cette interprétation de la Cour, relever de la catégorie des mesures d'ordre procédural.

24. Il existe donc un risque de contrariété du droit français avec le droit de l'UE tel qu'interprété par la Cour s'agissant de la classification par le législateur français des règles relatives aux délais de prescription parmi les dispositions de fond.

25. Mais cet arrêt de la Cour, de même qu'un arrêt récent de la cour d'appel de Paris, tend à minimiser la portée de cette contrariété par l'application bienveillante des dispositions du droit primaire de l'Union, du principe d'effectivité et du droit positif français.

36 CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications Inc. c/ Sport TV Portugal SA, Controlinveste-SGPS SA, NOS-SGPS SA*, aff. C-637/17.

37 Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 17 janvier 2019.

II. Les lacunes du dispositif actuel semblent pouvoir être atténuées par l'émergence d'un “antitrust shield” au bénéfice des actions en réparation

26. Si la Directive n'a pas encore pu déployer l'ensemble de ses effets compte tenu de la transposition intervenue en 2016-2017 par les États membres et la circonstance qu'au moins au fond, les règles qu'elle pose ne s'appliquent qu'aux faits postérieurs au 11 mars 2017³⁸, la jurisprudence récente montre que les demandeurs s'en sont saisis et y font référence de manière récurrente dans le cadre de contentieux amorcés depuis deux ans.

27. La jurisprudence récente montre en effet que l'inapplicabilité *ratione temporis* de la Directive ne signifie pas que les demandeurs à réparation sont sans protection, bien au contraire. L'affaire *Cogeco* apporte à cet égard un enseignement crucial dans ce contexte “intermédiaire” pour ne pas dire transitoire, de déploiement du *private enforcement* au sein de l'Union.

1. Le principe d'effectivité et l'effet direct des articles 101 et 102 TFUE font écran à l'application de dispositions nationales excessivement défavorables

28. L'autre apport majeur de l'arrêt *Cogeco* tient à la décision de la Cour de ne pas se contenter de déclarer la Directive inapplicable au litige au principal mais de se prononcer sur la compatibilité avec l'article 102 TFUE et le principe d'effectivité et d'équivalence de la réglementation nationale. La Cour s'exprime ainsi sur trois points : i) le délai court de prescription pour les actions en réparation de dommages concurrentiels, ii) un point de départ du délai fixé à une connaissance même partielle de l'étendue de l'infraction, enfin iii) l'absence de possibilité d'interruption ou de suspension du délai au cours d'une procédure suivie devant une autorité nationale de concurrence.

38 V. R. Amaro et J.-F. Laborde, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles*, recueil de décisions commentées, Concurrences, 2019.

29. Analysant l'ensemble des règles de prescription nationales et tenant compte des spécificités des affaires de concurrence, la Cour de justice s'appuie sur l'effet utile de l'article 102 TFUE lu en combinaison avec le principe d'effectivité et d'équivalence pour juger qu'un délai de prescription tel que celui en cause est susceptible de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation.

30. La Cour ajoute que le caractère approprié de ce délai revêt une importance particulière non seulement dans le cadre d'actions dites de “suivi” (*follow-on*) mais également dans le cadre d'actions autonomes (*standalone*) en réparation de préjudices concurrentiels. Elle va donc au-delà du périmètre de la question préjudicielle posée dans le cadre du litige au principal pour affirmer que cette solution prévaut, quel que soit le type d'action en réparation engagé devant les juridictions nationales.

31. Il en découle que compte tenu de l'incompatibilité mise en lumière par la Cour, les juridictions nationales saisies du litige au principal seront contraintes d'écarter l'application des règles nationales rendant excessivement difficile, voire impossible, l'introduction d'une action en réparation. De fait, cela conduit d'ores et déjà à appliquer si ce n'est la lettre du moins l'esprit de la Directive alors même que celle-ci a été jugée inapplicable.

32. En cela, la Cour dégage un principe qui élève une forme de bouclier au bénéfice des actions en réparation de dommages concurrentiels, là où les mesures nationales rendraient excessivement difficiles ou impossibles les actions en réparation. En dehors du contexte d'application de la Directive, cette solution s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour depuis les arrêts *Crehan*³⁹ ou encore *Kone*⁴⁰.

33. Protecteur de l'effet utile des dispositions du droit primaire de l'Union, assurant l'application effective du droit de la concurrence dans sa double dimension d'*enforcement* publique et privée, cet arrêt de la Cour résonne à l'heure des premières revendications d'application de la Directive, avec plus de force et d'effet.

2. Ce bouclier s'applique même aux infractions de dimension uniquement nationale

34. Un autre apport de l'arrêt *Cogeco* qui s'avère crucial tant dans le contexte de l'affaire en cause que plus généralement dans le cadre d'une application uniforme du droit d'obtenir réparation de dommages concurrentiels tient à la circonstance que la Cour affirme que la solution ainsi dégagée s'applique même en l'absence d'applicabilité des articles 101 et 102 TFUE. En substance donc, la Cour contraint les juridictions nationales à appliquer les

39 CJUE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan*, aff. C-453/99.

40 CJUE, 5 juin 2014, *Kone AG et autres*, aff. C-557/12.

solutions ainsi dégagées même si le litige dont elles sont saisies n'est pas de dimension communautaire.

35. Un tel positionnement, insusceptible de recours mais non exempt de critiques, traduit une volonté de faire prévaloir l'effectivité du droit de la concurrence et son application uniforme au sein de l'Union.

36. La Cour n'est pas la seule juridiction à adopter une approche bienveillante dans les contentieux en réparation de dommages concurrentiels pour tenir compte de l'intégration de la Directive au sein du droit de l'Union.

37. Dans un arrêt fort riche rendu par la cour d'appel de Paris le 6 mars 2019⁴¹, la cour d'appel a également été confrontée à l'inapplicabilité des dispositions de la Directive à un litige en réparation et a montré en se fondant sur le droit positif français que les chemins convergent vers les solutions trouvées par la Directive.

38. La cour d'appel de Paris a en particulier jugé qu'une décision de mesures conservatoires ne pouvait servir de point de départ au délai de prescription, compte tenu notamment de son caractère temporaire et qui ne préjuge pas de la décision au fond. Ce faisant, elle rejoint l'esprit

de la Directive, qui impose aux États membres que le délai ne commence à courir qu'à compter notamment d'une connaissance raisonnable de l'étendue de l'infraction.

39. De même, sur le terrain de la computation des délais, la cour d'appel de Paris observe qu'en s'appuyant sur les dispositions existantes en droit positif français issues notamment de la loi Hamon⁴² quant aux causes d'interruption de la prescription, l'on parvient à une issue sensiblement proche de celle qui aurait été atteinte par application de la Directive.

40. Si la cour d'appel ne s'appuie ni sur la Directive elle-même ni sur l'article 102 TFUE et les principes d'effectivité ou d'équivalence utilisés par la Cour de justice de l'UE dans l'affaire *Cogeco*, la convergence des solutions vers une approche bienveillante à l'égard des actions en réparation s'agissant des règles de prescription témoigne de la force donnée au *private enforcement* dans la mise en œuvre effective du droit de la concurrence et du rôle essentiel que les juridictions vont jouer dans son application, dans ce qui s'apparente à une nouvelle ère. ■

41 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 mars 2019, *différents demandeurs c/ EDF*, RG 17/21261.

42 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

Prescription de l'action en réparation

La transposition des règles sur la prescription de l'action en réparation en droits nationaux – Remarques comparatives

Florian Bien*

bien@jura.uni-wuerzburg.de

Professeur

Université de Wurtzbourg

ABSTRACT

Dans ses arrêts *Manfredi* et *Cogeco* relatifs à la prescription des actions en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence, la CJUE a souligné la nécessité de protéger l'intérêt des victimes à obtenir réparation de leurs préjudices afin de rendre plus efficace la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. Faisant écho à cette jurisprudence, le législateur européen a traité la question de la prescription dans les articles 10, 11 et 18 de la directive Dommages, qui a abouti à une harmonisation minimale des régimes nationaux de la prescription tout en laissant place à la subsistance d'importantes différences. Le présent aperçu propose une comparaison rapide des régimes allemand, anglais, écossais, espagnol, français, italien et néerlandais en matière de prescription limitative des actions en dommages-intérêts.

In its Manfredi and Cogeco judgments on the limitation period for actions for damages for breaches of competition law, the ECJ stressed the need to protect the victims' interest in obtaining compensation for their losses in order to ensure a more effective enforcement of Articles 101 and 102 TFEU. Reflecting this case law, the European legislator has addressed the question of limitation in Articles 10, 11 and 18 of the Damage Directive, which has led to a minimum harmonisation of national limitation regimes while at the same time leaving room for significant differences to persist. The following overview provides a brief comparison of the Dutch, English, French, German, Italian, Scottish and Spanish rules relating to the limitation period for actions for damages.

1. Les délais de prescription sont une question classique du droit privé, bien qu'ils soient parfois considérés comme étant un sujet assez technique et même un peu ennuyeux. En y regardant de plus près, il semble qu'un tel point de vue serait erroné⁴³. Dans le droit de la prescription, les intérêts diamétralement opposés des parties concernées doivent être pris en compte et mis en balance. La prescription extinctive est au service de la sécurité et de la paix juridiques. Les créances qui n'ont pas été revendiquées depuis des années ne sont probablement pas justifiées ou ne le sont plus, nécessitant ainsi de protéger le

débiteur⁴⁴. “L'objectif principal de la prescription n'est pas que le créancier légitime soit privé de ses bons droits, mais que le débiteur dispose d'un moyen de protection efficace pour se défendre contre des revendications probablement non fondées, et cela sans avoir à entrer en détail en la matière⁴⁵.” En pratique, la prescription extinctive sert principalement à se protéger contre des prétentions issues de revendications et non fondées et inconnues ou imprévues. Ainsi, elle peut bénéficier aussi bien aux débiteurs qu'aux non-débiteurs⁴⁶.

* L'auteur tient à remercier son assistante Agnès Mouterde de la révision linguistique du présent manuscrit.

43 O. Remien, *Limitation periods (Implementation of the EU Damages Directive into Member State law - Würzburg*, May 5, 2017), September 2017, *Concurrences Review* N° 3-2017, Art. N° 84677, p. 47, www.concurrences.com.

44 BGH, arrêt du 16 juin 1972 – I ZR 154/70, BGHZ 59, 72 = *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1972, 1460.

45 Motive I (Travaux préparatoires au BGB I), p. 291 (traduction libre).

46 H. Grothe, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8^e éd., 2018, Vor § 194, n° 2.

I. Le “pouvoir obscurcissant du temps”

2. Par le biais de la prescription, le droit tient aussi compte du problème réel du “pouvoir obscurcissant du temps” (“*verdunkelnde Macht der Zeit*”⁴⁷), formule prêtée au grand pandectiste allemand Bernhard Windscheid et reprise dans les travaux préparatoires du code civil allemand (“*Bürgerliches Gesetzbuch*”, BGB) : l’établissement et la preuve des faits deviennent de plus en plus difficiles à mesure que le temps s’écoule. Le créancier peut se protéger contre un tel besoin de preuves en faisant valoir sa créance ou en se chargeant de la conservation voire de l’obtention de preuves en temps utile. En revanche, le débiteur ou non-débiteur doit régulièrement attendre que le créancier agisse ; par conséquent, il court un plus grand risque de ne pas pouvoir éclaircir les faits utiles à l’appui de sa défense.

II. Nécessaire protection des droits à réparation des victimes

3. Par ailleurs, étant donné que les créances bénéficient de la qualité de propriété au sens de l’article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne⁴⁸ et que la prescription extinctive affecte les créances au moins de fait, les législateurs européen et nationaux sont également tenus de prendre en compte les intérêts du créancier de manière appropriée⁴⁹. Ainsi, un créancier doit avoir une chance réelle de faire valoir son droit. Dans le cas où sa demande serait prescrite avant même d’avoir eu connaissance de son action et d’avoir eu une chance réaliste de la faire valoir, son droit serait privé de substance et de valeur et lui serait pratiquement retiré.

4. Dans ce domaine tendu, car rempli d’intérêts fondamentalement opposés, les règles juridiques relatives à la prescription doivent le plus souvent faire l’objet d’un compromis. Aussi, l’intérêt public peut également être mis en jeu en droit de la concurrence. C’est une des raisons pour lesquelles la Cour de justice de l’Union européenne a constaté, notamment dans son arrêt

47 B. Windscheid et T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e éd., 1906, § 105, p. 544. V. déjà O. Remien, *op. cit.*, p. 47.

48 Cf. CJUE (grande chambre), 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH c/ Österreichischer Rundfunk*, aff. C-283/11, n° 34.

49 H. Grothe, *op. cit.*, Vor § 194, n° 9.

*Manfredi*⁵⁰, que les délais de prescription nationaux pour les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles européennes de concurrence doivent respecter les principes d’équivalence et d’effectivité et ne peuvent rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l’exercice du droit à réparation du préjudice subi⁵¹.

III. Nécessaire mise en balance entre les sphères privée et publique de mise en œuvre du droit de la concurrence

5. Parallèlement à la protection du libre jeu de la concurrence et de sa mise en œuvre par le biais du *private enforcement*, il est nécessaire, là aussi au titre de l’intérêt général, de tenir compte du fait que l’admission à tout prix d’un droit à réparation risque d’entraver l’importante et très efficace mise en œuvre du droit de la concurrence par les autorités publiques. En effet, ces dernières craignent un essor exagéré des actions en dommages-intérêts au détriment de l’attractivité des programmes de clémence, outil très puissant dans la découverte des ententes illégales et secrètes. L’on trouve l’écho de cette crainte dans les considérants de la directive, lesquels mentionnent la nécessité d’une interaction et d’une coordination de l’initiative de la sphère privée en vertu du droit civil, d’une part, et la mise en œuvre par la sphère publique à travers les autorités de concurrence, d’autre part, pour ainsi assurer une efficacité maximale des règles de concurrence⁵².

IV. La question de la prescription abordée dans la directive 2014/104/UE

6. Vu son importance pratique et la jurisprudence y afférente, il semble logique que la directive 2014/104/UE aborde expressément la prescription. C’est ce qui est fait

50 CJCE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, aff. C-295/04, n° 62, faisant entre autres référence à l’arrêt de la CJCE du 20 septembre 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99, n° 29.

51 V. aussi récemment CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco*, aff. C-637/17, n° 39 et 49.

52 Considérant 6 de la directive 2014/104/UE.

de prime abord dans son article 10, qui comporte quatre alinéas et est dédié de manière exclusive aux questions relatives à la prescription. Les différents alinéas ne déterminent pas seulement la durée du délai de prescription et le moment à partir duquel celui-ci commence à courir, mais aussi les circonstances entraînant son interruption ou sa suspension. Il convient de citer aussi l'article 11, alinéas 4 et 5, sur la durée et le début de la prescription de la responsabilité solidaire du bénéficiaire de l'immunité et sur le recours en contribution à l'encontre des autres membres à l'infraction. L'article 18 de la directive aborde la situation du règlement consensuel des litiges et son effet sur la prescription. Le considérant 36, finalement, fait mention des délais de prescription absolus.

V. Persistance de différences importantes entre les régimes nationaux après une harmonisation minimale

7. Tous les États membres de l'UE, parmi eux l'Allemagne⁵³, la France⁵⁴ et l'Espagne⁵⁵ (présents à la table ronde dédiée à la prescription) ainsi que d'autres juridictions importantes en la matière, comme l'Italie⁵⁶, les Pays-Bas⁵⁷ et le Royaume-Uni,⁵⁸ ont adapté leur législation en la matière. Étant donné que la directive n'exige qu'une harmonisation minimale, des différences importantes subsistent entre les différentes juridictions, pouvant ainsi conduire à un *forum shopping*.

1. Début et durée de la prescription

8. Les différences sont mineures concernant la délimitation des éléments factuels pouvant déclencher le délai de prescription. Dans son article 10, alinéa 2, la

53 En Allemagne, la directive a été transposée par le Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

54 En France, la directive a été transposée par le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 et par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017.

55 En Espagne, la directive a été transposée par le Real Decreto-ley 9/2017.

56 En Italie, la directive a été transposée par le Decreto Legislativa 19 gennaio 2017, n. 3.

57 Aux Pays-Bas, la directive a été transposée par le Wet van 25 januari 2017 (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving).

58 Au Royaume-Uni, la directive a été transposée par The Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements (Competition Act 1998 and Other Enactments (Amendment)) Regulations 2017 (ci-après "UK Regulations 2017").

directive qualifie de décisif le moment où le demandeur a pris connaissance ou peut raisonnablement être considéré comme ayant connaissance du comportement et du fait constituant une infraction au droit de la concurrence, mais aussi du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice et enfin de l'identité de l'auteur de l'infraction.

9. Le législateur allemand va plus loin que ses pendantes notamment français⁵⁹ et britannique⁶⁰ en ne faisant commencer le délai de prescription qu'en cas d'ignorance par négligence grave de la victime⁶¹. Cette transposition divergente ne s'apparente pas à une violation de la directive étant donné qu'il s'agit d'une règle plus stricte pour déclencher le délai de prescription.

10. En plus de cela, la jurisprudence nationale peut aussi diverger, comme le montre la définition du moment à partir duquel l'on peut supposer la connaissance suffisante des faits. Ainsi, certains tribunaux retiennent la date de la décision de l'autorité compétente⁶², d'autres celle de sa publication⁶³ ou encore de sa couverture dans la presse nationale⁶⁴. Puisqu'une grande partie des décisions rendues par le Bundeskartellamt ne sont portées à la connaissance du public que par un simple communiqué de presse, c'est souvent la troisième alternative qui ressort dans la jurisprudence allemande. Quoi qu'il en soit, la détermination de la date exacte de la prise de connaissance par la victime joue un rôle mineur dans des juridictions qui, comme en Allemagne, ont opté pour le système de la "Ultimoverjährung"⁶⁵.

11. La détermination de la durée du délai de prescription fait l'objet de disparités non négligeables. Tandis qu'un grand nombre de juridictions à l'image de l'Écosse⁶⁶, de la France⁶⁷, de l'Italie⁶⁸, de l'Espagne⁶⁹ ou des Pays-Bas⁷⁰ ont opté pour une simple reprise (ou bien un maintien) du délai minimum de cinq ans, le droit anglais offre plus de protection aux victimes et prévoit une durée de six ans⁷¹.

59 Cf. l'expression "aurait dû connaître" à l'art. L. 482-1, al. 1, du code de commerce (C. com.).

60 Art. 18, al. 2, UK Regulations 2017 ("could reasonably be expected to know").

61 § 33h, al. 2, n° 2, deuxième cas du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB – Loi allemande contre les restrictions à la concurrence).

62 Cf. CA Paris, 2 juillet 2015, *EDF c/ Câblers*, RG 13/22609, et CA Paris, 6 mars 2019, *Arkeos*, RG 17/21261.

63 V. p. ex. OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, arrêt du 18 février 2015 – VI-U (Kart) 3/14 – Schadensersatz aus Zementkartell (CDC), *Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart)* 2018, 201, 202.

64 V. p. ex. OLG Karlsruhe, arrêt du 9 novembre 2016 – 6 U 204/15 Kart (2), *Neue Juristische Online Zeitung (NJOZ)* 2018, 528, 537, n° 69.

65 V. ci-après.

66 Para. 18, al. 2, UK Regulations 2017.

67 Art. L. 482-1 C. com.

68 Art. 8, al. 1, Decreto Legislativa 19 gennaio 2017, n. 3.

69 Art. 74, al. 1, Real Decreto-ley 9/2017.

70 6:193s Burgerlijk Wetboek (BW – Code civil néerlandais).

71 Para. 18, al. 1, UK Regulations 2017.

12. La situation juridique en Allemagne se place en quelque sorte entre ces deux options. À la base, le droit allemand prévoit aussi un délai de cinq ans seulement⁷². Toutefois, ce délai ne commence à courir qu'à la fin de l'année durant laquelle les conditions objectives et subjectives mentionnées à l'article 10, alinéa 2, de la directive 2014/104/UE – transposées quasiment à l'identique au § 33 h, alinéa 2, GWB – ont été réunies. L'on parle alors de «Ultimoverjährung». Il s'agit là d'une simple reprise de la règle de droit commun ancrée au § 199, alinéa 1, BGB. L'objectif de cette règle est de rendre praticable le traitement des critères subjectifs laissant courir les délais de prescription et, en même temps, de permettre aux commerçants et aux entreprises ainsi qu'à leurs avocats de vérifier plus facilement les délais de prescription. Sous l'impulsion des milieux d'affaires, le législateur a voulu alléger les difficultés éventuelles par des preuves⁷³. Une règle quelque peu similaire est connue du droit fiscal français permettant à l'administration fiscale de corriger les omissions, insuffisances ou erreurs qu'elle constate dans un délai dit de reprise, à l'expiration duquel elle ne peut plus réclamer les impôts dus. Celui-ci se prescrit, dans un grand nombre de cas, à la fin de la 3^e année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due⁷⁴.

2. Délais de prescription absolus

13. Certaines juridictions connaissent des délais de prescriptions absolus, à l'instar de l'Allemagne, de la France ou des Pays-Bas. Ceux-ci varient entre dix ans (commençant à courir à partir du moment où l'infraction a été commise et s'est terminée⁷⁵), vingt ans (débutant après la cessation de l'infraction⁷⁶ respectivement à compter du jour de la naissance du droit en cas de “*report du point de départ, [de] suspension ou [d]’interruption de la prescription*”⁷⁷) et trente ans (démarrant après la commission de l'infraction⁷⁸). Le législateur européen a beau rassurer les législateurs nationaux en précisant au considérant 36 de la directive 2014/104/UE qu'ils “*devraient être en mesure de maintenir ou d'introduire des délais de prescription absolus qui soient d'application générale, pour autant (...) la durée de ces délais de prescription ne [doit pas rendre] l'exercice du droit à réparation intégrale pratiquement impossible ou excessivement difficile*”. Après le récent arrêt de la CJUE dans l'affaire *Cogeco*, il paraît douteux que ces délais de prescription absolus soient déclarés conformes au droit primaire de l'Union européenne alors que certains commencent à courir avant que la victime n'ait eu connaissance de l'existence de l'infraction au droit

de la concurrence. En effet, la Cour a considéré que le délai de prescription de trois ans prévu par l'ancienne réglementation portugaise qui commence à courir “*même si le responsable de l'infraction n'est pas connu et, d'autre part, ne peut être suspendu ou interrompu au cours d'une procédure suivie devant l'autorité nationale de concurrence, rend l'exercice du droit à réparation intégrale pratiquement impossible ou excessivement difficile*”⁷⁹. Néanmoins, il convient de noter que l'article 25, alinéa 2, deuxième phrase, du règlement (CE) n° 1/2003 joue un rôle important dans ce contexte. La notion d'infraction unique et continue⁸⁰ permet aux juges d'englober dans un même ensemble des comportements multiples. L'infraction n'aura donc pas cessé tant qu'il n'aura pas été mis fin au dernier acte du comportement incriminé faisant partie de l'infraction dans son ensemble⁸¹. Or, les délais de prescription absolus de dix ans en vertu du § 33h, alinéa 3, GWB et de vingt ans selon l'article 6:193s BW ne commencent à courir qu'au moment où l'infraction a pris fin.

3. Suspension ou interruption du délai de prescription pendant la procédure administrative

14. D'autres différences entre les régimes nationaux concernent la question de l'effet de l'ouverture d'une procédure sur la prescription par une autorité de concurrence. Tandis que les législateurs allemand⁸², britannique⁸³, italien⁸⁴ et néerlandais⁸⁵ se sont contentés du minimum exigé par la directive et se sont ainsi tournés vers une simple suspension du délai de prescription, la France⁸⁶ et l'Espagne⁸⁷ sont allées plus loin en optant pour son interruption. En vertu des droits français et espagnol, le délai de prescription acquis au moment de l'ouverture de la procédure administrative est ainsi effacé et un nouveau délai de même durée que l'ancien commence à courir au moment où la décision de l'autorité de concurrence compétente ou de la juridiction de recours ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire (cf. art. 2231 C. civ.). Dans les autres juridictions, la durée de la procédure administrative n'a pour effet qu'un simple décompte du délai en question et fait reprendre la prescription après la fin de la suspension. Ainsi, la fin effective de la durée de prescription diffère grandement.

79 CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco*, aff. C-637/17, n° 53.

80 Il semble que c'est la Commission européenne qui a le mérite d'avoir établi le concept de l'infraction unique et continue dans sa décision du 23 avril 1986, IV/31.149 – *Polypropylène*.

81 A. Bach et Ch. Wolf, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (NZKart) 2017, 285, 292.

82 § 33 h, al. 6, GWB.

83 Para. 21 UK Regulations 2017.

84 Art. 8, al. 2, Decreto Legislativa 19 gennaio 2017, n. 3.

85 Art. 6:193t, al. 2, BW.

86 Art. 462-7 C. com.

87 Art. 74, al. 3, Real Decreto-ley 9/2017.

72 § 33 h, al. 1, GWB.

73 H. Grothe, *op. cit.*, § 199, n° 47.

74 V. par ex. l'article L. 169 alinéa 1^{er} du livre des procédures fiscales.

75 § 33 h, al. 3, GWB.

76 Art. 6:193s BW.

77 Art. 2232 C. civ.

78 § 33 h, al. 4, GWB.

15. L'on peut s'interroger sur l'utilité d'une si grande faveur des législateurs français et espagnol envers les victimes des violations au droit de la concurrence. Dans les cas extrêmes où la procédure administrative est ouverte très tardivement, cela peut conduire à repousser la fin des délais de prescription presque cinq ans après la dernière décision juridictionnelle statuant sur la décision de l'autorité de concurrence compétente. L'on peut même se demander pourquoi les victimes doivent pouvoir attendre que la décision administrative ne puisse plus faire l'objet d'un recours ordinaire, et ce, même dans le cas où les parties défenderesses ne remettent pas en cause leur participation à l'entente mais limitent leur recours à la seule contestation du montant de l'amende infligée. La même considération joue en sens inverse pour la question de savoir à quel moment l'effet contraignant des décisions "définitives" des autorités, tel que prévu à l'article 9 de la directive, devient effectif. Si les membres de l'entente ne s'attaquent qu'au montant de l'amende avec leurs recours devant les juridictions, les victimes de la violation (non contestée) devraient déjà pouvoir se fonder sur la constatation contraignante de l'infraction⁸⁸. C'est la solution qu'a retenue le législateur français⁸⁹. Ainsi, l'on peut se demander si les victimes, qui ne sont pas obligées d'attendre l'issue d'un recours ordinaire lorsqu'il ne porte que sur la nature ou le montant de la sanction prononcée, ne devraient pas être contraintes, par la menace de la prescription limitative et afin de garantir la paix juridique, d'entamer une éventuelle action en dommages-intérêts à partir de ce moment-là.

4. Le silence de la directive sur la prescription de l'action en recours en contribution

16. Concernant l'action en recours en contribution à l'encontre des autres membres de l'infraction, la directive 2014/104/UE se borne à décréter dans son article 11, alinéa 5, que les "*États membres veillent à ce que l'auteur d'une infraction puisse récupérer, auprès de tout autre auteur de l'infraction, une contribution*", la durée et le début de la prescription de cette action n'étant pas précisés. Ainsi, les réglementations nationales en la matière divergent de manière importante. Les délais varient de un an en Espagne⁹⁰, à trois ans en Allemagne⁹¹ et cinq ans en France⁹². Étant donné qu'il semble difficile de fonder le simple droit au recours en contribution d'un

membre du cartel sur le fameux principe d'effectivité (ce qui serait au contraire plutôt vrai pour l'exclusion du droit au recours en contribution, à l'instar du droit américain avec sa règle de non-contribution⁹³), la durée de la prescription d'une telle action – jusqu'ici rarissime en pratique – n'apparaît pas être prédéterminée par le droit primaire de l'Union. Les législateurs nationaux semblent disposer d'une marge de manœuvre importante, pour autant qu'ils n'excluent pas *de facto* un tel recours. L'imposition de délais beaucoup trop courts serait en effet contraire aux exigences posées à l'article 11, alinéa 5, de la directive.

Conclusion

17. Une comparaison rapide des diverses juridictions nationales révèle la persistance de divergences assez marquantes. Elles sont le résultat de la recherche individuelle des législateurs nationaux d'un équilibre entre les intérêts opposés en cause. Aussi expliquent-elles pourquoi le régime respectif de prescription joue un rôle important dans le choix de la juridiction européenne compétente pour toute action en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence. Le prix pour le délai de prescription le plus favorable au demandeur est décerné à l'Angleterre avec ses six ans. Le deuxième prix revient au droit allemand pour son système de "*Ultimoverjährung*", qui, grâce au report du début du délai à la fin de l'année en cours, rapproche la durée effective du délai de prescription aux six ans du droit anglais. Du point de vue des plaignants potentiels, l'Allemagne (tout comme la France et les Pays-Bas) perd en attractivité à cause des délais de prescription absolus, dont la survivance en cas de recours devant la CJUE semble toutefois douteuse. La France et l'Espagne réussissent finalement à se démarquer des systèmes juridiques voisins en ayant choisi l'interruption du délai de prescription. Cette mesure peut, le cas échéant, mener à des délais de prescription effectifs bien plus longs que ceux applicables dans les juridictions ayant opté pour une simple suspension. ■

88 Cf. Bruno Lasserre, cité par C. Prieto, *Concurrences* N° 3-2017 I Conférence I 5 May 2017, Würzburg, p. 40 et s. n° 14.

89 V. Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, NOR : JUSC1708788C, fiche 4, I.1., p. 2.

90 Il s'agit du délai de prescription de droit commun en vertu de l'art. 1968 Código Civil.

91 Le § 33, al. 7, GWB précise que le délai de trois ans commence à courir à partir du paiement même partiel de dommages-intérêts aux victimes.

92 Il s'agit du délai de droit commun en vertu de l'art. 2224 C. civ. Ce délai court, semble-t-il, à partir de la date de l'assignation principale, c'est-à-dire contre l'auteur des actions récursoires.

93 *Texas Indus. v. Radcliff Materials*, 451 U.S. 630 (1981): "(...) in creating antitrust damage actions Congress did not intend to disturb the common-law doctrine that no right of contribution existed among joint tortfeasors."

La prescription dans les “*private actions for damages*” : Un contrôle européen en amont et en aval de la détermination de la loi applicable et de son application

Sylvaine Poillot-Peruzzetto

sylvaine.peruzzetto@ut-capitole.fr

Conseiller en service extraordinaire

Cour de cassation, Paris

Professeur agrégé

Université de Toulouse

1. L'étude de la prescription en matière d'action privée fondée sur une infraction au droit de la concurrence nécessite de prendre en compte notamment trois éléments : l'institution de la prescription, l'objectif de l'action privée, le degré d'uniformisation des règles européennes.

2. L'institution de la prescription de l'action permet de déterminer la place du curseur entre l'exercice d'un droit et la limitation de cet exercice par un besoin d'oubli ou une difficulté d'exercice liée à un effacement de la réalité. Ces règles ne sont donc pas neutres : plus une politique cherche à protéger le titulaire d'un droit d'agir, plus le législateur limite une possible prescription, notamment par la combinaison de différents facteurs, la durée de la prescription et la caractérisation de son point de départ, de son éventuel report ou de son interruption.

3. Les modalités de la prescription sont ainsi des outils politiques : si l'objectif vise à consolider un réel droit à réparation pour la victime d'un acte anticoncurrentiel, les modalités de la prescription doivent lui répondre par les moyens mis au service de l'attractivité des actions privées en vue de sanctionner les atteintes à la concurrence. Étonnamment, cependant, les règles sur la prescription ne sont pas présentées comme essentielles.

L'institution de l'action privée elle-même doit être entendue comme liée à celle de l'action publique dans le but de renforcer l'application du droit de la concurrence et en combinaison avec elle puisque l'action publique permet de retenir la condition nécessaire, mais non suffisante, de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ; il existe ainsi une relation étroite entre l'action publique et l'action privée qui doit être prise en compte ; il convient, en tout cas, de s'interroger sur l'opportunité de sa prise en compte dans la détermination des modalités de l'action privée, dont la prescription.

4. Si la directive pose les principes généraux du droit de l'Union en matière d'action en réparation, une grande place à la diversité des règles nationales subsiste dès lors qu'il s'agit d'une directive et non d'un règlement, et dès lors que toutes les questions relatives à la prescription ne sont pas prévues par la directive.

Il en résulte que pour la prescription, et dans le contexte de la spécificité de l'action privée en réparation des dommages résultant d'une pratique anticoncurrentielle, la détermination de la loi applicable reste une question primordiale, avec, à la clé, celle du *forum shopping* et de l'éventuel *law shopping*. Il en résulte aussi qu'eu égard à cette diversité, la question d'un contrôle final du résultat atteint par l'application des règles nationales, dans et par le référentiel européen, se pose.

5. Qu'il s'agisse des règles horizontales de structuration des sources tirées des règles de conflit de lois pour désigner la loi nationale ou des règles verticales de structuration des sources fondées sur un principe de hiérarchie en vue d'un contrôle de la loi nationale, des incertitudes subsistent.

I. La désignation de la loi nationale par les règles de conflit

6. En l'absence de droit de l'Union européenne unifié, les règles des États membres, fussent-elles harmonisées, sont applicables à la prescription et partant, dans les situations présentant un élément d'extranéité, se pose la question de la concurrence entre les règles des États membres à une action et à la détermination de la loi applicable.

7. Selon le règlement dit “Bruxelles I Recast”, soit le règlement (UE) n° 215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012, les parties peuvent, selon son article 25, choisir, par une clause d’élection de for, le juge compétent. A défaut, le demandeur a le choix entre le juge du domicile du défendeur et celui du lieu du fait dommageable, selon les articles 4 et 7 de ce règlement. Mais dans tous les cas, tous les juges de l’Union appliqueront, pour déterminer la loi applicable aux actions privées, la même règle de conflit de lois résultant du règlement Rome II (règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007).

8. L’article 6, paragraphe 3, de ce dernier règlement précise le rattachement retenu, qui se trouve en résonance avec celui retenu en matière d’action publique par le règlement (CE) n° 1/2003 : “*La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d’un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou est susceptible de l’être.*” Cette solution se trouve ainsi en convergence, dans le droit de l’Union, par le critère de rattachement entre l’action publique et l’action privée. Mais l’existence d’une règle conflictuelle de source européenne n’écarte pas toutes les interrogations.

9. La nature des règles de la prescription est d’abord débattue. Une distinction peut en effet être établie entre la qualification de règle de procédure ou de règle substantielle. Du moins sur la seule question de la loi applicable, sans prendre parti sur cette distinction, le règlement Rome II apporte-t-il une réponse claire puisque l’article 15 h) relatif au domaine de la loi désignée par la règle de conflit intègre la prescription dans ce domaine. Il se pourra cependant que des législateurs nationaux considèrent que certaines questions liées à la prescription relèvent de ces règles de procédure. Finalement, le dernier mot revient cependant à la Cour de justice, qui aura à déterminer le champ du domaine de la prescription entendu par le règlement Rome II.

10. Si le règlement couvre la prescription, se pose cependant la question du possible choix des règles de prescription à partir du choix du juge ou de la loi.

À cet égard, l’accord procédural est écarté pour ces actions, ainsi que le précise l’article 6, paragraphe 4, du règlement Rome II, que cet accord soit d’ailleurs antérieur ou postérieur à la survenance du litige.

11. Qu’en est-il cependant de la marge de liberté du demandeur ? Le règlement (UE) n° 1215/2012 prévoit à son bénéfice la possibilité d’opter pour le juge du domicile du défendeur (art. 4) ou, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, pour le juge “*du lieu où le fait dommageable se produit ou risque de se produire*” (art. 7). Il a été vu que chacun des juges appliquera la même loi résultant du règlement Rome II. Mais ce règlement permet, au bénéfice du demandeur, le choix de la loi applicable en cas de pluralité de marchés affectés ou de pluralité de défendeurs. Le demandeur qui saisit le juge du domicile du défendeur peut ainsi, si le marché est affecté dans plusieurs États, opter pour la loi du juge saisi sous réserve que le marché de cet État soit affecté. En revanche, en cas de pluralité de défendeurs, lorsque le demandeur décide d’attirer tous

les défendeurs devant un seul juge, seule la loi de ce juge est applicable, le demandeur n’ayant ainsi plus de choix, pour autant que le marché de cet État soit affecté.

12. Mais une fois déterminée, par ces règles de source européenne de structuration horizontale, la loi nationale applicable à la prescription, cette loi nationale fait l’objet, en aval, d’un contrôle européen.

II. Le contrôle de la loi nationale

13. Un contrôle final du résultat se fonde tant sur l’interprétation du texte national à la lumière de la directive – quand la question litigieuse relève du champ de la directive –, que sur le principe européen d’effectivité – lorsque la directive n’est pas applicable –, et que sur le mécanisme d’exception d’ordre public.

14. Le résultat de l’application du droit national sera d’abord contrôlé à la lumière de la directive, soit, selon les questions, au regard de ses dispositions précises, mais également des principes d’effectivité et d’équivalence visés à l’article 4.

15. C’est ainsi que sur le fondement du principe d’effectivité les États membres doivent veiller à ce que les règles et procédures ayant trait à l’exercice du droit de demander des dommages-intérêts soient conçues et appliquées de manière à ne pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l’exercice du droit conféré par l’Union à la réparation intégrale du préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence.

À cet égard, le considérant 11, sans mentionner spécifiquement la prescription, confère un champ très vaste au contrôle européen, par les principes d’effectivité et d’efficacité, ces principes limitant tant les règles que les procédures nationales en l’absence de disposition dans le droit de l’Union sur les actions en dommages-intérêts.

16. Le défaut de disposition précise, dans le champ de la directive, sur une question relative à la prescription ne laisse donc pas les ordres nationaux autonomes dans le choix de leurs solutions tant législatives que jurisprudentielles.

17. Mais si la directive, *ratione temporis* ou *materiae*, n’est pas applicable, à la faveur de l’arrêt *Cogeco*⁹⁴, un contrôle final du résultat devra être mené à l’aune du principe d’effectivité. Le contrôle du résultat de l’application d’une norme nationale se fait ainsi *in concreto* et au regard de l’ensemble des éléments du contexte.

18. Par ailleurs, la loi nationale applicable qui régira la prescription pourra également être écartée, s’il s’agit d’une loi étrangère à l’Union, par les mécanismes d’exception que sont ceux des lois de police ou d’ordre

94 CJUE, 28 mars 2019, aff. C-637/17.

public, le premier, *a priori*, le second, *a posteriori*, tous deux prévus par le règlement Rome II respectivement aux articles 16 et 26. Si ces exceptions se présentent comme des exceptions nationales, elles se nourrissent cependant des principes européens véhiculés par la directive à la lumière desquels les droits nationaux ont été générés et doivent être interprétés.

19. L'importance de la question de la prescription de l'action privée dans la politique européenne de concurrence justifie la prégnance du droit européen tant en amont, par la directive d'harmonisation et par des règles de conflit de lois communes, qu'en aval, par la nécessité de la conformité du résultat au principe d'effectivité. ■

Prescription de l'action en réparation en Espagne

Mercedes Pedraz Calvo

mercedes.pedraz@justicia.es

Juge

Audiencia Nacional, Madrid

ABSTRACT

La mise en œuvre de la Directive 2014/104/UE en Espagne a montré dès le début plusieurs questions de débat, dont celle de la prescription de l'action en réparation.

The implementation of Directive 2014/104/EU in Spain shows from the very first day the existence of various points of debate, among them the question of prescription of the damages action.

I. Introduction

Le Journal officiel de l'État espagnol du 27 mai 2017 a publié le décret royal 9/2017, qui transpose la directive 2014/104/UE (ci-après, la "Directive") 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.

Parmi les questions qui se sont révélées problématiques dans ladite transposition se trouve celle qui est l'objet de cette réflexion : le délai de prescription.

L'article 10 de la Directive a prévu au paragraphe 1 que les "États membres arrêtent, conformément au présent article, les règles relatives aux délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts. Ces règles déterminent le moment à partir duquel le délai de prescription commence à courir, la durée de ce délai et les circonstances dans lesquelles il est interrompu ou suspendu".

Traditionnellement, le code civil espagnol de 24 juillet 1889 prévoyait, dans ses articles 1902 et 1968, un délai de prescription d'un an. Cependant, *a posteriori*, le décret royal 9/2017 a modifié ce code civil pour établir un délai de prescription pour les actions de réclamation de dommages anticoncurrentiels de cinq ans, étant donné que le paragraphe 3 de l'article 10 de la Directive prévoyait 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".

À la lumière de cette disposition, l'État espagnol a choisi l'option qui respecte le minimum prévu par la réglementation européenne, bien que cela signifie un changement fondamental vis-à-vis du délai d'un an qui était en vigueur avant cette réforme.

II. Quelques questions qui engendrent des incertitudes

Dès le début, tant les experts provenant de la magistrature que ceux des universités et du barreau ont indiqué l'existence de certaines questions qui engendraient des incertitudes quant à l'interprétation des nouvelles provisions du code civil espagnol et de la loi de la concurrence sur ledit délai de prescription.

1. L'application rétroactive de ce délai

La première question était liée à l'application rétroactive de ce délai, vu la différence entre les deux délais d'un an et de cinq ans.

Le point de départ se trouve à la provision du paragraphe 2 de l'article 10 de la Directive : "Les délais de prescription ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance :

- a) du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence ;
- b) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice ; et
- c) de l'identité de l'auteur de l'infraction."

À cet égard, la première incertitude concernait une circonstance assez commune au moment de l'entrée en vigueur du nouveau délai : que se passe-t-il si le jour de l'entrée en vigueur du décret royal 9/2017 le délai d'un an s'est écoulé, mais pas le délai de cinq ans ? Les réponses à ces questions ont été fournies par les décisions des juges espagnols, que nous passerons brièvement en revue.

La Cour suprême espagnole, dans une décision prise avant l'entrée en vigueur du décret royal 9/2017, en réglant une affaire où le nouveau délai n'était pas applicable, avait déjà fait face à des problèmes liés à la détermination du délai de prescription. Cet arrêt mérite une mention spécifique, puis qu'il a été pris en considération par les différents juges dans les décisions adoptées à ce sujet.

Il s'agissait d'une action de réparation de dommages provoqués par un abus de position dominante dans le secteur de l'énergie électrique. L'affaire est connue comme "*Centrica*".

L'arrêt de la Cour suprême du 4 septembre 2013, recours de cassation 2120/2011, fixe le délai de prescription d'un an prévu par le code civil espagnol le jour où l'affaire a été présentée au juge d'instance à Bilbao, mais contient des solutions qui seront très utiles pour essayer d'éclaircir les doutes que l'application du nouveau délai de cinq ans pose.

La Cour suprême interprète en premier lieu la question du "*dies a quo*" du délai. Dans ce cas concret, tant le juge d'instance que la cour d'appel avaient considéré que le délai de prescription s'était écoulé : aucun doute n'avait été soulevé sur le fait que le délai était d'un an, de sorte que le *quid* du problème pivotait autour du moment concret à employer pour fixer le début du terme analysé. Pour *Centrica*, qui était le requérant, le délai de prescription ne peut commencer que le jour où celui qui a souffert les dommages a une connaissance pleine de ceux-ci, ou, en tout cas, le jour où il est en situation de faire une évaluation de l'ensemble des conséquences nuisibles de la conduite anticoncurrentielle.

À cet égard, la Cour suprême signale que, pour décider sur le *dies a quo*, il faut tenir compte du fait que la prescription n'est pas liée au principe de justice mais au principe de sécurité juridique et de présomption d'abandon du droit par celui qui a souffert un dommage. En plus, il faut aussi prendre en considération le principe de pleine indemnité, qui impose la préservation du droit à la réparation intégrale de celui qui a souffert les dommages.

L'ensemble de ces principes justifie l'estimation du recours et la conclusion que la prescription ne s'était pas écoulée. Néanmoins, dans ce cas-ci la situation était spéciale puisque le dommage objet de la réclamation était constitué par une perte de profit, et cette perte – ou gain manqué – ne pouvait pas se concrétiser qu'en ayant accès à un système d'information. Et c'était précisément la négation d'une entreprise dominante sur le marché de l'électricité à donner accès à ce système que l'autorité de la concurrence avait déclaré abusive et contraire à la loi de la concurrence.

L'arrêt de la Cour suprême signale que l'on doit prendre en considération que la Commission européenne a publié un livre blanc en 2008 qui est l'embryon de la future Directive.

2. Point de départ du délai de prescription

Une deuxième question liée directement à celle du *dies a quo* du délai de prescription s'est présentée après cet arrêt de la Cour suprême : le point de départ doit-il être lié à la connaissance de "l'existence" d'un dommage ou à la connaissance de "l'extension" du dommage ?

Les cours nationales ont fait face à la question de la rétroactivité dans des arrêts relatifs aux dommages découlant d'un cartel connu comme "le cartel des enveloppes".

Un groupe d'entreprises qui fabriquaient des enveloppes en Espagne ont pendant des années échangé des informations, eu des contacts et, surtout, se sont mises d'accord sur certains aspects de leur activité économique. L'autorité espagnole de la concurrence a déclaré que ces actions étaient contraires à la loi de la concurrence et leur a imposé des amendes importantes.

À la suite de cette décision, l'Audiencia Nacional s'est prononcée pour déclarer cette déclaration d'infraction conforme à la loi. Plusieurs clients des entreprises cartellisées ont alors présenté des réclamations de dommages anticoncurrentiels. Le marché affecté s'est révélé très important, surtout parce que ces entreprises fournissaient les enveloppes employées aux élections tant au niveau de l'État espagnol qu'aux niveaux régional et local.

Différentes décisions judiciaires se sont produites tout au long de l'année 2018⁹⁵. Tant le juge de Madrid que celui de Barcelone ont fait face à la question du délai de prescription et à celle de l'application rétroactive du nouveau délai de cinq ans.

Le juge de Madrid fait référence à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Centrica* et signale que le nouveau délai de prescription ne s'applique pas dans ce cas concret, mais conclut que l'interprétation du *dies a quo* de l'ancien délai d'un an doit être flexible. Le défendeur considérait que le délai devait commencer le jour où la presse nationale avait publié une information sur l'ouverture d'une procédure par l'autorité de la concurrence.

Pour sa part, le demandeur soutenait que le délai ne pouvait commencer que le jour où la décision finale de l'autorité de la concurrence avait été publiée. Le juge s'est appuyé sur la doctrine *Manfredi* de la Cour de justice et des principes d'équivalence et d'effectivité, et a statué que le délai commence le jour où la victime peut avoir

95 Jugement du Tribunal de Commerce de Madrid du 10 mai 2018 et Jugement du Tribunal de Commerce de Barcelone du 5 septembre 2018.

connaissance du fait que la conduite qui était à l'origine de ses dommages constitue effectivement une infraction au droit de la concurrence. Et dans ce cas-ci cela arrive le jour où la décision de l'autorité de la concurrence est publiée.

Le juge de Barcelone a aussi décidé que le délai de prescription est celui d'un an, mais nuance que le *dies a quo* est celui de la publication de la décision de l'autorité de la concurrence, parce que c'est seulement ce jour-là que la victime qui réclame maintenant ses dommages a pu avoir une connaissance raisonnable de l'existence de l'infraction, de ses responsables, des circonstances du cartel, etc.

Tant la décision du juge de Madrid que celle du juge de Barcelone respectent, sans les prendre en considération (puisque les litiges n'étaient pas soumis aux nouvelles règles du décret royal 9/2017), les prévisions de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2014/104/UE : les délais de prescription ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance. Et cela arrive lorsqu'il a connaissance du fait que cela constitue une infraction au droit de la concurrence, que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice, et de l'identité de l'auteur de l'infraction.

3. La question du *dies ad quem*

Les juges abordent aussi la question du *dies ad quem*, qui serait celui de la présentation de la requête judiciaire. Dans les deux cas, les juges considèrent que le délai d'un an ne s'était pas écoulé.

4. L'interruption du délai

L'interruption du délai fait aussi l'objet de ces décisions : puisque la nouvelle réglementation légale n'est pas d'application, il n'y a pas de mention à l'article 74, paragraphe 3, de la loi de la concurrence qui, comme le prévoit l'article 10, paragraphe 4, de la Directive, établit que le délai de prescription soit interrompu quand l'autorité de la concurrence commence une activité d'investigation ou une procédure d'infraction. On verra plus tard les problèmes d'interprétation que cette prévision légale soulève.

En appliquant le droit en vigueur avant la transposition de la Directive, les juges statuent que le délai est interrompu par des réclamations extrajudiciaires, notamment, un fax professionnel que celui qui est devenu plaignant avait envoyé au défendeur.

Des problèmes d'interprétation se posent sur le texte que le législateur espagnol a choisi parce que la loi utilise les mots "connaissance du préjugé" et pas "connaissance de l'existence du préjugé".

La Directive fait référence au fait que "*le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance (...) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice.*" Il y a une différence claire entre la connaissance de l'existence d'un préjugé et la connaissance de l'existence du préjugé. Dans ce dernier cas, il est évident que le *dies a quo* du délai de prescription pouvait se déplacer dans le temps (futur) en comparaison avec la connaissance "indéterminée" qui serait prise en considération si seule l'existence d'un préjugé indéterminé était nécessaire.

L'interruption du délai quand les nouvelles règles sont d'application pose beaucoup de problèmes dans le système établi en Espagne lors de la transposition de la directive 2014/104/UE.

D'abord il faut signaler la différence en droit espagnol entre "suspension" et "interruption" du délai de prescription. La "suspension" n'est pas prévue, et l'interruption signifie que le délai de cinq ans commence à nouveau lorsque celle-ci prend fin.

Dans une situation où le délai de cinq ans recommence après l'interruption, il faut signaler l'importance de la rédaction de l'article 74, paragraphe 4, de la loi de la concurrence espagnole⁹⁶. L'interruption du délai se produit lorsque l'autorité de la concurrence commence une investigation ou une procédure d'infraction.

On se demande si l'initiation d'une information réservée, prévue à l'article 55 de la loi espagnole de procédure administrative⁹⁷, ou une recherche à domicile menée par l'autorité de la concurrence doivent être considérées comme un début d'investigation même lorsqu'elles ne sont pas suivies par l'ouverture d'infraction, ou si c'est seulement le jour où cette ouverture se produit que l'on doit considérer le délai interrompu.

Il y a aussi une contradiction avec les provisions de la loi 5/2012 de médiation aux affaires civiles et commerciales⁹⁸, dont l'article 4 prévoit une exception à la règle générale d'interruption des délais de prescription : ces délais seront interrompus lorsqu'une procédure de médiation sera engagée. Les experts ont remarqué cette question quand le ministère de la Justice a ouvert une période de consultation publique sur la transposition de la Directive, mais le législateur ne l'a pas prise en considération. L'article 74, paragraphe 4, de la loi de la concurrence fait référence à l'interruption par "*toute procédure de solution extrajudiciaire de controverses concernant la réclamation des dommages*". Bien qu'en général on devrait conclure qu'une réglementation spéciale doit s'imposer à une réglementation générale, on ne peut pas être sûrs que ce sera cette interprétation qui s'imposera.

⁹⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁹⁷ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁹⁸ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Un autre aspect de cette question de l'application du délai de prescription se pose en relation avec la transposition tardive de la Directive : la transposition ne s'est pas produite avant le 27 décembre 2016, mais le 27 mai 2017. On peut se demander si la réclamation par quelqu'un qui considère avoir droit à une réparation de dommages comme conséquence d'une infraction qui aurait fini entre ces deux dates peut invoquer l'effet direct de la Directive et donc bénéficier du délai de cinq ans. La réponse en principe est claire : il n'y a pas d'effet direct d'une directive quand il s'agit, comme c'est le cas, d'une relation horizontale, c'est-à-dire, entre particuliers.

Les experts se demandaient aussi quelle serait la conclusion que le juge pourrait obtenir par rapport à l'application du principe d'interprétation conforme au droit de l'Union, selon la jurisprudence *Marleasing*⁹⁹. Un autre arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, *Arcaro*, du 26 septembre 1996,¹⁰⁰ a signalé que : *“Toutefois, cette obligation pour le juge national de se référer au contenu de la directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites lorsqu'une telle interprétation conduit à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée ou, à plus forte raison, lorsqu'elle conduit à déterminer ou à aggraver, sur la base de la directive et en l'absence d'une loi prise pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions (voir arrêt Kolpinghuis Nijmegen, précité, points 13 et 14).”* Cela indique que ledit possible demandeur ne serait pas en situation d'avoir droit à l'application du nouveau délai de prescription.

Un autre aspect douteux à propos du délai de prescription est celui du terme à appliquer à l'action judiciaire de retour.

L'article 73 de la loi de la concurrence espagnole a prévu la possibilité pour celui qui a payé une réparation de dommages d'engager une action récursoire contre les autres responsables de l'infraction, mais dans ce cas-là, il ne s'agit pas d'une action de responsabilité extracontractuelle ni d'une action de réclamation de dommages anticoncurrentiels. En droit espagnol il faudrait appliquer à cette réclamation le délai prévu pour les actions personnelles qui n'ont pas un délai de prescription spécial au paragraphe 2 de l'article 1964 du code civil, qui est de cinq ans. Ce terme a été modifié récemment par la loi 42/2015 du 5 octobre puisqu'antérieurement il était de quinze ans.

Les réclamations de dommages en relation avec le cartel des camions, liées à la décision de la Commission européenne du 19 juillet 2016¹⁰¹, sont nombreuses et ont été posées aux cours espagnoles, et des jugements ont été rendus dès le début de cette année 2019.

Puisque les décisions ont été contradictoires et une décision en appel n'a pas encore été rendue, le commentaire de celles-ci se fera lorsque l'attendue unification de critère par la cour d'appel sera publiée.

Finalement, l'examen des différentes questions analysées au cours des dernières pages exige de faire une référence au fait que le code civil espagnol contient une réglementation concrète à tenir compte dans tous les cas où il y a une modification législative d'un délai de prescription. Il s'agit de l'article 1939, qui dispose que la prescription commencée avant la publication de ce code va se régir par les lois antérieures à celui-ci ; cependant si à partir du moment où il est devenu obligatoire le temps par lui exigé pour la prescription s'est écoulé, celle-ci va avoir tous ses effets, même si les lois antérieures établissaient une période de temps supérieure.

La rédaction de cet article est complexe. La jurisprudence l'a interprété et appliqué de telle sorte que l'on doit distinguer trois scénarios nettement différents :

- prescription commencée et terminée avant la modification ;
- prescription commencée avant la modification mais pas finalisée ;
- prescription commencée après l'entrée en vigueur de la modification législative.

Le problème se pose donc dans le deuxième cas, où la solution à adopter dépend du temps qui s'est écoulé dans chaque cas spécifiquement, c'est-à-dire : en prenant l'exemple concret des actions personnelles, il faut analyser dans chaque cas combien de temps reste pour atteindre les quinze ans initialement prévus. Si, au moment de l'entrée en vigueur de la loi 42/2015, douze ans se sont passés, alors il ne reste que trois ans pour atteindre le terme de quinze ans prévu auparavant. En revanche, s'il reste à passer plus de cinq ans, alors la prescription aura lieu une fois ces cinq ans écoulés (i.e., si des quinze ans, neuf sont encore à épuiser, dans ce cas le terme sera atteint au bout de cinq).

Cette réglementation est importante, non seulement par le fait qu'elle est comprise dans le code civil, qui est d'application supplétoire dans tous les domaines de l'ordre juridique espagnol, mais aussi parce qu'elle constitue un principe et une référence qui peuvent être employés au moment de résoudre des problèmes de temps comme ceux ici analysés. ■

99 CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89.

100 CJCE, 26 septembre 1996, aff. C-168/95.

101 Décision de la Commission du 19 juillet 2016 relative à une procédure d'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. AT.39824 – *Camions*).

Communication des pièces et secret d'affaires

Pratiques du tribunal de commerce de Paris en matière de recherche de preuves

Geneviève Rigolot

grigolot@gmail.com

Présidente

Chambre de la concurrence, Tribunal de commerce de Paris

ABSTRACT

De longue date, le tribunal de commerce de Paris s'est efforcé d'améliorer les procédures permettant à un justiciable de rechercher les preuves nécessaires, avant tout procès ou devant le juge du fond. Ses pratiques, mises au point en marge des textes, sont reconnues et désormais confortées par les nouveaux textes sur le secret des affaires qui ont généralisé certaines de ses solutions. Mais il se félicite bien sûr de disposer désormais d'un corpus de textes et d'outils procéduraux qui permettent de garantir aux justiciables des procédures respectueuses du secret des affaires ou de faire cesser une atteinte à ce secret.

For a long time, the Paris Commercial Court has endeavored to improve the procedures by which a litigant can search for the necessary evidence, prior to any trial or before the trial judge. Its practices, developed on the margins of the regulatory texts, are recognized and now confirmed by the new texts on business secrecy that have generalized some of its solutions. But of course, it welcomes the fact that it now has a body of texts and procedural tools that make it possible to guarantee litigants respectful business secrecy procedures or to put a stop to an infringement of this secrecy.

I. Les pratiques procédurales du tribunal de commerce de Paris pour la recherche des pièces

1. La requête de l'article 145 du code de procédure civile, l'ordonnance et le constat

1. Juge de première instance, le tribunal de commerce de Paris est tout naturellement saisi par les justiciables qui cherchent à se procurer les preuves qui leur sont nécessaires et lui demandent d'autoriser des mesures *in futurum* sur le fondement des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, selon lequel : “*S'il existe un*

motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.”

2. Lorsque la demande est formée sur requête présidentielle, cette procédure est redoutablement efficace puisqu'elle permet d'obtenir une ordonnance qui donne pour mission à un huissier mandaté à cet effet de se rendre chez un supposé détenteur des pièces espérées et non préalablement averti, et de les rechercher notamment dans ses supports informatiques.

3. Seules conditions posées par la loi : que la mesure soit ordonnée avant toute instance au fond, qu'il soit justifié que les pièces ne peuvent pas être autrement obtenues et démontré que la dérogation au principe du contradictoire est nécessaire en raison d'un risque de disparition des pièces. Mais de fait, le délégué du président s'efforce aussi d'écarter les demandes susceptibles d'entraîner des désagréments disproportionnés eu égard aux objectifs poursuivis, ce qui n'est cependant pas aisé en l'absence de débat contradictoire ; mais au tribunal de commerce

de Paris, la comparution orale avec un dossier étayé est exigée et toute requête non soutenue oralement est écartée.

4. Cette procédure rend les plus grands services et est très utilisée pour rechercher les preuves d'un agissement ponctuel et ciblé, singulièrement pour ceux constitutifs de concurrence déloyale (débauchage, parasitisme...) ou de violation d'une obligation de non-concurrence, voire de pratiques anticoncurrentielles. Elle est moins efficace pour la recherche des preuves nécessaires à la détermination d'un préjudice, si la nature des informations recherchées reste trop indéterminée.

5. Conscient du caractère inquisitoire des mesures ainsi décidées et des risques d'abus, le tribunal de commerce de Paris s'astreint à de strictes précautions pour que les droits du requis soient préservés, nonobstant le silence des textes à cet égard.

6. Il a décidé que l'huissier devrait remettre copie de l'ordonnance au requis et que les pièces obtenues dans le cadre de ces constats sur requête seraient toujours mises sous séquestre provisoire. Cette règle essentielle permet d'effectuer des vérifications avant de décider dans un deuxième temps de remettre, ou non, tout ou partie de ces pièces au requérant.

7. Cette pratique de la mise sous séquestre provisoire est appelée à se généraliser puisque l'article R. 150-1 du code de commerce résultant du décret du 11 décembre 2018 précise que le juge peut l'ordonner d'office "*afin d'assurer la protection du secret des affaires*". Elle est bien sûr aussi utile pour écarter les documents susceptibles de porter atteinte à d'autres secrets que celui des affaires, au secret des correspondances entre un avocat et son client, à la vie privée, ou simplement celles non nécessaires au soutien des prétentions du requérant. Au tribunal de commerce de Paris, le séquestre provisoire restera donc systématiquement ordonné en toutes hypothèses.

8. Des mesures complémentaires de précautions sont mises en œuvre.

9. Au stade des opérations de constat, plusieurs règles, pratiques mais essentielles, ont été progressivement mises au point pour anticiper les difficultés rencontrées, et sont fixées dans l'ordonnance.

10. La sélection des pièces s'effectue à partir des supports informatiques du requis, qui est invité à en communiquer les codes d'accès.

11. L'huissier mandaté reçoit mission de rechercher les pièces susceptibles de démontrer les griefs évoqués dans la requête. Mais, afin d'éviter de se retrouver avec des centaines de documents difficilement gérables, l'ordonnance détermine des mots-clés discriminants soigneusement choisis, en écartant tous les termes généraux ou susceptibles de multiplier les réponses (p. ex. : les mots "contrat", "monsieur", "société") et en retenant un mot combiné à un ou plusieurs autres.

12. L'ordonnance peut aussi demander à l'huissier d'identifier ou d'écarter les messages dont telle personne est émettrice ou destinataire (généralement l'avocat du requis; mais mettre un avocat en copie d'un courriel ne le fait pas nécessairement bénéficier du secret des correspondances et un examen reste nécessaire) ou d'écarter les documents qu'il est possible de se procurer autrement (p. ex. : les comptes publiés).

13. Ordre est donné à l'huissier de prendre des photos ou des copies, en deux exemplaires, des supports papier et informatique et de procéder aux extractions nécessaires; puis de mettre sous séquestre provisoire l'ensemble des pièces obtenues, dont une copie placée sous séquestre servira de référentiel et dont l'autre copie servira au mandataire pour procéder, de manière différée et avec l'aide éventuelle d'un technicien, à l'ensemble des recherches et analyses demandées, ces travaux devant être traçables.

14. Il faut aussi préparer la future opération de levée de séquestre et, à cet effet, il est très important que l'huissier établisse à destination du requis un document permettant l'identification des éléments appréhendés "*afin qu'il puisse, pour les besoins de leur examen par le juge, sélectionner les seules pièces à la communication desquelles il s'oppose*". En même temps, il remet au requérant le rapport de ses opérations, sans bien sûr lui donner connaissance des pièces mises sous séquestre tant qu'il n'y a pas été autorisé.

2. La rétractation, la levée du séquestre provisoire et le tri des documents

15. La mise sous séquestre provisoire des documents oblige à ce qu'il soit ensuite procédé à la délicate opération de levée de ce séquestre après tri des pièces et sélection de celles qui sont à divulguer.

16. En l'absence de textes régissant cette opération, l'ordonnance doit minutieusement préciser les conditions dans lesquelles il sera procédé contradictoirement, en référé (référé de levée de séquestre), en présence de l'huissier mandataire de justice, à l'examen des pièces séquestrées pour qu'il soit statué sur la communication desdites pièces. Elle invite le requérant à assigner en référé à cet effet la partie visée par la mesure, dans un délai fixé par le tribunal de commerce de Paris à un mois à compter de la première exécution de la mesure.

17. Mais, en pratique, le requis demande généralement la rétractation de cette ordonnance, le plus souvent par conclusions reconventionnelles le jour de cette audience de référé (jusqu'à décembre 2017, aucun texte n'imposait un délai pour demander la rétractation). Il est donc statué en premier lieu sur cette demande de rétractation et, jusqu'à présent, ultérieurement à l'issue d'une audience distincte, sur la levée du séquestre.

18. Pour éviter, en cas de refus de la rétractation, une exécution prématurée et préjudiciable de l'ordonnance sur requête, le tribunal de commerce a choisi de préciser dans ces ordonnances de référé que, notwithstanding leur caractère en principe de plein droit exécutoire, elles ne le seraient pas, ce au visa peut-être un peu osé de l'article 489 du code de procédure civile. En cas de rejet de la rétractation et appel, il est cependant possible de commencer les opérations de levée de séquestre, mais le juge attend la décision d'appel pour l'ordonner. Ainsi qu'on le verra, les nouveaux textes s'efforcent de régler ces difficultés.

19. La levée du séquestre provisoire nécessite un examen des pièces en principe contradictoire et il a fallu imaginer des solutions pour procéder à cet examen tout en préservant la confidentialité des pièces susceptibles de porter atteinte au secret des affaires, ou à tout autre secret d'ailleurs.

20. La pratique récente était la suivante : essayer d'obtenir l'accord des parties et de leurs avocats pour renvoyer à un examen contradictoire des pièces par les avocats, en présence du mandataire judiciaire et d'un technicien informatique et en l'absence du juge, ce qui permettait de réduire le débat ultérieur avec le juge aux pièces sur lesquelles les parties n'avaient pu se mettre d'accord. Mais l'absence du juge est parfois refusée.

21. Nous avons dû aussi tenir compte de décisions selon lesquelles l'avocat n'est pas tenu au secret vis-à-vis de son client¹⁰². Mais, ainsi que nous le verrons, cette difficulté n'en serait plus une en raison des dispositions de l'article L. 153-2 du code de commerce issu de la loi du 30 juillet 2018. Pour y remédier, nous tentions de suggérer de faire signer à l'avocat du requérant et surtout à son client un "*engagement de confidentialité portant renonciation irrévocable à faire état de l'existence de documents dont (son) notre conseil aurait pu avoir connaissance et dont la levée du séquestre n'a pas été autorisée*". Cette pratique de l'accord de confidentialité, bien connue dans les relations d'affaires, restera sans aucun doute encore très utile pour résoudre certaines difficultés et craintes et notamment pour organiser des cercles de confidentialité élargis à tous ceux qui peuvent avoir à travailler sur un dossier.

22. Il n'en reste pas moins que, dans les affaires les plus délicates qui nécessiteraient un débat vraiment contradictoire, il était difficile de l'organiser, si l'avocat d'une des parties n'avait pas connaissance des pièces concernées. S'il le fallait, en définitive, le juge procédait seul à la lecture des pièces dont la divulgation restait contestée, mais cette façon de procéder était parfois critiquée et le juge préférerait généralement obtenir l'accord des parties. Cela ne sera plus nécessaire puisque les dispositions de l'article L. 153-1 du code de commerce issues de la loi du 30 juillet 2018 autorisent expressément cette façon de procéder.

23. Néanmoins le pouvoir coercitif du juge restait trop léger pour faire rapidement cesser de rares mais possibles comportements dilatoires du requis.

3. La sélection des pièces communicables eu égard au secret des affaires, tant par le juge des référés que par le juge du fond saisi d'un incident de communication de pièces

24. Le tribunal de commerce de Paris n'avait pas hésité à affirmer que l'invocation du secret des affaires ne suffisait pas à lui seul à justifier un refus de communication de pièces, position prétorienne désormais fort heureusement confirmée par le législateur (art. L. 153-1 du code de commerce).

25. Mais le tribunal de commerce n'avait pas attendu que la loi le précise pour décider qu'en une telle situation où une pièce qui contient des informations susceptibles de porter atteinte au secret des affaires est indispensable au débat contradictoire, la communication n'était qu'une solution de dernier recours et qu'il y avait lieu de rechercher et mettre en œuvre tous les moyens de protection possibles restant compatibles avec l'exigence d'un débat contradictoire.

26. Les nouveaux textes évoqués ci-après devraient permettre de résoudre les principales difficultés rencontrées : utilisation par certaines parties de tous les moyens de procédure pour résister, recours interjeté à l'encontre de chacune des décisions, invocation quasi systématique du secret des affaires (notion alors mal définie), difficulté pour le demandeur de définir les pièces dont la communication est demandée, trop longues discussions sur la méthode à suivre pour organiser une communication tout en préservant le secret des affaires ou sur des engagements de confidentialité en l'absence d'un régime légal.

102 CA Versailles, 30 mars 2017, RG 16/05336 sur renvoi de Cass. 1^{re} civ., 25 février 2016, n° 14-25.729.

II. Les apports des nouveaux textes de 2017 et de 2018 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles et à la protection du secret des affaires

1. Les textes relatifs aux actions en dommages-intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles

27. Il s'agit d'abord de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, de son ordonnance de transposition du 9 mars 2017 et de son décret de même date (art. L. 483-1 à L. 483-11 ; R. 483-1 à R. 483-10 et R. 483-14), textes applicables aux instances introduites à compter du 26 décembre 2014.

28. Dès avant même la signature de la directive, les juges saisis de ce type de dossiers de pratiques anticoncurrentielles ou de demandes de réparation des préjudices liés à de telles pratiques ont été convaincus du rôle qu'ils avaient à jouer pour faciliter la recherche de preuves et l'effectivité du droit à réparation et n'ont pas manqué de rappeler aux parties qui tentaient de résister les exigences de la directive même non encore transposée (futur art. L. 483-1-13 notamment).

29. Le changement de perspective qui découle de l'obligation faite au juge de mettre effectivement en œuvre le droit à réparation (art. L. 483-1) a été essentiel.

30. Ces textes particuliers, analysés en détail par ailleurs, ont utilement encadré et précisé les conditions du traitement des incidents de communication de pièces. Pratiquement, le secret des affaires n'y est toujours pas défini, à la différence du régime de la confidentialité, qui l'est par l'article L. 483-2. Est affirmé le principe selon lequel, lorsque la pièce est nécessaire à la solution du litige, la communication peut être ordonnée, nonobstant la nature des informations qu'elle contient mais dans des conditions que le juge fixe de nature à préserver autant que possible la confidentialité (art. L. 483-2 et R. 483-5).

31. Différentes mesures devraient grandement faciliter le bon déroulement des opérations. La précision selon laquelle la communication peut être sollicitée et ordonnée par "catégorie de pièces" est importante au plan pratique. Y contribuera aussi le renforcement des pouvoirs du juge, qui peut tirer toutes conséquences d'un comportement non conforme d'une partie et user de la sanction de l'amende civile de 10000 euros (art. R. 483-14). L'essentiel est sans doute l'encadrement des délais de recours : recours seulement avec la décision sur le fond des décisions rejetant la demande de communication et délais d'appel de dix jours s'il est fait droit.

32. Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, le tribunal de commerce de Paris, ainsi conforté dans la légitimité d'une démarche tendant à faciliter au demandeur à une réparation la recherche de preuves, et s'appuyant sur sa pratique ci-devant rappelée, a cherché à répondre aux attentes des justiciables se disant victimes. Il a privilégié une démarche pragmatique et, si possible, consensuelle, en multipliant les audiences pour rapprocher les points de vue sur les pièces nécessaires ou les méthodes d'examen des pièces sensibles. Il l'a fait dans le cadre adapté des audiences du juge chargé d'instruire l'affaire (juge unique, lors des débats, qui rapporte au tribunal qui prononce les jugements, système généralement préféré à celui juridiquement possible des ordonnances de ce juge).

33. Au fond, le tribunal a recherché des solutions innovantes inspirées de la procédure de l'article 145 ou de la vie des affaires. Les avocats ont dans l'ensemble joué le jeu et c'est grâce à eux que des pistes ont pu être explorées : il a par exemple été envisagé dans un dossier l'organisation d'une *data room*, projet cependant abandonné en raison de l'évolution du dossier.

34. Ces solutions nécessitent des discussions sur les procédures à mettre en œuvre, sur les conditions de l'examen des pièces sensibles au regard du secret des affaires ou de leur communication partielle, tout en respectant autant que possible le contradictoire, et allongent inévitablement la durée des procédures. Cependant la pratique de la multiplication des audiences d'un juge unique, le juge chargé d'instruire l'affaire, entrecoupées de jugements ou d'ordonnances intermédiaires actant les points d'accord avec fixation de calendrier permet de faire avancer les choses.

2. Les textes relatifs à la protection du secret des affaires

35. Il s'agit de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 et de sa loi de transposition élargie du 30 juillet 2018 et du décret du 11 décembre 2018, applicables au 12 décembre 2018, qui s'inspirent des dispositions des textes spécifiques de 2017 qui viennent d'être évoqués, mais en leur donnant un champ d'application plus général et en les complétant. Ne seront ici signalés que les apports les plus utiles *a priori* pour les procédures de recherche de preuves.

36. Nous relèverons en premier lieu la définition du secret des affaires de l'article L. 151-1 du code de commerce selon laquelle c'est une information répondant à trois critères tenant à son caractère secret, sa valeur commerciale effective ou potentielle et aux mesures de protection raisonnables prises ; mais nous n'en dirons pas plus puisque ce n'est pas l'objet de cette intervention.

37. Le nombre des demandes non pertinentes fondées sur le respect du secret des affaires sera très certainement limité par les conditions de leur recevabilité de l'article R. 153-3 : l'identification de la pièce ou de la catégorie de pièces concernée, la démonstration de la satisfaction des trois critères précités de l'article L. 151-1, la production d'une version confidentielle intégrale et d'une version non confidentielle comme d'un mémoire spécifiant, pour chaque information contenue dans une pièce, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires.

38. Une batterie de solutions pratiques (art. L. 153-2 et R. 153-2 et s.) est désormais offerte au juge devant lequel il est allégué qu'une pièce réclamée ou "saisie" contient des informations relevant du secret des affaires, solutions qui confortent pour la plupart les pratiques déjà mises en œuvre au tribunal de commerce de Paris et évoquées ci-dessus. Dans la procédure de l'article 145 du code de procédure civile, le président peut toujours ordonner même d'office le séquestre provisoire.

39. Dans un tel cas, le juge statue sans audience sur la communication ou la production de la pièce, il peut prendre seul connaissance de la pièce, peut entendre séparément les parties ou solliciter l'avis d'une personne habilitée par elle qui, même si elle est avocat, sera tenue à la confidentialité vis-à-vis de son client, ainsi qu'il est spécifié à l'article R. 153-2 4^e alinéa. Il peut aussi décider qu'une pièce sera communiquée dans une version non confidentielle ou en résumé.

40. S'il estime nécessaire à la solution du litige la communication intégrale d'une pièce contenant des informations de nature à porter atteinte au secret des affaires, il ordonne sa communication ou sa production dans cette version mais désigne alors la ou les personnes physiques pouvant avoir accès à la pièce, outre les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties (L. 153-1 et R. 153-6). Les obligations de confidentialité s'imposent à toute personne ayant accès à une pièce considérée par le juge comme couverte, ou susceptible de l'être, par le secret des affaires.

41. De nouvelles règles de recours réduiront la durée de ces procédures : (i) la demande de rétractation d'une ordonnance de constat et/ou de séquestre provisoire doit être formée dans le délai d'un mois à compter de sa signification, le juge des référés alors saisi étant compétent pour statuer aussi sur la levée totale ou partielle de la mesure de séquestre, (ii) une décision au fond faisant droit à une demande de communication de pièces peut être frappée d'appel dans un délai de quinze jours à compter de la signification de la décision, la procédure devant la cour étant celle du bref délai, et, (iii) très important, une décision au fond rejetant une telle demande de communication n'est susceptible de recours qu'avec la décision au fond.

42. Enfin les droits du requis ne sont pas oubliés et les décisions en matière de levée de séquestre provisoire ou ayant accordé une communication de pièces ne bénéficient légalement pas de l'exécution provisoire.

43. C'est grâce à ces textes, mais aussi grâce aux avocats, que les juges pourront encore améliorer leurs pratiques pour permettre aux justiciables de rechercher efficacement les preuves nécessaires à la solution de leur litige dans le respect du contradictoire et des droits de leurs adversaires. ■

Sources et évolutions de la protection du secret des affaires en France

Pascal Wilhelm

pwilhelm@wilhelmassociés.com

Avocat associé

Wilhelm & Associés, Paris

1. L'adoption de la loi du 30 juillet 2018 et son décret d'application¹⁰³, transposant la directive européenne du 8 juin 2016 relative à la protection du secret des affaires¹⁰⁴, marque l'achèvement d'un processus de réflexion amorcé depuis de nombreuses années en France sur la nécessité de renforcer la protection des secrets d'affaires.

2. Face à la vulnérabilité des entreprises devant l'espionnage économique, le vol ou la copie non autorisée d'informations, l'Union européenne a vu dans la protection du secret des affaires un moyen nécessaire pour favoriser le développement de l'innovation au sein du marché intérieur. En effet, les entreprises "*utilisent la confidentialité comme un outil de compétitivité et de gestion de l'innovation dans la recherche dans les entreprises, et en ce qui concerne une large gamme d'informations, qui va des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires et les études et stratégies de marché*"¹⁰⁵.

3. Partant du constat de l'insuffisante protection des secrets d'affaires contre leur utilisation ou divulgation illicite (I.), c'est sous l'impulsion des institutions de l'Union européenne que le droit français s'est doté d'un mécanisme général et autonome de protection des secrets d'affaires (II.).

103 Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, *JORF* n° 0174 ; décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires, *JORF* n° 0288.

104 Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

105 *Ibid.*, considérant 2.

I. Le constat de l'insuffisante protection du secret des affaires

4. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2018, les secrets d'affaires ne bénéficiaient d'aucun régime de protection *sui generis*. Les secrets d'affaires étaient néanmoins protégés, de manière indirecte et incomplète, par des dispositions législatives éparses (1.). Malgré cette situation instable et insatisfaisante, des dispositifs existant à l'étranger, dans l'Union européenne ou même en France, ont permis d'inspirer un nouveau régime offrant aux entreprises des moyens efficaces de protection des informations secrètes dont elles sont titulaires (2.).

1. Le défaut de protection *sui generis* des secrets d'affaires

5. L'absence de définition légale du secret d'affaires, antérieurement à l'adoption de la loi du 30 juillet 2018, pouvait notamment s'expliquer par la volonté et la nécessité de ne pas figer un concept dont le contenu est évolutif¹⁰⁶. Paradoxalement, dans le contexte du développement de l'économie de l'information, la protection des secrets d'affaires était devenue cruciale pour les entreprises.

6. Le cadre législatif français préexistant ne reconnaissait cependant pas la notion de secret d'affaires et disposait déjà d'instruments assurant une protection, certes imparfaite, de certains secrets d'affaires.

106 La protection du Secret des Affaires : Enjeux et propositions, Rapport du 17 avril 2009, groupe de travail présidé par M. Mathon, Mission du Haut Responsable chargé de l'intelligence économique, p. 48 et s.

7. En droit pénal, la révélation d'un secret de fabrique par un directeur ou salarié de l'entreprise¹⁰⁷, le vol de documents confidentiels¹⁰⁸, la violation du secret professionnel¹⁰⁹ ou encore la fourniture de renseignements à une entreprise ou puissance étrangère¹¹⁰ sont réprimés.

8. En responsabilité contractuelle de droit commun, la clause de confidentialité constitue un instrument largement utilisé par les entreprises pour sécuriser les informations confidentielles communiquées dans le cadre de partenariats commerciaux. Toutefois, son effet relatif et la difficulté de définir précisément l'intensité des obligations de chacun des cocontractants font obstacle à une protection efficace.

9. L'action en concurrence déloyale qui sanctionne l'usage déloyal ou le détournement par un concurrent (ou une entreprise non concurrente sur le fondement du parasitisme) d'informations confidentielles permet également d'obtenir réparation de la violation du secret d'affaires. Toutefois, la possibilité offerte par la responsabilité civile délictuelle de solliciter des mesures réparatrices *a posteriori* est insusceptible de protéger, en amont, la divulgation des secrets d'affaires.

10. Enfin, face aux risques de divulgation des secrets d'affaires dans le cadre des procédures américaines de *pre-trial discovery*, le législateur français avait adopté la loi dite de "blocage" du 26 juillet 1968 interdisant aux agents et entreprises français, sous réserve des traités internationaux, de communiquer à des autorités publiques étrangères des documents et informations stratégiques susceptibles de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public¹¹¹. Cependant, celle-ci a rapidement démontré son inefficacité face à l'application extraterritoriale de la procédure de *discovery* consacrée par la Cour suprême des États-Unis en 1987 dans l'affaire *Aerospatiale*¹¹².

2. Des mécanismes inspirants de protection des secrets d'affaires

11. Face aux limites des dispositifs existants, des systèmes législatifs étrangers et des mécanismes spécifiques, notamment dans le cadre de procédures d'infraction au droit de la concurrence, ont néanmoins pu inspirer le nouveau régime général de protection des secrets des affaires.

12. Pour exemple, dès 1996 et l'adoption de l'Economic Espionage Act, les États-Unis ont instauré un système juridique répressif de protection des secrets d'affaires¹¹³.

13. La loi américaine a ainsi défini le secret d'affaires comme étant "*toute information confidentielle, quels que soient sa forme, sa nature et son support, qui présente une valeur économique propre, réelle ou potentielle et qui ne consiste pas en des connaissances générales susceptibles d'être facilement et directement constatées par le public*", et pour lesquelles le titulaire de l'information a "*pris des mesures raisonnables pour maintenir le secret*"¹¹⁴.

14. Cette définition particulièrement élastique – dont on verra qu'elle a vraisemblablement inspiré les rédacteurs de la directive et de la loi française de transposition – permet d'appréhender toute information, indépendamment de son support, présentant un intérêt économique pour l'entreprise qui en est titulaire.

15. Les instances européennes ont également manifesté très tôt le souci de protéger les secrets d'affaires des entreprises faisant l'objet d'une procédure d'infraction au droit de la concurrence. Dès le début des années 1990, le juge européen a examiné dans quelle mesure sont conciliés "*le souci légitime de la requérante d'éviter que ne soit portée une atteinte essentielle à ses intérêts commerciaux et le souci, tout aussi légitime, des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits*"¹¹⁵.

16. Les règlements (CE) n° 1/2003¹¹⁶ et n° 773/2004¹¹⁷ suivis d'une communication de la Commission relative à l'accès au dossier¹¹⁸ ont perpétué ce souci de concilier les intérêts des parties en cause dans le cadre d'une procédure d'infraction au droit de la concurrence devant la Commission européenne. Si rien n'interdit à la Commission de divulguer des informations confidentielles nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction, il lui appartient néanmoins d'apprécier si la pertinence des informations, leur caractère indispensable, et leur niveau de sensibilité justifient que soit portée atteinte au secret des affaires dans le souci de préserver les droits de la défense¹¹⁹.

107 C. trav., art. L. 1227-1 ; CPI, art. L. 621-1.

108 C. pénal, art. 311-1.

109 *Ibid.*, art. 226-13.

110 *Ibid.*, art. 411-6 à 411-8.

111 Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

112 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

113 Economic Espionage Act of 1996, Pub. L. 104-294, 110 Stat. 3489 (11 octobre 1996), art. 1832 : la loi sanctionne par dix ans d'emprisonnement et le paiement d'une amende jusqu'à 250 000 dollars pour les personnes physiques, jusqu'à 5 millions de dollars pour une entreprise.

114 *Ibid.*, art. 1839.

115 TPICE, 4 avril 1990, *Hilti*, aff. T-30/89.

116 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

117 Règlement (CE) n° 773/2004 du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE.

118 Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil. D'après cette communication, sont susceptibles de constituer un secret d'affaires : "*les informations techniques et/ou financières relatives au savoir-faire, les méthodes de calcul des coûts, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les quantités produites et vendues, les parts de marchés, les fichiers de clients et de distributeurs, la stratégie commerciale, la structure des coûts et de prix et la politique de vente (...)*"

119 *Ibid.*, pt. 24.

17. Les parties ont ainsi un droit d'accès au dossier de la Commission sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires¹²⁰. Toute personne qui présente des observations devant la Commission signale donc toute information qu'elle considère comme confidentielle et fournit une version non confidentielle de celle-ci dans le délai imparti par la Commission¹²¹. Le plaignant, qui peut formuler des observations écrites sur la communication des griefs adressée aux parties, ne se voit communiquer qu'une version non confidentielle de celle-ci¹²². De même, la Commission doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués lors de la publication de ses décisions¹²³.

18. Malgré cet aménagement procédural, la Cour de justice ou le Tribunal de l'Union européenne n'en demeurent pas moins régulièrement sollicités pour trancher des difficultés survenant dans l'application de ces textes afin de concilier les intérêts fondamentaux et souvent contradictoires que sont les droits de la défense, l'efficacité de la procédure devant la Commission et la confidentialité de certaines informations.

19. En France, l'Autorité de la concurrence dispose de mécanismes procéduraux permettant de ménager la protection du secret des affaires. Aux termes de l'article L. 463-4 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut ainsi refuser aux parties à la procédure l'accès à des informations couvertes par le secret des affaires¹²⁴, sous réserve de ne pas faire obstacle à l'exercice des droits de la défense¹²⁵. L'Autorité peut ainsi limiter l'accès des parties à certaines pièces, à un résumé des pièces ou à une version non confidentielle, lorsqu'une personne demande la protection du secret des affaires à l'égard d'éléments communiqués conformément à l'article R. 463-13 du code de commerce.

20. Dans ce contexte, de nombreux rapports et propositions se sont succédés pour tenter de répondre aux préoccupations des entreprises et apporter une protection générale et adéquate à leurs secrets d'affaires.

21. Le rapport sur la protection du secret des affaires remis par le Haut Responsable chargé de l'Intelligence économique au président Nicolas Sarkozy en avril 2009 contenait plusieurs propositions dont on peut considérer qu'elles ont inspiré le régime de la loi du 30 juillet 2018¹²⁶. Outre la voie pénale, ce rapport préconisait le renforcement de la protection du secret

d'affaires par un aménagement de la procédure civile s'inspirant de procédures applicables devant l'Autorité de la concurrence et les juridictions européennes¹²⁷.

22. Ce rapport proposait notamment de transposer les trois critères de définition du secret d'affaires retenus par l'ADPC et similaires à la définition américaine¹²⁸. L'opportunité de fixer une définition du secret d'affaires a néanmoins été très largement discutée dans le cadre des travaux ayant abouti à ce rapport eu égard au caractère nécessairement évolutif du concept de secret d'affaires¹²⁹.

23. Il est important de relever que le rapport recommandait de consacrer la violation du secret des affaires comme une faute autonome susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur et de lui dédier un article spécifique, à l'instar de l'article 1240 du code civil¹³⁰. Afin de renforcer la réparation des atteintes aux secrets d'affaires, le rapport suggérait en outre d'aménager les méthodes d'évaluation du préjudice afin de prendre en compte ses spécificités et de s'inspirer ainsi des dispositions du code de la propriété intellectuelle¹³¹.

24. En dépit de ces pistes de réflexions intéressantes, le poids des enjeux a fait obstacle à un consensus pour l'adoption d'un cadre général de protection des secrets d'affaires, comme en témoigne la proposition de loi avortée du député Carayon sur l'intelligence économique¹³².

25. L'ensemble de ces réflexions, menées à l'échelle européenne, se sont finalement concrétisées par l'adoption de la directive européenne du 8 juin 2016 et sa transposition en droit interne consacrant un régime général de protection des secrets d'affaires.

II. L'instauration d'un régime général de protection du secret des affaires

26. Rejetant la proposition visant à pénaliser le vol de secrets d'affaires et n'utilisant ainsi pas l'opportunité offerte par les dispositions d'harmonisation minimale

120 Règlement (CE) n° 1/2003, *op. cit.*, art. 27 ; règlement (CE) n° 773/2004, *op. cit.*, art. 15.

121 Règlement (CE) n° 773/2004, *op. cit.*, art. 16.

122 *Ibid.*, art. 6.

123 Règlement (CE) n° 1/2003, *op. cit.*, art. 30.

124 La Cour de cassation a ainsi rappelé que "le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires", Cass. com., 19 janvier 2016, n° 14-21.670.

125 C. com., art. R. 463-15.

126 Rapport du 17 avril 2009, *op. cit.*, p. 27 et s.

127 *Ibid.*, p. 25 et s.

128 *Ibid.*, p. 25-26. Cf. Accord sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, signé le 15 avril 1994 (OMC), art. 39, al. 2.

129 Rapport du 17 avril 2009, *op. cit.*, p. 48 et s.

130 *Ibid.*, p. 26.

131 *Ibid.*, p. 27.

132 Proposition de loi du 23 janvier 2012 visant à sanctionner la violation du secret des affaires, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture et transmise au Sénat (les discussions furent abandonnées).

de la directive¹³³, la loi du 30 juillet 2018 a aménagé un régime de responsabilité civile aux fins de protéger les secrets d'affaires (1.). Les détenteurs de secrets d'affaires disposent désormais d'instruments procéduraux spécifiques pour prévenir, faire cesser et réparer les atteintes illicites (2.).

1. La divulgation de secrets d'affaires constitutive d'une faute civile

27. Suivant la définition établie par la directive européenne du 30 juin 2016 et dépassant les interrogations quant à l'opportunité de définir le secret d'affaires, celui-ci dispose désormais d'une définition autonome en droit français (1.1). Le législateur français a ensuite instauré un régime spécial de responsabilité civile, destiné à prévenir et réparer la divulgation des secrets d'affaires (1.2).

1.1 La définition de l'information protégée au titre du secret d'affaires

28. Si la pertinence de définir le secret d'affaires peut être discutée¹³⁴, les exigences du marché commun et la nécessité d'inciter les échanges transfrontaliers en matière de recherche et développement justifient, semble-t-il, une définition homogène du secret d'affaires afin d'assurer aux entreprises un niveau de protection équivalent entre les États membres¹³⁵.

29. Transposant presque littéralement l'article 2 de la directive, le législateur français définit le secret d'affaires comme toute information (i) non généralement connue, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, par des personnes familières de ce type d'information sur le marché concerné, (ii) revêtant une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret et (iii) ayant fait l'objet, par son détenteur légitime, de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances¹³⁶.

30. Le support ou l'objet de l'information est indifférent¹³⁷ et l'on retrouve ainsi indubitablement l'influence de la définition américaine du secret d'affaires. La directive précise en outre dans quels cas, selon elle, une information est susceptible de revêtir une valeur commerciale. Il s'agit, par exemple, de toute information dont l'"obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel

scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle"¹³⁸. La directive confirme ainsi que l'existence d'un secret d'affaires s'apprécie essentiellement au regard de la situation particulière et des intérêts de chaque entreprise.

31. Il appartiendra cependant aux tribunaux, en cas de litige, d'apprécier *in concreto* le caractère raisonnable des mesures de protection mises en œuvre par l'entreprise revendiquant la protection au titre des secrets d'affaires. La signature d'accords de confidentialité dans le cadre de partenariats commerciaux devrait constituer une exigence minimale de protection des secrets d'une entreprise.

32. Outre la définition de l'information protégée, la directive puis les dispositions internes de transposition se sont attachées à définir la faute génératrice de responsabilité civile : "*l'atteinte illicite*".

1.2 Le régime spécial de responsabilité civile du fait de l'atteinte illicite aux secrets d'affaires

33. "*Toute atteinte au secret des affaires telle que prévue aux articles L.151-4 à L.151-6 engage la responsabilité civile de son auteur*"¹³⁹. Un principe autonome de responsabilité civile du fait de l'obtention, de la divulgation ou de l'utilisation illicite de secrets d'affaires est désormais établi, alors que la sanction d'une telle atteinte balbutiait jusqu'alors entre diverses et insuffisantes dispositions législatives. Cette action se prescrit par cinq ans à compter de la date à laquelle le détenteur de l'information légitime a connu ou aurait dû connaître le dernier fait qui en est la cause¹⁴⁰. Le délai de prescription et son point de départ est désormais identique au droit commun de la responsabilité civile depuis la loi n°2019-486 du 22 mai 2019. Quant aux causes d'interruption et de suspension, en l'absence de précision, il semble qu'il soit nécessaire de se référer au droit commun de la prescription.

34. L'appropriation d'un secret d'affaires sans le consentement de son titulaire légitime constitue *per se* une atteinte illicite dès lors qu'elle résulte d'"un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments" ou "*de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale*"¹⁴¹.

35. Constitue également une atteinte illicite, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires réalisée sans le consentement de son titulaire par une personne

133 Directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, considérant 10 : "Il convient de mettre en place, au niveau de l'Union, des règles pour rapprocher les droits des États membres de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires. Ces règles devraient être sans préjudice de la possibilité pour les États membres de prévoir une protection plus étendue (...)."

134 Rapport du 17 avril 2009, *op. cit.*, p. 48 et s.

135 Directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, considérants 8, 9 et 14.

136 C. com., art. L.151-1.

137 Directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, considérant 14.

138 *Ibid.*

139 C. com., art. L.152-1.

140 *Ibid.*, art. L152-2. La directive impose aux États membres un délai maximal de six ans (art. 8).

141 C. com., art. L. 151-4 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 4.2.

ayant obtenu le secret dans les conditions précitées de l'article L. 151-4 du code de commerce ou en violation d'une obligation de confidentialité¹⁴².

36. L'atteinte illicite est également caractérisée en cas de production, offre, mise sur le marché, importation ou exportation de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret lorsque la personne exerçant ces activités savait ou aurait dû savoir que le secret était utilisé de façon illicite¹⁴³.

37. Enfin, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite *“lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5”*¹⁴⁴.

38. Comme tout principe, celui-ci souffre d'exceptions. Ainsi, la loi, comme la directive, protège les intérêts de certains tiers ayant un intérêt légitime à ce que des secrets d'affaires soient divulgués comme celui des autorités juridictionnelle ou administrative dans le cadre de leurs pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction¹⁴⁵ ou à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, c'est le cas notamment des lanceurs d'alerte¹⁴⁶ ou des salariés et de leurs représentants au titre de leur droit d'être informé ou consulté¹⁴⁷. La loi réserve plus généralement l'exercice de la liberté d'expression et de communication, et vise implicitement le cas des journalistes au titre du respect de la liberté de la presse, ainsi que la protection de tout intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne¹⁴⁸.

2. Les nouveaux moyens procéduraux de protection du secret des affaires

39. Indépendamment de l'instauration d'une action spécifique destinée à prévenir, faire cesser et interdire toute atteinte au secret des affaires (2.1), la loi du 30 juillet 2018 opère une transposition maximale de la directive en introduisant des mesures générales de protection des secrets d'affaires devant les juridictions civiles et commerciales (2.2).

2.1 Une action judiciaire spécifique devant les juridictions civiles ou commerciales en cas d'atteinte illicite au secret des affaires

40. Aux termes de l'article L. 152-3 du code de commerce, le juge peut prendre toute mesure proportionnée de nature à prévenir ou faire cesser, y compris sous astreinte, une atteinte illicite au secret des affaires. Cette disposition reflète la latitude laissée par la directive aux États membres pour l'adoption des mesures, procédures et réparations nécessaires en cas d'atteinte illicite¹⁴⁹. Le code de commerce précise en outre que cette action en prévention ou cessation de l'atteinte illicite n'est pas exclusive d'une action en dommages et intérêts.

41. Il a fallu attendre le décret d'application du 11 décembre 2018 pour voir précisées les mesures provisoire ou conservatoire à la disposition du juge pour prévenir et faire cesser les atteintes illicites aux secrets d'affaires. Le juge peut ainsi interdire (i) la réalisation ou la poursuite de toute utilisation ou divulgation de secrets d'affaires, (ii) la production, l'offre, la mise sur le marché ou l'utilisation de produits soupçonnés de résulter d'une atteinte au secret d'affaires, l'importation ou l'exportation d'un tel produit, et (iii) la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tels produits¹⁵⁰. En substitution à ces mesures, le juge peut ordonner un mécanisme original de garantie destinée à assurer l'éventuelle indemnisation du demandeur¹⁵¹. Ces mesures sont dépourvues d'autonomie et deviennent caduques à défaut pour le demandeur d'intenter une action au fond.

42. Le nouveau cadre légal prévoit encore des modalités spécifiques d'évaluation du préjudice résultant d'une atteinte au secret des affaires. S'il est classiquement prévu que le juge prend en compte le manque à gagner, la perte subie (y compris la perte de chance) ainsi que le préjudice moral, le code de commerce innove désormais en prévoyant qu'il est également tenu compte des *“bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte”* s'inspirant ainsi du code de la propriété intellectuelle en matière de contrefaçon¹⁵². Surtout, à titre d'alternative et sur demande de la victime de l'atteinte, le juge peut allouer à titre de dommages et intérêts, *“une somme forfaitaire tenant compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires”*. Cette alternative semble mal s'accommoder du principe de réparation intégrale prohibant traditionnellement l'octroi par les juges d'une indemnisation forfaitaire.

142 C. com., art. L.151-5 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 4.3.

143 C. com., art. L.151-5 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 4.5.

144 C. com., art. L. 151-6 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 4.4.

145 C. com. art. L. 151-7.

146 C. com., art. L. 151-8, 2°.

147 C. com. art. L. 151-9.

148 C. com., art. L. 151-8.

149 Directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 6 et 7.

150 C. com., art. R. 152-1, I.

151 C. com., art. R. 152-1, II.

152 C. com., art. L. 152-6 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 14.

43. Enfin, il est désormais prévu que les comportements abusifs et de mauvaise foi ayant pour objet de présenter des demandes de protection de secrets d'affaires manifestement infondées peuvent être sanctionnés par une amende civile¹⁵³, ce qui soulève par ailleurs la question de son articulation avec l'article 32-1 du code de procédure civile relative aux procédures dilatoire ou abusive.

2.2 La consécration de mesures générales de protection du secret des affaires dans le cadre d'instances civiles ou commerciales

44. Le juge civil ou commercial dispose désormais, dans le cadre de toute instance, de mécanismes de restrictions procédurales aux fins de protéger le secret d'affaires.

45. En premier lieu, le juge peut restreindre l'accès aux documents confidentiels à certaines personnes seulement, que ce soit dans le cadre d'une procédure au fond ou *in futurum*. Il peut ainsi prendre connaissance, seul, d'une pièce, ordonner une expertise et solliciter l'avis d'une personne habilitée à représenter chacune des parties pour déterminer si la pièce nécessite les mesures de protection prévues par le code de commerce¹⁵⁴. Il peut encore restreindre l'accès pour chacune des parties à une personne physique et une personne habilitée à la représenter¹⁵⁵. Afin d'assurer la protection des documents dont il est invoqué qu'ils relèvent du secret d'affaires, le juge peut placer ces pièces sous séquestre provisoire¹⁵⁶.

46. En deuxième lieu, le juge peut restreindre l'accès quant au contenu des documents confidentiels et limiter ainsi la communication ou la production d'une pièce à certains de ses éléments seulement et en ordonner la communication d'un résumé¹⁵⁷.

47. Par ailleurs, aménageant le principe de publicité des débats et des décisions de justice, le juge peut décider que l'audience sera tenue hors la présence du public¹⁵⁸ et adapter la motivation et la publicité de la décision en tenant compte des intérêts des parties à voir protéger leurs secrets d'affaires¹⁵⁹.

48. Une obligation de confidentialité procédurale est enfin mise à la charge de toute personne ayant eu accès à une pièce (ou son contenu) considérée par le juge comme étant couverte par le secret, y compris les personnes morales et leurs représentants¹⁶⁰. Afin d'en assurer l'efficacité, cette obligation se prolonge à l'issue de la procédure, sauf décision définitive constatant l'absence de secret, ou si ces informations sont devenues aisément accessibles ou si elles ont cessé d'être un secret.

49. L'une des principales questions soulevées par ces nouvelles dispositions demeure cependant l'opposabilité de cette obligation de l'avocat à l'égard de son client. Le code de commerce prévoit explicitement que l'avocat n'est pas lié, à l'égard de son client, par cette obligation de confidentialité. Une exception toutefois : le cas prévu à l'article L. 153-1, 1^o du code de commerce, soit la situation dans laquelle le représentant de chacune des parties a été sollicité par le juge pour donner son avis sur la confidentialité d'une pièce.

50. La pratique révélera si les engagements de confidentialité déjà employés par les juges et les avocats devant les juridictions civiles et commerciales pour pallier l'absence de dispositions légales ont encore un rôle à jouer et quelle sera leur évolution. ■

153 C. com., art. L. 152-8 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 7.

154 C. com., art. L. 153-1, 1^o.

155 C. com., art. L. 153-1, 2^o. Il semble que cette disposition soit sensiblement plus protectrice que ce que prévoit la directive (art. 9).

156 C. com., art. R. 153-1.

157 C. com., art. L. 153-1, 2^o – art. R. 153-3.

158 C. com., art. L. 153-1, 3^o.

159 C. com., art. L. 153-1, 4^o.

160 C. com., art. L. 153-2 ; directive (UE) 2016/943, *op. cit.*, art. 9.

Évaluation du préjudice : Questions d'actualité

À la recherche de la réparation du temps perdu

Aymeric Discours*

adiscours@mwe.com

Avocat associé

McDermott Will & Emery, Paris

ABSTRACT

Longtemps restée l'apanage des économistes, la problématique de l'indemnisation des effets préjudiciables du temps occupe désormais une place centrale dans les décisions récentes en matière de pratiques anticoncurrentielles, et vient interroger les grands principes de la réparation en droit de la responsabilité civile délictuelle. La prise en compte du comportement de la victime dans l'évaluation de son droit à réparation, la preuve de la certitude de son préjudice, le point de départ de l'actualisation de ce préjudice et la possibilité de réparer un dommage futur sont autant de questions qui se posent en pratique, et auxquelles la jurisprudence récente apporte un commencement de réponse.

While it has long been the prerogative of economists, the issue of compensation for the harmful effects of time is now at the heart of the latest case-law developments in the sphere of anti-competitive practices, and has been shaking up classical principles of compensation under French tort law. The impact of the victim's conduct on the assessment of its right to indemnification, the proof of a certain damage, the starting point of this damage's actualization and the possibility to compensate a future damage are all questions that emerge in practice, to which recent case-law has given an initial response.

1. Plusieurs outils permettent de réparer les effets préjudiciables de l'écoulement du temps, sujet particulièrement sensible dans les contentieux de droit de la concurrence.

2. L'article 1231-6 du Code civil, siège des intérêts moratoires (alinéa premier), est aussi celui des intérêts compensatoires (3^e alinéa). Tous deux ont pour objet, chacun à sa façon, de réparer le préjudice résultant du passage du temps :

“Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire.”

3. L'arme des intérêts compensatoires, historiquement assez peu exploitée par les plaideurs, a été remise au goût du jour récemment par le biais du droit de la concurrence, à l'occasion de l'adoption de la directive 2014/104/UE 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.

4. Le considérant 12 de cette directive énonce en effet : *“(…) Le paiement des intérêts est une composante essentielle de l'indemnisation visant à réparer les dommages subis en tenant compte de l'écoulement du temps, et il devrait être dû depuis le moment où le préjudice est survenu jusqu'à celui où les dommages et intérêts sont versés (…).”*

5. De son côté, l'article 3, alinéa 2, de la directive inscrit les intérêts compensatoires au cœur du principe de la réparation intégrale du préjudice : *“La réparation intégrale du préjudice consiste à replacer une personne ayant subi un tel préjudice dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Elle couvre dès lors le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts.”*

* L'auteur souhaiterait remercier Anne Guilberteaud, stagiaire chez McDermott Will & Emery, dont la contribution a été essentielle pour la rédaction de cette publication.

6. La directive ayant été transposée en droit interne, ces principes d'actualisation du préjudice lié à l'écoulement du temps ont été repris à l'article L. 481-8 du Code de commerce : *“Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.”*

7. Les intérêts compensatoires tendent ainsi à occuper une place centrale dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles. Le dommage économique créé par ces pratiques conduit en effet à priver la victime de trésorerie, et cette privation va elle-même, mécaniquement, engendrer un nouveau dommage, directement lié au passage du temps : érosion monétaire, perte d'intérêts de placements, perte de chance d'effectuer certains investissements, coût des financements de substitution, etc.

8. Ce regain d'intérêt pour les intérêts compensatoires – spécialement dans les litiges de concurrence, où le temps peut s'avérer parfois très long entre le début des pratiques, leur découverte, leur cessation et, *in fine*, la réparation des dommages qu'elles ont causés et qui peuvent continuer à se faire sentir longtemps après la fin des pratiques – ne manquera pas de soulever beaucoup de questions à la lumière des principes classiques de la responsabilité civile délictuelle.

9. La jurisprudence récente a commencé à apporter quelques réponses à ces questions, si sensibles que la cour d'appel de Paris a pris le soin de synthétiser sa jurisprudence pour assister les praticiens. En octobre 2017, la cour a ainsi réalisé un important travail de pédagogie en élaborant douze fiches méthodologiques consacrées à la réparation du préjudice économique. Parmi celles-ci figure la fiche n° 7, intitulée *“Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps?”*, qui précise que *“lorsqu'une personne subit un préjudice, le dommage économique entraîne pour la victime un préjudice additionnel qui résulte de la privation de la trésorerie pendant la durée qui s'étend de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation”*.

10. Compte tenu du caractère additionnel (donc distinct des autres postes de dommages) du préjudice résultant de l'indisponibilité du capital pendant une période de temps donnée, plusieurs questions peuvent d'emblée se poser à l'aune des règles classiques de responsabilité civile :

- Si le comportement de la victime a eu pour effet de retarder la réparation, ce comportement doit-il être pris en considération dans l'évaluation du dommage réparable ?
- Le préjudice additionnel résultant de l'indisponibilité du capital est-il toujours certain (et donc réparable) ? Et dans ce cas, comment le réparer ?
- Lorsqu'un taux d'actualisation est finalement retenu, à partir de quand doit-on l'appliquer ?

- Les pratiques anticoncurrentielles pouvant continuer à produire leurs effets préjudiciables même après leur cessation, peut-on alors envisager la réparation d'un préjudice futur ?

I. L'effet de l'écoulement du temps sur la consistance du lien de causalité

11. Si l'on considère le préjudice de trésorerie comme un dommage autonome, existe-t-il alors un lien de causalité suffisant entre la faute initiale (les pratiques anticoncurrentielles) et ce préjudice spécifique ?

12. On peut en effet imaginer des situations dans lesquelles le retard dans la réparation est le résultat du comportement de la victime (parce qu'elle se sera, par exemple, abstenue d'agir pendant plusieurs années en parfaite connaissance de son droit d'action) plutôt que de la faute initiale.

13. De prime abord, la question pourrait sembler inutile lorsque l'on sait la souplesse dont fait preuve la jurisprudence dans l'appréciation du lien de causalité en matière de responsabilité civile délictuelle. Très schématiquement, il faut et il suffit que le fait générateur analysé apparaisse comme *“nécessaire”* dans l'apparition du dommage pour que le lien de causalité soit considéré comme suffisamment établi.

14. Or, ce sont bien les pratiques en cause qui sont à l'origine, dans notre hypothèse, de la privation de trésorerie, dont il s'agit de mesurer les conséquences dans le temps. En d'autres termes, les pratiques anticoncurrentielles sont bien *“nécessaires”* dans l'apparition du préjudice de trésorerie, de sorte que le lien de causalité devrait être d'emblée considéré comme suffisant.

15. Rappelons, en outre, que la Cour de cassation a toujours considéré que seul le fait fautif de la victime peut être partiellement exonérateur de responsabilité (seule la 2^e chambre civile a semblé un temps remettre en cause cette solution ; mais son opposition, qui a duré vingt ans, n'a plus cours aujourd'hui¹⁶¹).

16. Or, le droit français ne connaît pas d'équivalent au principe de *common law* de *“duty to mitigate”* (il s'agit de l'obligation pour la victime de minimiser son propre dommage). Il ne saurait être question d'une *“faute”*

161 V. not. Cass. 2^e civ., 17 décembre 1963, *D.* 1964. Jur. 569, note A. Tunc, et Cass. 2^e civ., 21 juillet 1982, *Desmares*, n° 81-12.850.

commise par la victime qui tarderait à demander en justice la réparation de son dommage : si la victime attend trop, la prescription viendra sanctionner son inaction ; mais tant que cette prescription n'est pas acquise, le retard de la victime dans la recherche de réparation ne peut être considéré comme fautif (sauf abus de droit, que l'on a cependant bien du mal à concevoir dans l'hypothèse considérée).

17. À la lumière des quelques principes rappelés ci-dessus, le comportement de la victime qui tarde à agir ne devrait donc, puisqu'il n'est pas fautif, avoir aucun impact sur l'étendue de la réparation qui devrait lui être accordée à raison des pratiques anticoncurrentielles à l'origine de son dommage.

18. Quelques décisions récentes invitent pourtant à la prudence sur ce point, car on s'aperçoit que, de manière plus ou moins explicite, la jurisprudence tient bel et bien compte du comportement de la victime, sous l'angle de la causalité, pour minorer l'ampleur de l'indemnisation accordée.

19. Ainsi, dans une affaire *DKT* ayant donné lieu à un jugement du tribunal de commerce de Paris du 30 mars 2015 (n° 2012/000109), le tribunal avait considéré que le dommage subi par la société victime des pratiques anticoncurrentielles en cause était certes le résultat de pratiques d'éviction illicites, mais aussi de la politique commerciale menée par la société victime elle-même. Et cette pluralité des causes du dommage a finalement été prise en compte par le tribunal pour diminuer le montant de l'indemnisation.

20. L'effet du comportement de la victime sur la consistance du lien de causalité a encore été abordé à l'occasion de l'affaire *Outremer Telecom*.

21. En première instance, le tribunal de commerce de Paris avait écarté l'existence d'un lien de causalité entre les pratiques d'exclusivité de distribution et de réparation, imputées à la société Orange Caraïbe, et le préjudice allégué par la société Outremer Telecom, au motif que cette dernière avait contribué à son propre préjudice en choisissant délibérément de mettre en place un réseau de distribution monomarque et d'organiser un service après-vente uniquement sur le territoire métropolitain¹⁶².

22. Dans le cadre de la procédure d'appel contre ce jugement, Outremer Telecom a développé une thèse intéressante, selon laquelle les deux choix stratégiques qui lui avaient été reprochés en première instance par le tribunal résultaient, en réalité, de la structure même du marché, structure qui serait, d'après Outremer Telecom, le résultat des pratiques anticoncurrentielles d'Orange Caraïbe. Cette argumentation a toutefois été écartée par la cour d'appel, faute de démonstration d'un lien de causalité suffisamment direct et certain entre la faute initiale et le préjudice allégué par Outremer Telecom¹⁶³.

162 TC Paris, 16 mars 2015, n° 2010/073867.

163 CA Paris, 10 mai 2017, RG 15/05918.

23. L'impact du comportement de la victime des pratiques anticoncurrentielles sur l'étendue de son droit à réparation avait encore été débattu, quoique de manière différente, à l'occasion de l'affaire *Switch*¹⁶⁴.

24. Au travers de ces différentes affaires, on voit bien que le comportement (même non fautif) de la victime de pratiques anticoncurrentielles est bel et bien pris en compte par les juges du fond, sous l'angle de la consistance du lien de causalité, pour apprécier *in fine* l'étendue de l'indemnisation qui doit lui être accordée.

25. Il n'était certes pas question dans ces affaires de l'effet du comportement de la victime sur le temps écoulé entre les pratiques anticoncurrentielles et la réparation du dommage. Il s'agissait plutôt de tenir compte des effets d'arbitrages commerciaux sur l'existence et l'ampleur d'autres postes de préjudices. Pour autant, il n'en demeure pas moins que, dans les quelques affaires relevées ci-dessus, les juges du fond se sont implicitement écartés de la jurisprudence traditionnelle en tenant compte du fait non fautif de la victime au moment d'apprécier l'ampleur du dommage réparable.

26. On ne voit donc pas, dans ces conditions, pourquoi il en irait différemment s'agissant de la réparation des effets préjudiciables du temps, spécialement si la victime a eu un véritable impact sur le temps qui s'est écoulé entre les pratiques anticoncurrentielles à l'origine de son dommage et la réparation de celui-ci.

27. Nul doute que cette question sera rapidement débattue devant les tribunaux.

II. Le choix du taux d'actualisation, guidé par l'exigence de certitude du préjudice

28. On sait que, pour être réparable, un préjudice doit présenter certaines caractéristiques. Il doit notamment être personnel, direct et certain.

29. La dernière question, celle de la certitude du préjudice, se pose avec une acuité particulière lorsqu'on analyse les effets préjudiciables du temps en matière de pratiques anticoncurrentielles.

30. Qu'en est-il, en effet, du caractère certain du préjudice lorsque l'évaluation de celui-ci se fait au moyen d'un scénario contrefactuel, c'est-à-dire en comparant (i) une situation connue mais faussée par l'infraction avec (ii) une "réalité" qui n'a par définition jamais existé, mais dans laquelle on cherche à replacer la victime (réalité qu'on aurait théoriquement "dû" connaître en l'absence d'infraction) ?

164 TC Paris, 26 avril 2013, n° 2013/08975. CA Paris, 14 décembre 2016, RG 13/08975

31. En analysant la jurisprudence récente, on s'aperçoit que c'est cette exigence de certitude du préjudice qui doit guider le juge dans le choix de la méthode de réparation la plus appropriée.

32. Il est généralement admis qu'il convient, pour réparer le préjudice de trésorerie, d'appliquer à la trésorerie manquante un taux dit d'"actualisation". Mais alors, quel taux retenir? Le taux d'intérêt légal? Le taux légal que l'on viendrait majorer? Le taux de rentabilité moyen attendu en retour d'un investissement (c'est à ce taux qu'on fait généralement référence sous l'acronyme "WACC", pour "*weighted average cost of capital*", ou en français le "taux moyen pondéré du capital")?

33. Pendant quelques années, ce débat est resté celui des économistes. Les juristes se le sont récemment approprié, avec le concours de la cour d'appel de Paris, et c'est finalement à la lumière de l'exigence classique d'un préjudice certain qu'il semble désormais tranché.

34. La jurisprudence émergente fait ainsi, nous le verrons, dépendre le choix du taux d'actualisation de la preuve que la victime des pratiques anticoncurrentielles est capable d'apporter quant à la nature et à la consistance exactes de son préjudice de trésorerie.

35. On a pu penser, dans un premier temps, que le WACC allait devenir un "standard d'indemnisation" du préjudice de trésorerie. Dans l'arrêt *Switch*, rendu par la cour d'appel de Paris le 14 décembre 2016 (RG 13/08975) et relatif à une pratique anticoncurrentielle commise par la SNCF sur le marché des services d'agences de voyages, la cour d'appel de Paris avait retenu que les intérêts dont elle a ordonné le paiement au titre de l'actualisation du préjudice de la société *Switch* ne servaient pas qu'à compenser l'érosion monétaire. Ils avaient également pour objet de réparer une perte de chance liée à l'indisponibilité du capital. Pour cette seconde raison, elle avait considéré qu'elle ne pouvait pas se contenter du seul taux légal, car celui-ci ne compenserait que l'érosion monétaire. Elle avait donc finalement choisi d'actualiser le préjudice de *Switch* au taux de capitalisation moyen du secteur concerné.

36. On pouvait imaginer, après cet arrêt *Switch*, que le WACC pourrait être retenu à chaque fois qu'il s'agirait de réparer une perte de chance résultant de l'indisponibilité du capital.

37. À l'occasion de l'arrêt *Outremer Telecom*¹⁶⁵, la cour d'appel de Paris a cependant apporté un bémol très important à la solution que l'on pensait dégagée depuis l'affaire *Switch*.

38. Dans cette affaire, la cour d'appel a veillé à encadrer de manière stricte le recours au coût moyen pondéré du capital pour l'actualisation d'un préjudice, en rappelant quelques principes essentiels du droit de la responsabilité civile.

39. La cour insiste d'abord sur le fait qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, le droit de l'Union européenne impose la réparation intégrale des préjudices subis par les victimes, en ce compris les effets négatifs de l'écoulement du temps entre la date du dommage et celle du paiement de dommages-intérêts.

40. D'après la cour, ces effets négatifs ne se limitent pas à ceux nés de l'érosion monétaire (ce qu'elle avait déjà jugé dans l'affaire *Switch*). L'indisponibilité du capital peut avoir des effets plus importants, qui sont fonction de ce que l'entreprise victime aurait fait des sommes dont elle a été indûment privée à raison de l'infraction : les placer, investir, éviter d'emprunter, etc. Le préjudice s'apprécie donc en fonction de l'opportunité manquée en pratique. Par exemple, si l'entreprise a été empêchée d'effectuer un placement sans risque, son préjudice peut être réparé en appliquant le taux légal à la somme dont elle a été privée. Pour la cour, ce n'est que si la victime a dû renoncer à des projets d'investissements susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen pondéré du capital que ce taux a vocation à être appliqué au principal de la créance indemnitaire.

41. Pour parvenir à cette conclusion, la cour insiste sur le fait que le préjudice doit être apprécié *in concreto*. Il s'agit de mesurer "*la perte de chance que l'entreprise a spécifiquement subie*", en pratique ; la preuve de cette chance perdue incombant naturellement à la victime.

42. Ainsi, l'actualisation du préjudice de trésorerie n'aurait finalement vocation à se faire au taux WACC que si la victime parvient à démontrer que l'indisponibilité du capital du fait des pratiques incriminées l'a effectivement conduite (i) à restreindre son activité faute de pouvoir trouver d'autres financements, ou (ii) à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés et susceptibles de rapporter au moins l'équivalent du coût moyen pondéré du capital.

43. Appliquant ces principes à l'affaire dont elle était saisie, la cour relève qu'il appartenait à la société *Outremer Telecom*, qui demandait l'application du coût moyen pondéré du capital au titre de l'indemnisation de son préjudice de trésorerie, d'établir qu'elle avait effectivement dû renoncer à "*des projets précis et aboutis d'investissements*". Or, celle-ci n'avait "*fait état que de perspectives générales de développement de son activité*" et ne rapportait pas la preuve "*des rendements attendus de ces projets*". À la lumière de ces considérations, les juges d'appel ont finalement réformé le jugement de première instance, qui avait été plus favorable à la victime, et réparé le préjudice de trésorerie d'*Outremer Telecom* par application du taux d'intérêt légal majoré de 0,5 % (sans toutefois expliquer cette curieuse majoration qui, dans ces conditions, paraît juridiquement contestable).

165 CA Paris, 10 mai 2017, RG 15/05918.

44. Au regard des principes de droit de la responsabilité civile, le raisonnement adopté par la cour d'appel doit être salué : puisqu'un préjudice doit être certain pour être réparable, il faut donc que le demandeur qui réclame l'application du WACC pour l'actualisation de son préjudice démontre avoir manqué une opportunité précise d'investissement qui lui aurait apporté un rendement équivalent à ce WACC (ensuite se posera la question de la décote à appliquer pour tenir compte du fait qu'il ne s'agit que d'une perte de chance, et non d'un gain manqué. La distinction n'est pas neutre : un gain manqué et une perte de chance correspondent tous deux à un manque à gagner – *lucrum cessans* – par opposition aux pertes subies – *damnum emergens*. Dans le cas du gain manqué, le manque à gagner est certain, alors que dans la perte de chance il est seulement probable, d'où la nécessité de pondérer *in fine* la réparation pour tenir compte de cet aléa).

45. À la suite de cet arrêt *Outremer Telecom*, le tribunal de commerce de Paris a fait preuve d'une certaine résistance dans l'affaire *Digicel*, qui a donné lieu à un jugement du 18 décembre 2017 (n° 2009/016849).

46. Dans cette affaire, le tribunal a accepté de réparer "la perte de chance subie du fait de l'indisponibilité du capital" au taux de 10,4 %, correspondant au coût moyen pondéré du capital, sans pour autant justifier ce choix par la nature précise des projets de Digicel.

47. La résistance du tribunal paraît cependant vaine puisque, depuis, la cour d'appel a réaffirmé sa position dans l'affaire relative aux pratiques d'éviction sur le marché de la téléphonie fixe destinée aux propriétaires de résidence secondaire, opposant les sociétés Orange et SFR. Dans cette affaire, qui revenait devant la cour d'appel de Paris sur renvoi après cassation, la cour a confirmé dans un arrêt du 8 juin 2018 (RG 16/19147) que, pour obtenir réparation des effets préjudiciables du temps à un taux autre que le taux d'intérêt légal, par exemple au WACC, la victime des pratiques litigieuses doit apporter la preuve "d'un préjudice spécifique provenant de l'indisponibilité des sommes allouées". Cette preuve n'ayant pas été rapportée par SFR dans cette affaire, la cour a actualisé le préjudice en appliquant le taux légal aux sommes liquidées par ailleurs.

48. S'agissant du taux d'actualisation à retenir, la solution paraît donc désormais acquise : par défaut, c'est le taux d'intérêt légal qui doit être retenu ; tout autre taux, et notamment le WACC, qui offre par hypothèse une meilleure couverture pour la victime, ne saurait être appliqué qu'à condition que la victime démontre avoir dû, en pratique, renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés, susceptibles de rapporter l'équivalent du taux dont elle demande l'application.

III. Réflexions sur le point de départ de l'actualisation

49. Il est un sujet sur lequel la jurisprudence récente se montre curieusement fluctuante : celui de la détermination du point de départ de l'actualisation du préjudice.

50. La directive 2014/104 du 26 novembre 2014 précise à son considérant 12 que le "paiement des intérêts est une composante essentielle de l'indemnisation visant à réparer les dommages subis en tenant compte de l'écoulement du temps, et il devrait être dû depuis le moment où le préjudice est survenu jusqu'à celui où les dommages et intérêts sont versés".

51. Le principe paraît donc clairement posé : les intérêts devraient couvrir toute la période allant de la survenance du dommage jusqu'à sa réparation effective.

52. Pourtant, la jurisprudence récente se montre assez fluctuante sur cette question.

53. Dans l'affaire *Outremer Telecom*, la cour d'appel de Paris a considéré que la fin des pratiques litigieuses marquait le point de départ des intérêts dus à la victime. Dans l'affaire *Digicel*, c'est la date de l'assignation qui a été retenue comme point de départ des intérêts. Dans l'affaire des résidences secondaires, la cour d'appel de Paris a même fait courir les intérêts à compter seulement de la date du prononcé du jugement de première instance.

54. En décalant ainsi le point de départ des intérêts à une date postérieure à la survenance du dommage, la victime des pratiques reçoit *de facto* une compensation inférieure à son préjudice réel. En effet, au cours de la période comprise entre la survenance de son dommage et la date (postérieure) retenue comme point de départ du calcul des intérêts servant à actualiser le préjudice, la victime est bien privée d'un capital qu'elle ne peut pas exploiter par ailleurs. En retardant l'application du taux d'actualisation retenu, la victime n'est donc pas indemnisée de son préjudice de trésorerie au titre de cette période non couverte par l'actualisation.

55. On peine à comprendre pourquoi la jurisprudence se refuse pour l'instant à appliquer la solution suggérée par la directive, alors pourtant que, d'une part, cette solution paraît cohérente avec le principe de réparation intégrale et, d'autre part, les juges du fond bénéficient, grâce aux articles 1153-1 du Code civil et L. 481-8 du Code de commerce, de la souplesse nécessaire pour assurer cette réparation intégrale.

IV. La délicate question de la réparation des préjudices différés

56. Au-delà de la seule problématique du préjudice de trésorerie, le temps qui passe pose d'autres difficultés lorsqu'il s'agit de réparer les dommages résultant d'une infraction au droit de la concurrence. Des pratiques anticoncurrentielles peuvent en effet continuer à produire des effets préjudiciables longtemps après leur fin.

57. La question s'est par exemple posée dans l'affaire *Outremer Telecom*. Celle-ci était entrée sur le marché après la fin des pratiques de différenciation tarifaire reprochées à Orange Caraïbe, mais avait malgré tout soutenu que les effets de cette différenciation tarifaire étaient encore sensibles (persistance d'un "effet club") et lui avaient causé un préjudice (retard de développement).

58. La position d'*Outremer Telecom* n'était pas économiquement absurde. L'existence d'un possible "effet club" à raison d'une différenciation tarifaire avait en effet été mise en lumière par l'Autorité de la concurrence, dans un communiqué de presse accompagnant sa décision n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004 : "*Orange Caraïbe a mis en place une différenciation tarifaire entre les appels on net (appels passés à l'intérieur de son réseau) et les appels off net (appels émis d'un abonné Orange à destination d'un abonné Bouygues). Cette 'surtarification' des appels off net a pour effet de donner au réseau Bouygues l'image défavorable d'un réseau cher et incite les consommateurs pouvant coordonner leur choix (membres d'une même famille, d'un groupe, d'une entreprise, ...) à concentrer leurs abonnements sur un seul réseau, le plus grand des deux (en l'espèce, Orange). C'est ce qu'on appelle 'l'effet club'.*"

59. Or, si un tel effet club existe, ses effets continueront nécessairement à se faire sentir pendant un certain temps après la fin des pratiques de différenciation tarifaire, et peuvent donc théoriquement freiner le développement d'un nouvel entrant sur le marché.

60. Pour autant, le tribunal de commerce de Paris avait rejeté la demande d'*Outremer Telecom*, au motif que la pratique de différenciation litigieuse avait déjà pris fin au moment de son entrée sur le marché, et qu'elle n'avait pu être dommageable que pour un autre concurrent (*Bouygues Telecom*).

61. Au stade de l'appel, la société *Outremer Telecom* avait insisté, en soutenant que l'effet club lié à la pratique de différenciation tarifaire lui avait bel et bien causé un retard de développement, quand bien même elle ne serait entrée sur le marché qu'après la fin des pratiques reprochées à Orange Caraïbe. Pour la cour d'appel de Paris, le lien de causalité entre cet effet club et le préjudice allégué par la société *Outremer Telecom* était cependant

"trop indirect" et justifiait donc une confirmation du jugement en ce qu'il avait rejeté la demande d'*Outremer Telecom*.

62. Il n'en demeure pas moins qu'à condition d'être certain, un préjudice différé dans le temps devrait pouvoir être réparé. Rappelons par exemple qu'un préjudice futur (mais certain) est parfaitement indemnisable, à la différence d'un préjudice seulement éventuel. C'est ce que juge régulièrement la Cour de cassation, dont la solution à cet égard est solidement établie depuis plus de quatre-vingts ans. Par un arrêt du 1^{er} juin 1932, la chambre des requêtes de la Cour de cassation a ainsi jugé : "*Mais attendu que s'il n'est pas possible d'allouer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel et comme étant susceptible d'évaluation immédiate*"¹⁶⁶. Depuis lors, cette solution est régulièrement rappelée par les différentes chambres de la Cour de cassation¹⁶⁷.

63. S'agissant plus spécifiquement des dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles, la problématique de l'indemnisation du préjudice futur est d'autant plus légitime que ces pratiques ont pour particularité de s'étirer dans le temps et, on l'a vu, de pouvoir produire des effets négatifs longtemps après leur fin.

64. À ce sujet, la Commission européenne a précisé que : "*Lorsque des concurrents évincés demandent réparation, ils peuvent chercher à être indemnisés au titre non seulement des bénéfices qu'ils n'ont pas réalisés pendant la durée de l'infraction, mais aussi des bénéfices dont ils ont été privés après la cessation de cette dernière. Cette indemnisation trouve sens, en particulier, lorsqu'ils n'ont pu (...) retrouver intégralement leur part de marché en raison d'effets toujours sensibles de l'infraction à laquelle il a été mis fin*"¹⁶⁸. Il n'est donc pas surprenant de trouver trace de plusieurs décisions dans lesquelles la question de l'indemnisation du préjudice futur s'est posée en matière de concurrence.

65. Dans l'affaire *Outremer Telecom* évoquée ci-dessus, *Outremer Telecom* avait également demandé la réparation de son manque à gagner futur, en faisant valoir que les pratiques dénoncées avaient porté atteinte à son image et causé un retard de développement global. Faute d'une caractérisation suffisante, la cour d'appel avait cependant écarté ce chef de demande, tout en prenant soin de rappeler, guide pratique de la Commission européenne à l'appui, que l'indemnisation de ce poste de préjudice était en principe possible.

166 Cass. req., 1^{er} juin 1932, D. 1932, 1, p. 101, note Pilon.

167 Cass. 2^e civ., 15 décembre 1971, n° 70-12.603 ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996, n° 94-14.506 ; Cass. 3^e civ., 4 mai 2000, n° 98-17.580 ; Cass. 2^e civ., 15 mai 2008, n° 07-13.483.

168 Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE, Guide pratique, § 206.

66. Dans l'affaire de l'abus de position dominante commis par SRR à la Réunion et à Mayotte, Orange Réunion avait elle aussi demandé l'indemnisation de son préjudice futur (il s'agissait là encore des conséquences d'un effet club résultant d'une différenciation tarifaire mise en œuvre par SRR entre appels *on net* et *off net*).

67. SRR avait, en défense, soulevé une fin de non-recevoir tirée de l'absence d'intérêt d'Orange Réunion à agir pour solliciter l'indemnisation d'un préjudice futur, "*par définition incertain*" ou affecté d'un aléa trop important.

68. L'intérêt de cette affaire réside dans le fait qu'elle a donné lieu à un premier jugement exclusivement consacré aux fins de non-recevoir proposées par SRR. Aux termes de ce jugement, rendu le 20 juin 2016 (n° 2014/058853), le tribunal de commerce de Paris a rejeté la fin de

non-recevoir de SRR, au motif que: "*le préjudice d'Orange Réunion sur la période 2015-2020 peut être la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel (...) seul un examen critique de l'étude du cabinet MAPP [l'économiste d'Orange Réunion] permettra de déterminer la réalité de ce préjudice et la durée sur laquelle il convient qu'il soit réparé*".

69. Nous ne saurons jamais si le préjudice futur d'Orange Réunion sera effectivement réparé, l'affaire ayant depuis été retirée du rôle du tribunal. Toujours est-il que le tribunal a rappelé que ce poste de préjudice est bien susceptible d'être réparé, et qu'il est tout à fait disposé à accorder une réparation de ce type, en fonction de la qualité de la démonstration de son existence et de son quantum. Il ne fait aucun doute que cette question se reposera donc rapidement. ■

Lire également : Jean-François Laborde, *Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges* (2018 ed.), février 2019, Revue Concurrences N° 1-2019, Art. N° 88877, www.concurrences.com.

Cas pratique de synthèse

ABB/BritNed

Luís Campos

luis.campos@frontier-economics.com

Associate Director

Frontier Economics, Paris/Londres

ABSTRACT

Le 9 octobre 2018, la justice anglaise a rendu son jugement sur le contentieux opposant ABB et BritNed, initié après qu'ABB a été condamné par la Commission européenne en 2014 pour avoir participé à une entente entre 2000 et 2008. Le cas *ABB/Britned* est l'un des rares contentieux portant sur un préjudice causé par une entente anticoncurrentielle, dont l'issue a été décidée par jugement d'un tribunal et non au cours d'une transaction entre les parties. Ce jugement apporte ainsi un éclairage précieux sur les enjeux spécifiques à l'évaluation d'un préjudice résultant d'une entente. Cet article permet de revenir sur les arguments clés avancés par les parties ainsi que sur les éléments de réponse apportés par la Haute Cour de Justice d'Angleterre et du Pays de Galles.

On 9 October 2018, the High Court of England and Wales issued its judgement on the litigation opposing ABB and BritNed, following a 2004 decision by the European Commission (EC) which found that ABB had participated in a cartel between 2000 and 2008. The ABB/BritNed case is one of the few cartel follow-on damages claim to reach the judgement phase. This judgement therefore provides valuable insights into the specific issues of damage estimation following a cartel. This article presents the parties' key arguments as well as the approach adopted by the English Court.

1. Le cas *ABB/BritNed* jugé au Royaume-Uni en 2018 est l'un des rares cas de contentieux dont l'issue a été décidée par jugement d'un tribunal et non au cours d'une transaction entre les parties.

2. Ce cas est particulièrement intéressant dans le contexte des actions en réparation de dommages pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les économistes experts ont adopté des approches d'estimation du dommage très différentes. Ensuite, le montant des réparations consenti est significativement inférieur au montant initialement réclamé. Enfin, l'existence d'un risque d'atténuation du dommage a conduit le Tribunal¹⁶⁹ à réduire le montant des réparations consenti.

3. Dans la suite de ce document, les arguments clés avancés par les parties ainsi que les éléments de réponse apportés par le Tribunal sont discutés.

I. Contexte

1. L'infraction

4. ABB est une entreprise active dans la construction de câbles sous-marins, de câbles souterrains, ainsi que d'autres produits industriels. En 2014, ABB a été condamnée par la Commission européenne pour avoir participé à une entente entre 2000 et 2008. Cette dernière

visait à restreindre la concurrence liée aux projets de câbles électriques souterrains et sous-marins dans des territoires spécifiques, en s'accordant sur l'attribution de marchés et de clients¹⁷⁰.

2. La plainte

5. BritNed, qui opère une interconnexion électrique entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas, a commandé un câble sous-marin à ABB durant la période d'infraction. BritNed a ainsi saisi le Tribunal afin d'obtenir une compensation pour un surcoût qu'elle aurait éventuellement subi du fait de l'entente portant sur le prix payé pour le câble. Les projets d'interconnexion électrique sous-marine sont rares et complexes. En conséquence, le câble construit par ABB est un produit d'ingénierie complexe et spécifiquement conçu pour servir le besoin de BritNed.

3. L'enjeu

6. La particularité de ce cas réside dans le fait que la demande d'indemnisation porte sur la construction et l'achat d'un câble unique et hautement personnalisé. Dans ce contexte, la construction d'un contrefactuel nécessaire pour déterminer le prix concurrentiel du câble en question est rendue difficile, par manque de comparable.

169 The High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales.

170 EC Case AT.39610, avril 2014.

II. L'analyse

1. Deux approches différentes

7. Afin d'estimer l'éventuel surcoût appliqué au câble commandé par BritNed, les deux parties ont proposé une comparaison des prix des câbles électriques à très haute tension commandés pendant et après la période d'infraction. Néanmoins, les parties ont adopté deux approches différentes pour réaliser cette comparaison.

8. ABB a proposé une analyse de comparaison des marges sur les câbles sous-marins, en contrôlant pour les coûts. Cette analyse est réalisée à partir des données d'ABB.

9. BritNed a pour sa part proposé une analyse économétrique d'estimation du surcoût. Ayant considéré que les données de coûts fournies par ABB étaient peu fiables et potentiellement affectées par l'entente, BritNed a inclus des variables "proxies" de coûts dans le modèle comme variables explicatives. BritNed a également eu recours à des variables "proxies" afin de neutraliser les effets de l'évolution de l'équilibre entre offre et demande au cours du temps. Enfin, l'analyse proposée par BritNed est réalisée à partir d'un échantillon comprenant les câbles sous-marins et les câbles souterrains.

10. Les analyses présentées par les parties conduisent à des estimations de surcoût divergentes. En effet, tandis que le surcoût moyen estimé par BritNed s'élève à 22 %, l'analyse présentée par ABB conclut à une absence de surcoût.

11. Si le Tribunal a considéré les deux approches pertinentes *a priori*, il a finalement rejeté l'analyse économétrique proposée par BritNed, jugeant que celle-ci n'était pas fiable.

2. Validité de la comparaison des prix pendant et après l'infraction

2.1 L'échantillon

12. Pour rendre son jugement, le Tribunal a explicitement considéré les avantages liés à l'utilisation d'un échantillon large d'une part et homogène d'autre part.

13. Concernant l'analyse présentée par BritNed, le Tribunal a mis en évidence que la relation estimée entre les variables de coûts et de prix est significativement différente pour les câbles sous-marins et les câbles souterrains, suggérant donc que les deux types de câbles sont eux-mêmes très différents. Considérant que le modèle présenté par BritNed ne neutralisait pas de façon adéquate les différences entre projets sous-marins et souterrains, le Tribunal a ainsi conclu qu'il n'était pas pertinent d'inclure les câbles souterrains dans l'analyse.

14. En conclusion, il ressort du jugement rendu qu'un échantillon de grande taille, permettant d'appliquer des méthodes économétriques sophistiquées, n'est pas nécessairement préférable à un échantillon plus restreint permettant des comparaisons plus directes des prix et des marges. C'est en particulier le cas si l'augmentation de la taille de l'échantillon implique une moindre comparabilité des produits considérés dans l'analyse.

2.2 Le niveau d'incertitude des résultats

15. Le Tribunal s'est également intéressé au degré d'incertitude des résultats présentés par chacune des deux parties.

16. Le Tribunal a ainsi relevé que le surcoût moyen de 22 % estimé par BritNed présente un degré d'incertitude élevé. En effet, l'intervalle de confiance autour de l'estimation obtenue s'étend de 0,3 % à 39 %. Le degré d'incertitude des résultats proposés par ABB est pour sa part beaucoup plus restreint, avec un intervalle de confiance compris entre - 3 % et 3 %.

17. Par ailleurs, le Tribunal a observé une grande variabilité des surcoûts estimés individuellement, pour chacun des projets inclus dans le modèle présenté par BritNed. En effet, une analyse de rétropolation (*back-casting*), plus flexible au niveau des paramètres que l'analyse de BritNed, basée sur l'utilisation d'une variable "dummy", conduit à un surcoût très différent pour chaque projet allant de - 20 % à 40 %. Le Tribunal a ainsi considéré que le niveau de variabilité dans les résultats obtenus est en contradiction avec l'hypothèse de départ selon laquelle le surcoût lié au cartel est commun à l'ensemble des projets.

18. En conclusion, les projets de câbles sous-marins sont hautement personnalisés, tout comme les offres et négociations qui leur sont associées. Le Tribunal a ainsi considéré que si l'objectif de l'analyse est d'estimer le surcoût subi par BritNed, il n'est pas pertinent de calculer ce surcoût comme une moyenne des surcoûts de nombreux projets ne partageant pas les mêmes caractéristiques.

2.3 La pertinence de l'utilisation des variables "proxies"

19. Le Tribunal a également étudié les bénéfices liés à l'utilisation de variables "proxies" face au risque que les variables directes soient affectées par le cartel.

20. Tout d'abord, le Tribunal a considéré que les variables "carnet de commande" et "tendance temporelle" utilisées par BritNed pour apprécier l'impact d'un changement d'équilibre entre offre et demande ne sont pas pertinentes. Le Tribunal a souligné que le carnet de commandes ne se limite pas aux câbles sous-marins. Par ailleurs, la variation des volumes dans le carnet de commandes suggère des variations importantes de l'équilibre entre offre et demande qui impliqueraient à leur tour des variations significatives des marges qui ne sont pas vérifiées en réalité. En effet, les éléments de

preuve présentés par ABB suggèrent pour leur part que l'équilibre entre offre et demande n'a pas changé de façon suffisamment significative pour affecter les prix.

21. Enfin, BritNed a basé son analyse sur des variables "proxies" de coûts, considérant qu'ABB aurait déclaré des coûts excessifs. Comme discuté ci-après, le Tribunal a considéré que les variables de coûts fournies par ABB sont fiables et peuvent être utilisées pour estimer le surcoût éventuel subi par BritNed. Le Tribunal a ainsi jugé que la variable alternative utilisée par BritNed pour approximer ces coûts n'est pas pertinente.

22. En conclusion, le jugement rendu par le Tribunal suggère que l'utilisation des variables directes doit être privilégiée lorsque l'objet de l'entente ne porte pas directement sur ces variables, à moins que des preuves démontrent un effet de l'entente sur celles-ci. Ce jugement indique également que, lorsque les variables directes ne sont pas fiables, les parties sont tenues de démontrer un lien étroit entre les variables "proxies" proposées et la variable d'intérêt.

3. L'effet de l'entente sur les coûts de production des câbles électriques

23. Le Tribunal a étudié si l'entente a eu un effet d'inflation sur les coûts de production du câble électrique pendant la période de l'infraction.

24. En effet selon BritNed, l'entente aurait pu avoir à la fois un impact direct et indirect sur les coûts de production d'ABB. Concernant l'impact direct, BritNed a affirmé qu'ABB aurait manipulé les coûts associés au câble électrique produit pour BritNed afin de justifier un prix plus élevé. Pour ce qui est de l'effet indirect, BritNed considère que l'entente pourrait avoir augmenté le coût réel de production d'ABB en raison d'une incitation réduite à limiter les coûts. L'effet indirect de l'entente sur les coûts pourrait également provenir de l'allocation des projets à des producteurs inefficaces, résultant de la diminution de la pression concurrentielle liée à l'entente.

25. Dans son jugement, le Tribunal a rejeté l'existence d'un effet direct de l'entente sur les coûts de production d'ABB. Le Tribunal a en effet accepté les éléments de preuve présentés par ABB démontrant que l'équipe responsable de la présentation des coûts au sein d'ABB n'était pas au courant de l'existence de l'entente. Le Tribunal a également jugé que BritNed n'a pas su démontrer de façon convaincante que les coûts d'ABB étaient plus élevés pendant la période d'infraction relativement à la période post-infraction.

26. Le Tribunal a néanmoins considéré que l'entente ait pu avoir un effet indirect sur les coûts en raison d'une allocation des projets à des fournisseurs inefficaces. Sur ce point, le Tribunal a confirmé l'existence d'éléments de preuve suggérant qu'ABB avait tendance à utiliser

15 % de plus de cuivre dans la construction de ses câbles. Lorsque les coûts en cuivre d'ABB sont diminués de 15 %, l'analyse de comparaison des marges proposée par ABB conduit à un surcoût égal à 2,6 % sur le prix du câble payé par BritNed.

27. En conclusion, le Tribunal a explicitement considéré l'allégation de BritNed selon laquelle l'entente aurait affecté directement ou indirectement les coûts de production d'ABB pour le câble en question. L'argument selon lequel les coûts de production d'ABB auraient été directement affectés par le cartel (à travers une manipulation des coûts) est rejeté face à l'absence de preuve. En revanche, le Tribunal a jugé que les coûts avaient pu être indirectement affectés par une allocation inefficace des projets, résultant de l'entente. Ce jugement suggère donc que les tribunaux sont prêts à reconnaître l'existence d'un dommage résultant indirectement d'une entente. Face à ce constat, on peut se demander si la présomption de dommage telle que définie dans la Directive rend les tribunaux plus ouverts à ce type d'arguments, après avoir rejeté des arguments plus classiques concernant les effets directs de l'entente.

4. Atténuation du dommage lié au coût du câble électrique

28. Étant donné le cadre réglementaire auquel BritNed est soumis, le Tribunal a étudié l'impact du surcoût sur le niveau des revenus autorisés et en particulier si cet impact aurait permis à BritNed d'augmenter ses prix et ainsi ses revenus effectifs.

29. L'interconnexion entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas opérée par BritNed bénéficie depuis sa création en 2011 d'une exemption sur l'accès régulé d'une durée de vingt-cinq ans. En contrepartie, les profits réalisés par BritNed ne peuvent dépasser un certain niveau fixé par les autorités de régulation. Ainsi, le niveau des revenus autorisés dépend du niveau des coûts encourus.

30. ABB considère que dans ce contexte réglementaire le coût associé au câble électrique aurait permis à BritNed d'obtenir des revenus autorisés plus élevés qui pourraient à leur tour lui permettre d'augmenter ses revenus effectifs. Selon ABB, s'il s'avère, lors de la révision des tarifs prévue en 2036, que les revenus effectifs de BritNed sont très proches de ses revenus autorisés, alors l'augmentation des revenus autorisés aura permis une hausse des revenus effectifs perçus par BritNed. Dans ce cas, BritNed n'aurait donc pas subi de dommage lié à un éventuel surcoût sur le prix du câble.

31. Déterminer si le plafonnement des revenus de BritNed aura en effet permis à cette dernière d'atténuer le dommage subi ne sera néanmoins possible qu'à la prochaine revue de rentabilité de BritNed par les régulateurs, actuellement prévue en 2036. Le Tribunal a ainsi considéré qu'il était difficile de conclure aujourd'hui sur ce point et a par conséquent rejeté cet argument.

32. Néanmoins, le Tribunal a relevé que, si le montant des réparations touché par BritNed était inclus dans son calcul de rentabilité, alors le risque de surcompensation était réduit. En effet, dans ce cas, tout dépassement du plafond de rentabilité fixé par le régulateur serait rendu aux utilisateurs.

33. Il a par ailleurs demandé des engagements permettant de s'assurer que toute compensation du dommage soit incluse dans l'analyse future de la rentabilité de BritNed. BritNed n'a cependant pas été en mesure d'offrir de tels engagements. Le Tribunal a ainsi reconnu qu'il existait

un risque réel de surcompensation de BritNed si le montant de la compensation du dommage était exclu de l'analyse de rentabilité de BritNed en 2036. Suivant ces observations, le Tribunal a décidé de réduire le montant de la compensation de 10 %.

34. En conclusion, si le Tribunal n'a pas formulé de conclusion quant à la capacité de BritNed à atténuer le dommage subi, il a considéré que le risque qu'une telle atténuation puisse avoir lieu était suffisant pour appliquer une réduction de la compensation accordée, afin d'éviter toute surcompensation. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Erese, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

HT
Without tax

TTC
Tax included

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 785,00 € | 942,00 € |
|--|----------|----------|

Revue Concurrences | Review Concurrences

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 565,00 € | 678,00 € |
| <input type="checkbox"/> Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 615,00 € | 627,92 € |

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France