

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

**RELATIONS ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTIONS PRIVÉES POUR L'APPLICATION DU
DROIT DE LA CONCURRENCE**

-- Note du Secrétariat --

15 juin 2015

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence au titre du point III de l'ordre du jour de la 121e réunion du Groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi, qui se tiendra le 15 juin 2015. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans le présent document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents portant sur ce sujet sont disponibles à l'adresse :
<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>*

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco [+33 1 45 24 98 08 – antonio.capobianco@oecd.org].

JT03420434

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

RELATIONS ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTIONS PRIVÉES

*Note de référence du Secrétariat**

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	3
2. Évolution des actions privées dans quelques juridictions.....	4
2.1. Les actions privées aux États-Unis	4
2.2. Les actions privées dans l'Union européenne	5
2.3. Les actions privées au Royaume-Uni	8
2.4. Les actions privées en Corée	9
2.5. Les actions privées dans d'autres juridictions	10
3. Instruments visant à garantir l'efficacité des actions privées	13
3.1 Absence d'exigence de faute et présomption réfragable de faute	13
3.2 Amélioration (facilitation) de l'accès aux preuves	15
3.3 Alléger la charge de la preuve en ce qui concerne l'existence et la quantification du préjudice.....	17
3.4 Effet contraignant des décisions définitives rendues par l'autorité de la concurrence	19
3.5 Recours collectifs	21
3.6 Établir des délais de prescription clairs et suffisants	23
4. Ménager un juste équilibre entre action publique et actions privées	25
4.1 Accès aux documents produits dans le cadre d'une demande de clémence	25
4.2 Limiter l'étendue de la responsabilité civile des candidats à la clémence qui obtiennent l'immunité	32
4.3 Dispositifs de réparation volontaire et mécanismes de résolution consensuelle des litiges	33
4.4 Les informations contenues dans les décisions de l'autorité de la concurrence et leurs conséquences sur les actions privées.....	36
5. Conclusions	39
PRINCIPALES RÉFÉRENCES.....	41

ENCADRÉS

Encadré 1. Règles relatives à la communication de preuves contenues dans la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles	16
Encadré 2. Système coréen fixant en amont le montant du préjudice à indemniser	19
Encadré 3. La première expérience de l'association de consommateurs Which?, au Royaume-Uni	22
Encadré 4. L'arrêt <i>Pfleiderer contre Bundeskartellamt</i> et la divulgation des documents liés aux procédures de clémence	27
Encadré 5. Principales caractéristiques du mécanisme néerlandais de règlement collectif	34
Encadré 6. Arrêt européen sur la divulgation d'informations sur une entente.....	38

* Ce document a été rédigé par Antonio Capobianco de la Division de la concurrence de l'OCDE et Sunmi Lee, détaché auprès de la Division de la concurrence de l'OCDE par la Korean Fair Trade Commission. Le document est publié sous la responsabilité du Secrétariat de l'OCDE et les opinions exprimées et les arguments utilisés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

1. Introduction

1. L'action publique en droit de la concurrence désigne l'action menée par la puissance publique, par exemple l'autorité de la concurrence ou le ministère public, pour découvrir et sanctionner les auteurs de violations des règles relatives à la concurrence. L'action privée¹ recouvre au contraire les procédures engagées par une personne physique ou morale, une organisation ou une entité publique (par exemple, dans les affaires de soumission concertée, une collectivité locale ou un organisme de passation des marchés) afin qu'un tribunal constate une violation du droit de la concurrence et ordonne la réparation du préjudice subi ou prenne des mesures provisoires ou conservatoires (*injunctive reliefs*)². Les actions privées peuvent être des actions autonomes (*stand-alone action*), mais aussi des actions de suivi (*follow-on action*) engagées à la suite d'une décision prise dans le cadre d'une action publique. Dans la majorité des juridictions, la plupart des actions privées sont des actions de suivi.

2. Dans l'ensemble, les chercheurs et les pouvoirs publics s'accordent à reconnaître que les personnes et les entreprises victimes de comportements anticoncurrentiels devraient avoir droit à une indemnisation raisonnable. Parallèlement, les autorités publiques doivent avoir conscience qu'il est important de ménager un juste équilibre entre action publique et actions privées. La politique de la concurrence et la mise en œuvre du droit de la concurrence, y compris à travers les actions privées, devraient être considérées comme une approche intégrée dans le cadre de laquelle de nombreux facteurs contribuent à la réalisation des objectifs complémentaires que sont la dissuasion et la réparation. Il est capital de trouver le juste équilibre entre ces instruments et objectifs pour que les actions privées (i) ne nuisent pas à l'efficacité de l'action publique et (ii) favorisent un plus grand respect du droit de la concurrence sans déboucher sur des actions en justice stériles, susceptibles de décourager des comportements avantageux pour la société.

3. Ce document décrit les évolutions qui ont eu lieu dans certaines juridictions en matière d'actions privées. Ces évolutions sont principalement observées en Europe, l'Union européenne (UE) ayant récemment pris des mesures législatives sous la forme d'une directive³ pour favoriser le développement des actions privées dans les États membres. Il analyse ensuite les principaux instruments utilisés au niveau national pour aider les victimes de comportements anticoncurrentiels à obtenir réparation des préjudices subis, notamment la présomption de faute, la présomption de préjudice, les règles relatives à l'accès aux preuves, les mécanismes de recours collectif et les délais de prescription. La dernière partie du document présente certaines des interactions entre action publique et actions privées et décrit les stratégies mises en œuvre par les juridictions pour garantir l'efficacité de l'action publique tout en créant un cadre susceptible d'encourager les actions privées en réparation.

¹ Dans ce document, le terme « action privée » (« *private enforcement* ») est employé dans une acception large englobant les actions en justice engagées à raison d'infractions alléguées au droit de la concurrence, par opposition au concept plus étroit qu'est « le contentieux indemnitaire » (« *private damage litigation* »), qui ne renvoie qu'à la justice compensatoire.

² Les actions en dommages et intérêts offrent aux victimes la possibilité d'être dédommagées des préjudices subis en raison de la violation du droit de la concurrence, tandis que les mesures provisoires ou conservatoires leur permettent de saisir un tribunal pour qu'il fasse cesser ou empêche les pratiques anticoncurrentielles. Dans certaines juridictions, comme aux États-Unis et au Japon, il est possible à la fois d'engager une action en dommages et intérêts et de demander des mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre d'une action privée, mais la plupart des autres juridictions ne permettent pas qu'un tribunal prenne des mesures conservatoires pour empêcher des atteintes au droit de la concurrence.

³ 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, JO L 349, 5.12.2014, p. 1.

2. Évolution des actions privées dans quelques juridictions

4. Dans un petit nombre de juridictions, en particulier aux États-Unis, les actions privées occupent depuis longtemps une place centrale dans l'application du droit de la concurrence. Ces juridictions ont d'emblée considéré que les mécanismes destinés à encourager les victimes à demander réparation par l'intermédiaire du système judiciaire pouvaient jouer un rôle essentiel, complémentaire de l'action publique. Il reste cependant que dans la plupart des juridictions, le droit de la concurrence est d'abord conçu comme un instrument de répression administrative, en d'autres termes un outil dont dispose l'État pour intervenir sur le marché afin de protéger les intérêts des consommateurs contre les ententes et les abus de pouvoir de marché des grandes entreprises. Dans les juridictions dotées d'un système de répression administrative de ce type, l'autorité de la concurrence est au cœur de l'application du droit de la concurrence et la bonne application de ce droit dépend quasi exclusivement de sa capacité à détecter, analyser, sanctionner et, finalement, prévenir les comportements anticoncurrentiels. Dans les systèmes reposant en majeure partie sur l'action publique, les actions privées jouent jusqu'à présent un rôle mineur.

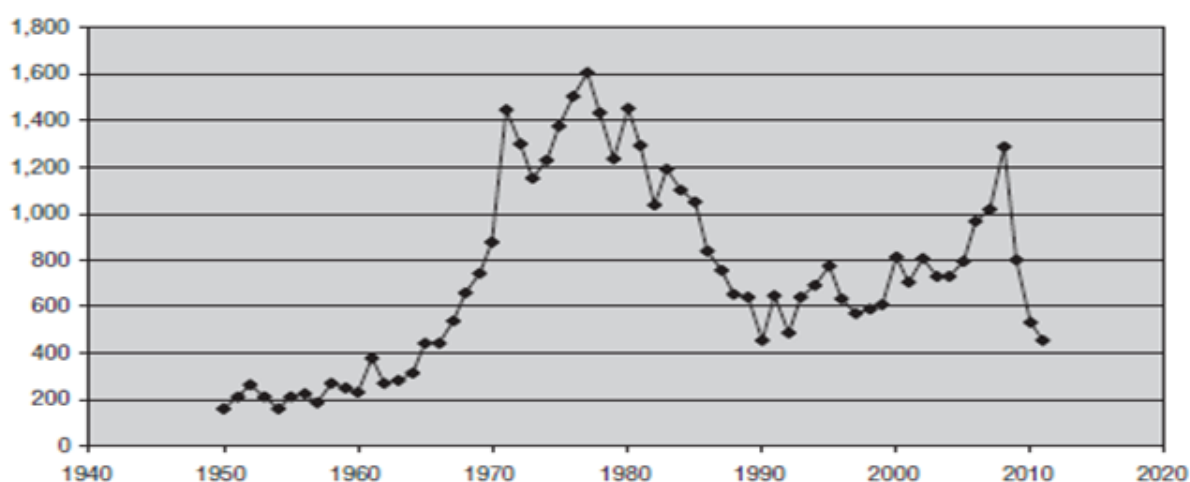
2.1. Les actions privées aux États-Unis

5. Les États-Unis constituent la juridiction de l'OCDE disposant de l'expérience la plus longue et la plus vaste en matière d'actions privées. Le système des actions privées repose sur des actions en triple dédommagement (*treble damages*)⁴, des actions collectives assorties d'une possibilité de retrait (*opt-out class actions*), des procès devant jury (*jury trials*), des accords de paiement d'honoraires conditionnels (*contingency fee agreements*), un système développé de production de pièces (*discovery*) et l'exclusion du moyen de défense tiré de la répercussion des surcoûts. Alors que le contentieux privé en matière de droit de la concurrence aux États-Unis est souvent perçu comme excessif, le nombre d'actions privées fluctue en réalité selon les époques et dépend de l'attitude des juges vis-à-vis de ces actions, ainsi que du degré d'intervention des autorités publiques⁵.

⁴ Selon l'article 4 de la loi Clayton, le plaignant pouvait obtenir un montant égal à trois fois la valeur du préjudice subi majoré des frais et dépens et des honoraires d'avocat.

⁵ Voir Kolasky (2012). Il a parfois été avancé qu'un système comme celui en place aux États-Unis pouvait favoriser les actions dénuées de fondement, ce qui a pu avoir une forte influence sur l'évolution de la doctrine relative au droit de la concurrence. Selon Kovacic, « [c]es quelque 30 dernières années, la crainte des juges à l'idée que le droit d'engager des actions privées tel qu'il existe aux États-Unis pourrait avoir un effet trop dissuasif et empêcher des comportements légitimes s'est traduite par une évolution spectaculaire des critères retenus pour reconnaître la responsabilité d'une violation du droit de la concurrence. En témoigne notamment une évolution vers un traitement plus clément des abus de position dominante » (Kovacic, 2008).

Graphique 1 – Évolution du nombre d'actions privées aux États-Unis (1950-2011)



Source : Kolasky (2012).

6. Jusqu'aux années 50, les actions privées sont restées peu nombreuses. Leur nombre a commencé à augmenter sensiblement dans les années 60, jusqu'à atteindre un sommet en 1977 en raison d'une propension des tribunaux américains à appliquer le principe de l'interdiction *a priori* à un large éventail de restrictions verticales ou horizontales et non aux seules ententes injustifiables sur les prix de nature horizontale. Cette attitude facilitait grandement la tâche des plaignants engageant des actions privées. Dans les années 80, le nombre de nouvelles actions privées engagées a connu une nette baisse. L'adhésion de la Cour suprême aux thèses de l'école dite de Chicago a en effet contraint les plaignants à se fonder davantage sur les preuves économiques des effets anticoncurrentiels pour démontrer que le comportement en cause nuisait, non pas aux concurrents, mais à la « concurrence elle-même ». La jurisprudence a fait un virage net vers une conception plus étroite de la règle de l'interdiction *a priori*, obligeant les plaignants à prouver leurs allégations sur la base du principe plus exigeant qu'est la règle de raison, fondée sur une analyse des effets. Le succès du programme d'amnistie et l'augmentation de l'action répressive des autorités publiques (en particulier en termes d'imposition d'amendes pénales) ont fortement contribué à la hausse régulière du nombre d'affaires de droit de la concurrence observée au cours des vingt années suivantes. Plus récemment, dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Twombly*⁶, la Cour suprême a retenu un critère de « plausibilité » de la violation du droit de la concurrence qui oblige les plaignants à produire suffisamment de preuves factuelles pour démontrer que leur grief est « plausible ». Ce relèvement du standard de la preuve est considéré comme la cause de la diminution du nombre d'actions privées constatée depuis peu⁷.

2.2. Les actions privées dans l'Union européenne

7. À ce jour en Europe, seules quelques victimes d'atteintes au droit de la concurrence ont pu obtenir réparation⁸. Entre 2006 et 2012, moins de 25 % des affaires dans lesquelles la Commission

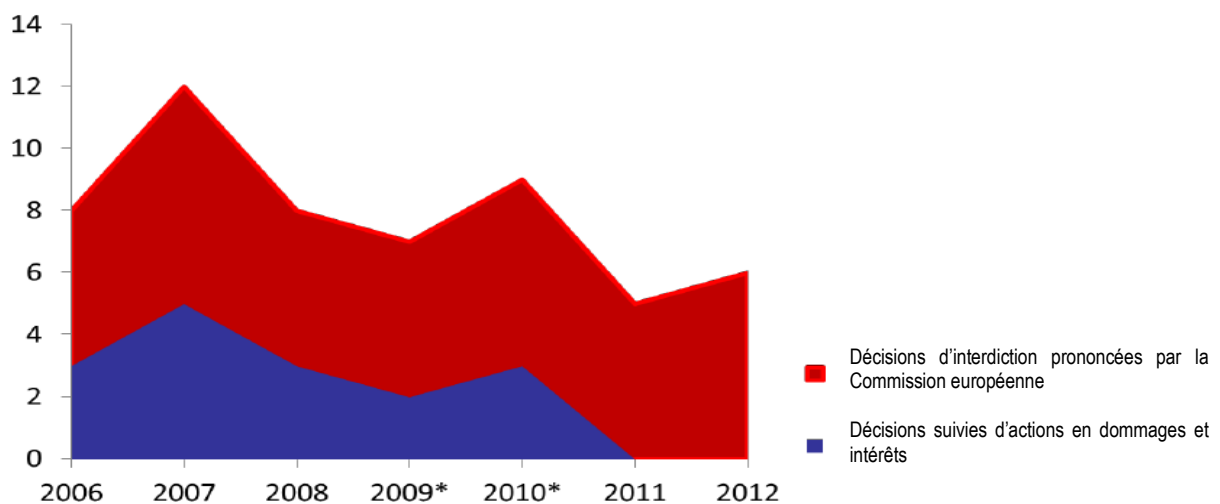
⁶ *Bell Atlantic, Inc c. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

⁷ À la suite de l'arrêt *Twombly*, le nombre de rejets dans des affaires de droit de la concurrence a nettement augmenté, les griefs des plaignants ayant été rejetés au stade de la mise en état dans 74 % des 378 affaires traitées entre 2007 et 2011 parce que le critère de la « plausibilité » n'était pas satisfait.

⁸ Document de travail des services de la Commission, Impact Assessment Report accompanying the proposal for a Directive (2013).

européenne a constaté une infraction au droit de la concurrence ont ensuite donné lieu à une action en dommages et intérêts (graphique 2). Des actions ont été engagées dans un très petit nombre d'États membres, principalement au Royaume-Uni, en Allemagne⁹ et aux Pays-Bas, tandis qu'aucune action n'a été recensée dans 20 États membres sur 28¹⁰. Dans l'analyse qui accompagne son projet de directive sur les actions en dommages et intérêts en matière de droit de la concurrence¹¹, la Commission européenne décrit les tendances en matière d'actions privées au sein de l'UE en ces termes : « Au cours de la période 2006-12, sur les 54 décisions d'interdiction définitive d'ententes ou autres atteintes au droit de la concurrence prises par la Commission européenne, 15 seulement ont été suivies d'une ou plusieurs actions en dommages et intérêts engagées dans un ou plusieurs États membres. Au total, 52 actions de ce type ont été engagées, dans seulement sept États membres. À la connaissance de la Commission, dans 20 États membres sur 28, aucune décision n'a été suivie d'une action en dommages et intérêts. Parmi les sept États membres dans lesquels des actions ont été engagées figurent principalement le Royaume-Uni, l'Allemagne et les Pays-Bas ».

Graphique 2 – Décisions de la Commission européenne suivies d'une action en dommages et intérêts entre 2006 et 2012



Source : De Smijter, présentation devant l'American Bar Association (juillet 2013). (*) Comprend les décisions de ré-adoption.

8. Depuis 2004, la Commission européenne se mobilise pour instaurer et entretenir une « culture » du contentieux privé dans le domaine du droit européen de la concurrence. Pour susciter un débat sur le moyen de lever les obstacles à l'obtention d'un dédommagement effectif et favoriser l'introduction d'actions privées en dommages et intérêts devant les tribunaux, elle a publié un livre vert¹² en 2005 et un

⁹ Les actions en dommages et intérêts pour enrichissement sans cause ne représentent qu'environ 20 % des affaires de droit de la concurrence portées devant les juridictions allemandes. La majorité des affaires sont des litiges opposant des entreprises dans lesquelles la partie plaignante veut obtenir la nullité de clauses contractuelles ou des mesures provisoires ou conservatoires (Marquis, 2011, note 186).

¹⁰ Kortmann et Wesseling (2013), p 3.

¹¹ Document de travail des services de la Commission, Impact Assessment Report accompanying the proposal for a Directive (2013), paragraphe 52.

¹² Commission européenne, Livre vert – Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Bruxelles, 19 décembre 2005, [COM(2005) 672 final].

livre blanc en 2008¹³. Après dix années de débat, une directive sur les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence a finalement été adoptée le 26 décembre 2014¹⁴.

9. La Directive consacre le droit des victimes à obtenir réparation intégrale des préjudices causés par un comportement anticoncurrentiel. La réparation intégrale englobe le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que les intérêts dus depuis le moment où le préjudice est survenu jusqu'à celui où les dommages et intérêts sont versés. Pour que le droit à réparation intégrale soit effectivement garanti, la Directive prévoit des mesures qui, après sa transposition en droit national, permettront d'engager plus facilement une action en dommages et intérêts :

- *Production de preuves.* Les parties auront plus facilement accès aux preuves dont elles ont besoin parce qu'elles pourront demander au tribunal d'enjoindre aux autres parties ou aux tiers de produire ces preuves. Les tribunaux devront veiller à ce que la demande de preuves soit proportionnée et à ce que les informations confidentielles soient dûment protégées. Il existe deux exceptions aux règles relatives à la production de preuve : les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction figurant dans le dossier d'une autorité de la concurrence ne peuvent en aucun cas être divulguées. Par ailleurs, pour protéger l'intégrité de la procédure administrative, certaines informations produites dans le cadre d'une action publique ne peuvent être divulguées qu'une fois l'enquête close.
- *Effet des décisions nationales.* Les décisions des autorités nationales de la concurrence d'un État membre auront immédiatement valeur de preuve irréfutable de l'infraction devant les juridictions dudit État membre. Les décisions des autorités nationales de la concurrence d'autres États membres auront valeur de preuve *prima facie* de l'infraction.
- *Délais de prescription.* Des délais de prescription clairs sont établis afin que les victimes disposent de plus de temps pour engager une action. L'action en dommages et intérêts doit être introduite dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle le préjudice est découvert. Le délai de prescription doit être suspendu pendant toute la durée de l'enquête conduite par l'autorité de la concurrence et les actions civiles peuvent être engagées dans un délai d'un an au maximum à compter de la décision définitive de l'autorité.
- *Moyen de défense tiré de la répercussion du surcoût et traitement des acheteurs indirects.* Si la hausse de prix causée par l'infraction a été répercutée le long de la chaîne de distribution, les victimes qui peuvent demander un dédommagement sont celles qui, *in fine*, ont subi le dommage. La Directive établit une présomption réfragable selon laquelle les victimes ont subi une partie de la hausse de prix, si bien qu'il est plus facile pour les acheteurs indirects de prouver l'existence d'une répercussion du surcoût.
- *Quantification du préjudice.* La Directive établit une présomption réfragable selon laquelle les ententes sont préjudiciables et permet aux tribunaux nationaux d'estimer ce préjudice. Cette

¹³ Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante [COM(2008) 165 final].

¹⁴ 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, JO L 349, 5.12.2014, p. 1. La Directive est entrée en vigueur le 26 novembre 2014, après avoir été définitivement adoptée par le Conseil le 10 novembre 2014. Les États membres de l'UE disposent de deux ans pour la transposer dans leur ordre juridique interne. Son adoption couronne près de 10 ans d'efforts déployés par la Commission européenne pour harmoniser la législation des 28 États membres.

disposition aidera les victimes à prouver et à quantifier le préjudice subi, ce qui est souvent difficile.

- *Responsabilité solidaire.* Quiconque a participé à une infraction doit voir sa responsabilité engagée à l'égard des victimes pour l'intégralité du préjudice découlant de l'infraction, étant entendu qu'il est possible d'obtenir une contribution des autres auteurs de l'infraction à hauteur de leur part de responsabilité. Toutefois, le bénéficiaire d'une immunité n'est responsable qu'à hauteur de sa propre clientèle (en d'autres termes, il bénéficie d'une dérogation à la règle de la responsabilité solidaire).
- *Règlement consensuel des litiges.* Pour favoriser une indemnisation plus rapide à moindre coût, la Directive prévoit une possibilité de règlement extrajudiciaire. Elle prévoit la suspension du délai de prescription ou de la procédure judiciaire pendant pour laisser le temps aux parties de rechercher un accord sans risque de perdre des droits procéduraux dans l'intervalle.

2.3. *Les actions privées au Royaume-Uni*

10. En juin 2013, souhaitant faciliter les actions privées en droit de la concurrence, le gouvernement du Royaume-Uni a dévoilé un projet de réforme en la matière¹⁵, proposant notamment au Parlement un nouveau régime d'actions de suivi¹⁶. Le projet de réforme comprend essentiellement quatre volets :

- *Renforcement du rôle du Competition Appeal Tribunal (CAT).* Le CAT a été expressément autorisé à statuer sur les actions de suivi. La réforme lui permet également de connaître d'actions autonomes. Il est aussi habilité à autoriser l'examen d'une affaire dans le cadre d'une action collective avec possibilité de retrait, à traiter les affaires simples au moyen d'une procédure accélérée destinée aux petites et moyennes entreprises (PME) et à prendre des injonctions. Au Royaume-Uni, la procédure accélérée s'adresse principalement aux PME et ne peut pas être utilisée pour des actions de groupe.
- *Encouragement de consommateurs jusqu'alors réticents à engager des actions collectives.* La réforme élargit le champ des actions en dommages et intérêts de manière à permettre aux associations de consommateurs d'introduire des actions collectives exigeant le consentement exprès des victimes et instaure un régime limité, comportant des garde-fous, d'actions collectives avec possibilité de retrait.
- *Promotion de mécanismes alternatifs de règlement des différends.* Bien qu'il ne soit pas obligatoire d'y recourir, les mécanismes alternatifs de règlement des différends sont perçus comme un moyen de garantir que les plaignants ne s'adressent aux tribunaux qu'en dernier recours. Le projet de réforme prévoit la création d'un nouveau régime de règlement collectif avec possibilité de retrait géré par le CAT. Ce dispositif permettrait aux entreprises qui le souhaitent d'opter pour un règlement rapide et simple de leur affaire. Il est également envisagé d'attribuer à la Competition and Markets Authority (CMA) un petit rôle dans l'approbation des régimes

¹⁵ UK Department for Business Innovation & Skills (BIS), Private actions in competition law: A consultation on options for reform (avril 2012).

¹⁶ Projet de loi sur les droits des consommateurs, annexe 7, pp. 85-104, portant sur les actions privées en droit de la concurrence (consultable à l'adresse : www.parliament.uk).

spontanés de réparation, applicables lorsqu'il a été constaté qu'une entreprise enfreignait le droit de la concurrence¹⁷.

- *Mesures visant à garantir une cohérence entre les décisions du CAT et celles de la CMA afin que les actions privées complètent l'action publique.* Le CAT est tenu d'informer la CMA de l'ouverture d'actions privées. Son règlement sera modifié pour que la CMA soit expressément dotée d'un pouvoir d'intervention dans les actions privées. Le CAT aura également le pouvoir de surseoir à statuer lorsqu'une enquête d'une autorité de la concurrence est en cours.

2.4. Les actions privées en Corée

11. En Corée, l'application du droit de la concurrence repose en grande partie sur l'intervention administrative de la Korean Fair Trade Commission (KFTC), l'autorité coréenne de la concurrence. Depuis sa création, en 1980, la KFTC est le principal organisme compétent en matière de droit de la concurrence, avant les tribunaux et le ministère public. La période comprise entre 1998 et 2001 a cependant marqué un tournant en matière de contentieux privé. En 2001, le ministère de la Défense a engagé une action contre cinq compagnies pétrolières du pays pour obtenir environ 200 milliards USD de dommages et intérêts en réparation de préjudices liés à des soumissions concertées pour des commandes de pétrole¹⁸. Cette action faisait suite à la décision de la KFTC d'imposer une amende de 120 milliards USD à ces mêmes entreprises pour soumission concertée dans des marchés militaires.

12. Depuis cette affaire qui a fait date, le nombre d'actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence a connu une hausse régulière, jusqu'à atteindre au moins 30 en 2013¹⁹. La plupart de ces affaires concernent des ententes dont l'existence avait déjà été constatée par la KFTC. Les plaignants peuvent être des entreprises acheteuses directes ou des acheteurs indirects. Parmi eux figurent des consommateurs qui avaient acheté des uniformes scolaires dans le cadre d'une entente sur les prix entre des fabricants d'uniformes en 2001, des chauffeurs de taxi victimes de l'entente sur les prix dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) en 2010, un fabricant de produits alimentaires victime de l'entente sur les prix dans le secteur de la farine blé en 2006 et même l'organisme chargé de la passation des marchés publics et des collectivités locales.

13. Plusieurs raisons expliquent cette progression des actions privées. En premier lieu, bon nombre d'entre elles ont été engagées à la suite de vastes enquêtes de la KFTC qui avaient eu un retentissement public important à cause du montant élevé des amendes infligées. Par ailleurs, la réforme du programme de clémence introduite en 2005 a probablement joué un rôle. Davantage d'ententes pouvant être détectées

¹⁷ La Competition and Markets Authority a publié un projet de guide sur son nouveau rôle en matière d'approbation de propositions spontanées faites par les auteurs d'infractions au droit de la concurrence pour indemniser les victimes de leurs pratiques anticoncurrentielles (<https://www.gov.uk/government/consultations/redress-scheme-approval-in-competition-cases-draft-guidance>).

¹⁸ Il s'agit à ce jour de la plus grosse demande de dommages et intérêts jamais formée en Corée dans une affaire de droit de la concurrence. Pour la première fois, la juridiction civile a appliqué des méthodes économétriques pour quantifier le préjudice, ce qui a suscité au cours de la procédure civile un vif débat sur la méthode la plus appropriée pour évaluer le surcoût lié à l'entente (le débat a porté sur le choix entre une comparaison avant-après, une comparaison avec un marché étalon ou une situation de référence, ou la méthode des doubles différences). En 2013, après 13 ans de procédures, les parties ont conclu une transaction de 132 millions USD en faveur du gouvernement coréen.

¹⁹ Lee (2014).

avec la coopération des entreprises qui demandent la clémence²⁰, les plaignants potentiels peuvent engager des actions de suivi en s'appuyant sur les preuves citées par la KFTC dans sa décision. Enfin, la réforme du droit de la concurrence adoptée en 2004 a encouragé les actions privées de diverses manières :

- le délai de prescription a été porté de 3 à 10 ans à compter de la date de l'infraction ;
- la disposition qui excluait toute possibilité d'engager une action en dommages et intérêts tant que la KFTC n'avait pas rendu une décision définitive a été abrogée, si bien que les victimes d'infractions n'ont désormais plus à attendre les résultats de la procédure en instance devant la KFTC pour demander des dommages et intérêts au civil ;
- l'introduction d'une présomption réfragable de faute a renversé du plaignant vers le défendeur la charge de la preuve de la faute intentionnelle ou de négligence à l'origine de l'infraction²¹ ;
- les tribunaux peuvent maintenant demander à la KFTC de leur communiquer des documents utiles à l'action privée, et la KFTC est tenue de leur fournir une copie des pièces demandées ainsi que les procès-verbaux d'audition²² ;
- lorsqu'un plaignant rencontre trop de difficultés pour rapporter la preuve du montant précis du préjudice subi, le tribunal peut fixer ce montant sur la base du mécanisme d'accès aux preuves et des mémoires, ce qui allège la charge de la preuve qui pèse sur les plaignants.

2.5. *Les actions privées dans d'autres juridictions*

14. Au Japon, les actions privées sont rares mais de plus en plus nombreuses²³. Nombre d'entre elles sont en réalité engagées par des entités publiques, par exemple des collectivités locales et des organismes publics, souvent pour obtenir réparation de préjudices liés à des soumissions concertées²⁴. Elles peuvent être engagées soit en vertu du droit de la concurrence lui-même (article 25 de la loi japonaise relative à l'interdiction des monopoles) soit en vertu du droit civil commun (article 709 du code civil). Elles peuvent être engagées sur la base de ces deux dispositions dès lors que les conditions requises par chacune d'elles sont réunies. Il n'est possible d'engager une action en vertu de l'article 25 qu'après une décision définitive et contraignante de la Japan Fair Trade Commission (JFTC), si bien que seules des actions de suivi peuvent être introduites devant la cour d'appel de Tokyo (compétente pour connaître de ces affaires) sur la base de cette disposition. Les actions autonomes engagées en vertu de l'article 709 du code civil doivent l'être devant le tribunal de première instance territorialement compétent selon les règles de procédure civile. Lorsqu'une action en dommages et intérêts est engagée sur la base du droit de la concurrence après une décision définitive et contraignante de la JFTC, l'affaire est examinée selon la norme de la « responsabilité sans faute », ce qui signifie que le plaignant n'a pas à prouver l'intention ou la négligence du défendeur²⁵.

²⁰ Entre 2010 et 2013, 72.6 % de l'ensemble des ententes qui ont donné lieu à des amendes ont été découvertes dans le cadre de demandes de clémence. Plus précisément, en 2011, 32 procédures pour entente sur 34 ont été ouvertes à la suite d'une demande de clémence.

²¹ Article 56 de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales.

²² Article 56-2 de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales.

²³ Van de Walle (2013).

²⁴ Van de Walle (2013), p. 30.

²⁵ Article 26 de la loi japonaise relative à l'interdiction des monopoles.

15. La **Hongrie** a adopté la loi sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives (HCA) en 1996 pour se conformer aux critères d'adhésion à l'UE. Elle a ensuite amendé son droit de la concurrence en 2005 pour encourager les actions privées, conformément aux principes énoncés par l'UE. Le principal amendement à la HCA a introduit la possibilité d'engager des actions en dommages et intérêts autonomes et de suivi²⁶. Avant cette réforme, il existait une ambiguïté sur le point de savoir s'il était possible d'engager des actions autonomes sur la base de la HCA. En raison de cette incertitude, les victimes hésitaient à saisir la justice, et les tribunaux étaient réticents à examiner les actions privées. Le deuxième amendement important a permis de demander des injonctions. Auparavant, la nullité était la seule forme de réparation expressément prévue par la HCA. Désormais, un plaignant peut demander : une indemnisation en réparation du préjudice subi (dommages et intérêts compensatoires), des mesures provisoires, des ordonnances de saisie ou de cessation et la modification des dispositions contractuelles par le tribunal²⁷. En outre, pour garantir une cohérence entre l'action publique et les actions privées, la réforme a introduit dans la HCA des dispositions qui visent à favoriser la coopération entre l'autorité de la concurrence (la GVH) et les tribunaux²⁸. Deux autres amendements importants ont été introduits en 2009. Le premier vise à protéger les entreprises qui sollicitent la clémence pour éviter qu'elles ne soient pas placées dans une position plus défavorable dans les actions de suivi que celles qui ne demandent pas la clémence. Selon l'article 88/D de la HCA, l'entreprise qui a obtenu l'immunité ne peut être poursuivie en dommages et intérêts que si le plaignant n'est pas parvenu à obtenir une réparation intégrale de la part des autres défendeurs²⁹. Le deuxième amendement a introduit une présomption réfragable selon laquelle une entente injustifiable entraîne une hausse de prix de 10 % sur le marché³⁰. Malgré ces amendements, les actions privées sont quasiment inexistantes en Hongrie : quatre affaires seulement étaient pendantes en 2013, et toutes concernaient des soumissions concertées en réponse à des appels d'offres dans le secteur de la construction³¹.

16. Au **Mexique**, aucune action en dommages et intérêts engagée pour des infractions au droit de la concurrence n'a été accueillie depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la concurrence économique, en 1993. La faiblesse du nombre d'actions privées tient au fait que, comme en Hongrie, jusqu'en 2011, les victimes ne pouvaient saisir la justice qu'après une décision définitive de l'autorité de la concurrence constatant l'infraction. Les amendements apportés en 2011 au code fédéral de procédure civile et les

²⁶ En 2005, la HCA a été enrichie d'un nouvel article 88/A, qui autorise les tribunaux hongrois à statuer sur des actions autonomes, disposant que « le pouvoir de l'autorité hongroise de la concurrence d'engager des poursuites (...) pour protéger l'intérêt général ne doit pas faire obstacle à l'introduction d'actions au civil directement devant les tribunaux à raison d'une infraction aux dispositions [relatives à la manipulation déloyale de décisions des entreprises, aux ententes et abus de position dominante] ».

²⁷ Szilágyi (2013).

²⁸ L'article 88/B(6) de la HCA dispose que la GVH est tenue d'aviser le tribunal déjà saisi d'une affaire de droit de la concurrence de sa décision d'ouvrir une enquête. En pareil cas, le tribunal doit suspendre la procédure. Si un tribunal est saisi d'une action en droit de la concurrence, il doit en aviser immédiatement la GVH et suspendre sa procédure en attendant la décision définitive de celle-ci. La décision définitive de la GVH sur l'existence d'une infraction s'impose au tribunal.

²⁹ Cette disposition est similaire à celle figurant à l'article 11 § 4(b), relatif à la responsabilité solidaire, de la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts.

³⁰ L'article 88/C est libellé ainsi : « Au cours d'une procédure civile ouverte pour examiner une plainte contre une partie à un accord restrictif conclu entre des concurrents pour fixer directement ou indirectement les prix, partager les marchés ou fixer des quotas de production ou de vente en violation de l'article 11 de la présente loi ou de l'article 101 du TFUE, aux fins d'appréciation de l'influence que l'infraction a exercée sur les prix, il sera présumé en l'absence de preuve démontrant qu'il en va autrement, que l'infraction a influé sur les prix à raison de 10 % ».

³¹ Tóth et Pázmány (2013).

modifications de la loi fédérale sur la concurrence économique permettent désormais aux victimes d'engager des actions collectives dans des affaires de droit de la concurrence et de demander des dommages et intérêts sans avoir à attendre une décision de l'autorité de la concurrence³².

17. En 2003, la CADE, autorité de la concurrence du **Brésil**, a décidé de favoriser le respect du droit de la concurrence en faisant des poursuites en matière d'ententes injustifiables sa priorité³³. L'augmentation du nombre de décisions dans lesquelles la CADE constate une infraction s'est traduite par une progression du nombre d'actions privées. Un système de recours collectif et un mécanisme de double dédommagement permettent aux consommateurs lésés par une infraction au droit de la concurrence d'obtenir réparation de leur préjudice. Seuls les organismes publics peuvent engager une action, mais les parquets fédéraux et ceux des États peuvent représenter les victimes présumées et introduire un recours collectif en réparation. La plupart des actions dont sont saisis les tribunaux concernent la violation des droits des consommateurs (entente sur les prix des combustibles, par exemple). Bien que le Brésil n'autorise en principe que l'octroi de dommages et intérêts simples, les victimes de comportements anticoncurrentiels peuvent solliciter un double dédommagement sur la base de l'article 42 du code brésilien de la consommation³⁴. En 2010, la CADE a tenté d'encourager l'introduction d'actions de suivi en ordonnant pour la première fois dans une décision relative à une entente qu'un exemplaire de sa décision soit envoyé aux parties potentiellement lésées pour leur permettre d'obtenir réparation de leur préjudice. En conséquence, partout dans le pays, un certain nombre de parties se prétendant lésées par l'entente ont saisi les tribunaux pour obtenir réparation³⁵.

18. En **Chine**, la loi contre les monopoles est entrée en vigueur en 2008³⁶ et l'action publique reste limitée, tandis que les actions privées sont comparativement plus nombreuses. Selon les statistiques publiées, les juridictions civiles ont été saisies de 107 affaires au total entre le troisième trimestre 2008 et le premier semestre 2012³⁷. Les victimes peuvent solliciter des dommages et intérêts sur la base de l'article 50 de la loi contre les monopoles. Ce droit a été expressément confirmé en 2011 par la Cour suprême chinoise, qui a adopté des orientations générales (intitulées « Guide d'interprétation judiciaire ») pour guider les tribunaux dans le traitement des affaires liées à la concurrence et a ainsi fortement contribué à encourager les actions privées³⁸. Ces orientations ont pris effet en juin 2012 et ont confirmé la possibilité d'engager une action autonome ou de suivi. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre qu'une autorité de la concurrence ait rendu une décision pour engager une action devant les tribunaux³⁹. Comme les affaires de droit de la concurrence sont complexes et doivent de ce fait être examinées par des juges

³² Article 38 de la loi fédérale sur la concurrence économique. Voir Guerrero Rodríguez et Ramírez Casazza Barrera (2013).

³³ Au Brésil, il est possible de demander réparation d'un préjudice sur la base de l'article 47 de la loi sur la concurrence ou de l'article 927 du code civil brésilien.

³⁴ Martinez et Tavares de Araujo (2013).

³⁵ Affaire n° 08012.009888/2003-70 (affaire relative à une entente en matière de gaz industriels), dans laquelle la CADE a rendu une décision le 1^{er} septembre 2010.

³⁶ Modrall, Bachrack et Huang (2012).

³⁷ Wang et Hughes (2012), d'après un discours prononcé par M. Jin Kesheng (vice-président de la chambre de la propriété intellectuelle de la Cour suprême chinoise), à l'occasion du Séminaire international sur le droit de la concurrence dans le secteur d'Internet. Selon la Cour suprême chinoise, les affaires sont plus souvent liées à des abus de position dominante qu'à des ententes, mais les actions privées dans lesquelles les plaignants obtiennent gain de cause restent rares.

³⁸ Dispositions relatives à différents aspects de l'application du droit dans le jugement des affaires civiles liées à des comportements de monopole (« Guide d'interprétation judiciaire »).

³⁹ Guide d'interprétation judiciaire, article 2.

spécialisés, les règles de compétence qui leur sont appliquées sont différentes de celles appliquées aux autres litiges civils⁴⁰.

19. Il existe une présomption réfragable d'effets anticoncurrentiels en ce qui concerne les accords horizontaux, mais cette présomption n'existe pas pour les accords verticaux⁴¹. La charge de la preuve qui pèse sur les plaignants est allégée, puisqu'il leur suffit de prouver l'existence de l'entente, tandis qu'il appartient au défendeur de démontrer l'absence d'effets anticoncurrentiels⁴². S'agissant de la divulgation de preuves et de l'accès aux preuves, toutes les informations ou données rendues publiques par le défendeur au sujet de sa position sur le marché peuvent être utilisées par le plaignant comme preuve *prima facie* de la position dominante du défendeur⁴³. Les tribunaux peuvent également prendre des mesures provisoires et conservatoires et les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent demander au tribunal qu'il ordonne au défendeur de mettre fin à l'infraction et prononce la nullité du contrat ou des dispositions contraires à la loi contre les monopoles adoptées par une association commerciale. Il subsiste cependant un manque de clarté au sujet de plusieurs aspects des actions privées, notamment concernant le sort des acheteurs indirects, l'effet contraignant des décisions définitives des autorités compétentes pour l'application de la loi contre les monopoles, le droit d'accès du plaignant aux documents fournis dans le cadre d'une demande de clémence et les délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts en matière de droit de la concurrence⁴⁴.

3. Instruments visant à garantir l'efficacité des actions privées

20. Pour que les victimes d'infractions au droit de la concurrence puissent réellement exercer leur droit à réparation, les juridictions ont cherché à faciliter les actions privées en introduisant des instruments et règles plus efficaces que ceux existant en droit civil commun. Certains de ces instruments sont présentés ci-après.

3.1 Absence d'exigence de faute et présomption réfragable de faute

21. Les règles générales qui régissent la responsabilité pour préjudice en droit de la responsabilité délictuelle ou en droit civil exigent que quatre éléments soient réunis pour qu'une victime puisse être indemnisée au titre du préjudice subi : (i) l'existence d'une faute (intentionnelle ou de négligence) du défendeur ; (ii) l'existence d'une infraction au droit (illégalité) ; (iii) la présence d'un préjudice (qui doit être quantifié) ; et (iv) l'existence d'un lien de causalité entre l'infraction et le préjudice⁴⁵.

⁴⁰ Selon le Guide d'interprétation judiciaire, ce sont les tribunaux populaires intermédiaires siégeant dans les capitales des provinces et régions autonomes, et non les tribunaux populaires de base, qui sont compétents pour connaître en première instance des affaires liées à des infractions à la loi contre les monopoles. La Cour suprême de Chine a toutefois toute latitude pour déclarer les tribunaux de base compétents (article 3).

⁴¹ Guide d'interprétation judiciaire, article 7.

⁴² Cet allègement de la charge de la preuve des effets anticoncurrentiels des ententes peut être comparé à la présomption de préjudice introduite en matière d'ententes par la Directive européenne (article 17 § 2).

⁴³ Guide d'interprétation judiciaire, article 10.

⁴⁴ Bien que le Guide d'interprétation judiciaire ne fixe pas expressément un délai de prescription de deux ans pour l'introduction de procédures en vertu de la loi contre les monopoles, il limite la durée du préjudice à deux années (article 16), alignant ainsi cette durée sur le délai de prescription applicable en droit civil (article 135 des principes généraux de droit civil).

⁴⁵ En Europe, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), toute personne peut demander réparation d'un préjudice dès lors qu'il existe un lien de causalité entre le préjudice subi et une infraction au droit de la concurrence (affaire C-294/04 *Manfredi*, Recueil 2006, p. I-6619, et considérant 11

22. En matière civile, le plaignant doit prouver que ces quatre éléments sont réunis pour obtenir gain de cause. Certaines juridictions ont décidé d'alléger la charge de la preuve qui pèse sur les plaignants dans les litiges civils relatifs au droit de la concurrence afin qu'il ne leur soit pas difficile voire pratiquement impossible d'exercer leur droit à réparation. Cet allègement (qui va parfois jusqu'à l'exemption) de l'obligation de prouver la faute est justifié par le fait qu'il est objectivement difficile de rapporter la preuve des circonstances subjectives qui caractérisent une infraction au droit de la concurrence. Il peut en effet être très difficile au plaignant de démontrer que le défendeur a commis cette infraction intentionnellement ou par négligence⁴⁶. En général, les autorités de la concurrence n'analysent pas l'élément subjectif, ce qui ne facilite pas non plus les actions de suivi, le plaignant ne pouvant pas s'appuyer sur des preuves déjà recueillies par l'autorité de la concurrence pour rapporter la preuve de cet élément. Ainsi, même si l'autorité de la concurrence a démontré la violation du droit de la concurrence, le plaignant peut ne pas être en mesure de surmonter l'obstacle supplémentaire lié à l'obligation de prouver que le comportement répréhensible du défendeur est dû à une faute intentionnelle ou de négligence.

23. Une étude réalisée en 2004 sur l'état du contentieux privé en Europe révèle d'importantes différences entre les juridictions européennes en ce qui concerne la charge et le standard de la preuve de la faute⁴⁷. Elle distingue quatre groupes de juridictions qui ont facilité la tâche du plaignant s'agissant de la preuve de la faute⁴⁸ :

- Dans certains pays, le plaignant n'a pas à démontrer que le défendeur a commis une faute intentionnelle ou involontaire. C'est le cas en République tchèque, en Irlande, en Slovaquie et au Royaume-Uni.
- Dans d'autres, le critère de la faute est automatiquement réputé satisfait dès lors que la violation des règles de la concurrence est constatée. C'est le cas en Belgique, en France, au Luxembourg, à Malte et aux Pays-Bas.
- En Finlande, en Allemagne, en Grèce, en Hongrie, en Pologne, au Portugal, en Autriche et au Danemark, il faut démontrer que la violation du droit de la concurrence est liée à une faute – en d'autres termes, il ne suffit pas qu'il y ait infraction : il faut aussi qu'elle ait été commise par négligence ou intentionnellement.
- Enfin, dans des pays comme l'Autriche, l'Estonie, l'Allemagne, la Hongrie, la Slovaquie et l'Espagne, la faute doit être prouvée pour que la demande de dommages et intérêts prospère, mais elle est présumée dès lors que le requérant rapporte la preuve de l'infraction au droit de la concurrence. La présomption est généralement réfragable, ce qui signifie que la charge de la preuve est renversée du plaignant vers le défendeur.

de la Directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence).

⁴⁶ La CJUE a précisé dans son arrêt *Brasserie du pêcheur* que le droit national ne dispose que d'une marge très mince pour subordonner la réparation d'un préjudice à l'existence d'une faute (affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, Recueil 1996, p. I-1029).

⁴⁷ Réalisée à la demande de la Commission européenne, l'étude intitulée *Study on the Condition on Claim for Damages in Case of Infringements of EC Competition Rules* (ou étude Ashurst, 2004) avait pour but d'identifier et d'analyser les obstacles à l'aboutissement des actions en dommages et intérêts dans les États membres de l'UE à partir des réponses de 25 États membres. Elle peut être consultée à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf.

⁴⁸ Dans les autres juridictions (Danemark, Finlande, Grèce, Pologne et Portugal), le plaignant doit démontrer la faute du défendeur pour obtenir des dommages et intérêts, comme dans les autres actions civiles.

24. Compte tenu de ces différences d'approche entre États membres en matière de preuve de la faute, la Directive européenne relative aux actions en dommages et intérêts permet aux États membres de conserver des conditions telles que la culpabilité « dès lors qu'elles sont conformes à la jurisprudence de la Cour de justice, aux principes d'effectivité et d'équivalence ainsi qu'à la présente Directive »⁴⁹. Le document de travail de la Commission européenne préconisait l'adoption d'une approche restrictive s'agissant de la possibilité, pour le défendeur, d'invoquer pour sa défense des erreurs (factuelles ou juridiques) excusables. Les erreurs ne doivent donc en principe être excusables que lorsque l'auteur de l'infraction, même en faisant preuve de la plus grande vigilance, ne pouvait raisonnablement pas savoir que sa conduite restreignait la concurrence⁵⁰.

25. En dehors de l'Europe, la Corée et le Japon ont introduit des dispositions similaires dans leur législation. En Corée, l'article 56 (Responsabilité pour préjudice) de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales dispose que « toute entreprise ou groupe d'entreprises violant les dispositions de la présente loi et causant ainsi un préjudice à autrui est tenu de dédommager la personne lésée. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas si l'entreprise ou le groupe d'entreprises est en mesure de prouver qu'il n'a agi ni intentionnellement ni par négligence ». Au Japon, le plaignant qui engage une action sur la base de l'article 709 du code civil (Action autonome) est tenu de démontrer que le défendeur a agi intentionnellement ou par négligence. En revanche, si la demande de dommages et intérêts est formée sur la base de l'article 25 de la loi sur la concurrence après une décision définitive de la JFTC, l'intention ou la faute involontaire du défendeur n'a pas à être prouvée⁵¹.

3.2 *Amélioration (facilitation) de l'accès aux preuves*

26. Les affaires de droit de la concurrence exigent une abondance de données factuelles parce que les infractions sont de nature économique, ce qui n'est pas le cas des litiges civils ordinaires. Ainsi, (i) pour établir une *infraction* au droit de la concurrence, il faut démontrer que la pratique en cause a des effets négatifs sur les prix, la production ou l'innovation sur le marché pertinent ; (ii) pour apprécier l'ampleur du *préjudice*, le plaignant doit comparer la situation anticoncurrentielle à celle qui aurait existé en l'absence d'infraction ; (iii) pour établir la *causalité*, il doit identifier précisément les éléments du comportement anticoncurrentiel qui ont provoqué le préjudice. Il peut donc être extrêmement compliqué pour des plaignants potentiels, en particulier des consommateurs finaux, d'obtenir les éléments factuels nécessaires pour démontrer qu'ils ont droit à une indemnisation. De surcroît, les affaires de droit de la concurrence se caractérisent par une « asymétrie structurelle de l'information ». Beaucoup des éléments nécessaires au soutien d'une action privée sont souvent dissimulés. Une grande partie des données factuelles et des informations requises pour étayer une demande ne sont pas connues assez précisément du plaignant parce qu'elles sont détenues par le défendeur ou par des tiers. Il est donc souvent très difficile pour les plaignants de produire les preuves exigées.

27. À l'évidence, la capacité des plaignants à obtenir gain de cause dans une action en dommages et intérêts repose principalement sur leur capacité à accéder aux preuves nécessaires détenues par le défendeur, par un tiers ou par l'autorité de la concurrence. Les difficultés qu'ils rencontrent à cet égard

⁴⁹ Considérant 11 et article 4 (Principes d'effectivité et d'équivalence) de la Directive.

⁵⁰ La simple ignorance de la loi ne suffit à l'évidence pas à caractériser une faute excusable. De même, le fait de se fonder sur un conseil juridique erroné n'est pas suffisant. Les erreurs dues à une déclaration officielle erronée des entités compétentes, par exemple des autorités de la concurrence et du tribunal, ne sont excusables que si, en faisant preuve de toute la vigilance requise, l'entreprise pouvait raisonnablement se fonder sur ces déclarations (voir le document des services de la Commission européenne : Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2008).

⁵¹ Matsushita et Furuya (2013).

sont considérées comme un obstacle majeur aux actions privées. En conséquence, faciliter l'accès aux dossiers constitués dans le cadre de l'action publique peut être un moyen de promouvoir les actions privées, en particulier les actions de suivi. Le dossier de l'autorité de la concurrence peut contenir des éléments utiles sur la violation elle-même, mais aussi sur le montant du préjudice et sur le lien de cause à effet entre la violation et le préjudice⁵².

28. Pour remédier à cette asymétrie structurelle de l'information et faciliter l'accès des plaignants aux preuves nécessaires, il faudrait instaurer des règles claires concernant la possibilité que la communication de preuves soit ordonnée. Il faudrait que ces règles portent sur les modalités d'accès aux preuves dont a besoin le plaignant, définissent un périmètre minimum pour les informations à produire, fixent les conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit possible de demander que la communication de preuves soit ordonnée par le tribunal et définissent la portée de l'ordonnance. Certaines juridictions, notamment les États-Unis, la Suède, le Royaume-Uni et l'Irlande, sont dotées de règles concernant la possibilité d'ordonner la communication d'éléments de preuve durant la phase d'enquête préalable au procès. En général, pour que la communication de preuves puisse être ordonnée pendant le procès, il faut que la partie qui en fait la demande désigne précisément les documents qu'elle souhaite obtenir. Il en va ainsi en Allemagne, en France, en Espagne, en Corée et au Japon, par exemple. Ces juridictions craignent en effet que des pouvoirs trop larges en la matière ne se traduisent par une multiplication excessive des actions privées.

Encadré 1. Règles relatives à la communication de preuves contenues dans la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles

La Directive 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 dispose qu'un plaignant peut demander au juge national d'ordonner au défendeur, à un tiers ou à une autorité de la concurrence de communiquer des éléments de preuve en leur possession⁵³.

Pour éviter que l'obligation de communiquer des preuves ne soit trop large ou trop lourde, la Directive précise que l'accès aux preuves doit reposer sur une demande étayée par des données factuelles et sur un contrôle judiciaire rigoureux de la plausibilité de la demande de dommages et intérêts ; en outre, la demande doit satisfaire au critère de proportionnalité. En d'autres termes, pour obtenir du tribunal une ordonnance de communication de preuves, les plaignants doivent : (i) présenter tous les éléments factuels et moyens de preuve auxquels ils peuvent accéder, étant entendu que ces éléments doivent constituer des raisons plausibles de penser qu'ils ont subi un préjudice à raison de l'infraction aux règles de la concurrence commise par le défendeur ; (ii) convaincre le tribunal qu'ils ne sont pas en mesure, même en faisant tout ce qui pourrait être normalement attendu, de produire les preuves demandées ; (iii) indiquer de manière suffisamment claire les types de preuves dont la communication doit être demandée et les circonscrire de manière aussi précise et étroite que possible ; (iv) le juge devra veiller à ce que l'ordonnance de communication de preuves soit proportionnée et à ce que les informations confidentielles soient dûment protégées⁵⁴.

⁵² Wills (2009) : « Pour certains types d'infractions au droit de la concurrence autres que les ententes injustifiables, il peut être nécessaire d'évaluer les effets (probables) pour conclure à l'existence d'une infraction. En outre, même si cette évaluation n'est pas indispensable pour constater l'infraction, les autorités de la concurrence peuvent souhaiter apprécier l'ampleur du préjudice, soit parce qu'elle constitue un critère de sélection des situations qui justifient l'ouverture d'une procédure, soit parce que cette ampleur est prise en compte pour déterminer le montant de l'amende ».

⁵³ Articles 5 et 6.

⁵⁴ Article 5 §§ 2 et 3. En 1999, la Corée a également adopté une disposition qui permet aux tribunaux d'ordonner la communication de preuves détenues par l'autorité de la concurrence. Si un tribunal ordonne la communication de documents pertinents dans le cadre d'une action en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence, la KFTC est tenue de fournir une copie de ces documents et le procès-verbal des auditions (article 56-2, intitulé Dossiers, de la loi sur la réglementation des monopoles et sur

Pour préserver l'efficacité de la mise en œuvre du droit par la puissance publique, la Directive précise que certaines des informations recueillies dans le cadre de l'action publique ne peuvent être divulguées qu'une fois l'enquête terminée⁵⁵. Ces informations sont notamment les suivantes : (i) les informations préparées par une personne physique ou morale spécialement aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence ; (ii) les informations établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure ; et (iii) les propositions de transaction qui ont été retirées.

3.3 *Alléger la charge de la preuve en ce qui concerne l'existence et la quantification du préjudice*

29. Même lorsque le plaignant est en mesure de démontrer que le droit de la concurrence a été enfreint, il lui reste à démontrer l'existence du préjudice subi et à en calculer le montant aux fins d'indemnisation. L'étendue du préjudice pouvant donner lieu à réparation varie en fonction du système en vigueur dans chaque juridiction en matière de contentieux privé. Dans la plupart des juridictions, le plaignant qui obtient gain de cause peut au minimum prétendre à des dommages et intérêts simples. La Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts instaure un droit à « réparation intégrale » pour le préjudice subi en raison d'une infraction au droit de la concurrence de l'UE. Cette réparation intégrale englobe le « dommage réel » et le « manque à gagner », ainsi que le « paiement d'intérêts » courant depuis la date de survenue du préjudice jusqu'au versement des dommages et intérêts⁵⁶. Certaines juridictions prévoient la possibilité de demander des dommages et intérêts punitifs, d'un montant égal, par exemple, à trois fois le préjudice subi (mécanisme du triple dédommagement en place aux États-Unis) ou à deux fois ce préjudice (au Brésil, par exemple).

30. Le calcul des dommages et intérêts peut être une opération extrêmement complexe⁵⁷, notamment parce que la plupart des données et informations nécessaires sont détenues par le défendeur. En outre, plusieurs méthodologies étant admises pour l'estimation du préjudice, il peut y avoir des divergences au niveau des montants attribués et des litiges concernant le montant du préjudice⁵⁸. Certaines juridictions, conscientes que les victimes rencontrent souvent des difficultés à quantifier le préjudice qu'elles ont subi, ont instauré des règles spécifiques pour assouplir le standard de la preuve pour les plaignants s'agissant de la quantification du préjudice dû à une infraction au droit de la concurrence.

31. L'une des approches adoptées à cette fin a consisté à élargir le pouvoir des tribunaux en matière d'estimation du préjudice, à condition que le plaignant ait fait suffisamment d'efforts pour démontrer le bien-fondé de ses griefs même s'il rencontre une difficulté objective pour quantifier précisément son

l'équité des pratiques commerciales). Lorsqu'une action en dommages et intérêts est engagée sur la base de l'article 56 (Responsabilité pour préjudice), le tribunal peut ordonner à la KFTC de lui présenter le dossier de l'affaire (y compris les procès-verbaux et les notes prises lors de l'audition des personnes concernées et des témoins et experts, ainsi que toutes les preuves judiciaires).

⁵⁵ Article 6 § 5.

⁵⁶ Dans l'arrêt *Manfredi* rendu en 2006, la CJUE a confirmé que les victimes devaient être en mesure de demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais aussi du manque à gagner (*lucrum cessans*), et d'obtenir le paiement d'intérêts.

⁵⁷ Parmi les diverses méthodes utilisées figurent : « l'approche avant-durant-après », qui consiste à comparer le prix avant et pendant ou pendant et après la période durant laquelle l'entente alléguée était en place ; la comparaison avec un marché étalon, qui consiste à comparer les prix entre la zone géographique concernée par l'entente et des zones où elle n'existe pas ; et l'approche fondée sur les coûts, qui compare les coûts et non les prix (OCDE, 2011).

⁵⁸ Par exemple, dans l'affaire des soumissions concertées pour l'achat de pétrole, il a fallu 13 ans aux tribunaux coréens pour statuer sur le montant du dommage.

préjudice. Cette approche repose sur le principe d'efficacité de l'action judiciaire, qui veut que les actions en dommages et intérêts ne se heurtent pas, en pratique, à des difficultés insurmontables ou quasi insurmontables. Selon ce principe, une fois la réalité du préjudice subi par le plaignant en raison d'une violation du droit de la concurrence établie, le tribunal ne peut pas rejeter la demande de dommages et intérêts au seul motif que la victime n'est pas en mesure de quantifier assez précisément le préjudice effectivement subi⁵⁹. Pour aider les victimes à obtenir une réparation intégrale de leur préjudice, la Corée a introduit ce type de disposition en 2004⁶⁰. Au Japon, il existe une règle qui permet d'alléger la charge de la preuve pesant sur le plaignant⁶¹. Dans les affaires de soumissions concertées, les tribunaux japonais estiment en principe que le montant du préjudice est compris entre 5 % et 8 % de la valeur du marché⁶². En Allemagne, bien que la charge de la preuve incombe à la victime, les tribunaux n'hésitent pas à attribuer des dommages et intérêts dès lors que l'infraction est établie et que le plaignant a des arguments plausibles à faire valoir au sujet du préjudice qu'il a subi⁶³.

32. D'autres juridictions ont introduit une présomption réfragable de préjudice dans les affaires d'ententes, par exemple une présomption selon laquelle une entente a influé sur les prix à raison d'un certain montant. Présumer que l'entente a entraîné une hausse des prix d'un certain pourcentage peut fortement faciliter la quantification du préjudice⁶⁴. En 2008, la Hongrie a introduit une présomption réfragable selon laquelle les ententes injustifiables entraînent une hausse des prix de 10 % sur le marché⁶⁵. Le montant du préjudice causé par une entente diffère évidemment d'une affaire à l'autre et il est peu probable que l'introduction d'une présomption, quelle qu'elle soit, permette une évaluation juste pour toutes les affaires. Toutefois, la possibilité qu'un montant soit réfuté par le plaignant ou par le défendeur et que l'une ou l'autre partie montre que le montant du préjudice était en réalité plus élevé ou plus faible que celui présumé, peut dissuader les victimes d'engager une action en dommages et intérêts⁶⁶.

⁵⁹ Ce principe est, par exemple, prévu par la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts (article 17 § 1).

⁶⁰ Article 57 de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales (Détermination du préjudice).

⁶¹ Article 248 du code de procédure civile : « Lorsque l'existence d'un préjudice a été établie mais qu'il est extrêmement difficile, d'après sa nature, d'en déterminer le montant, le tribunal peut fixer un montant raisonnable à partir des audiences et du résultat de l'examen des preuves ».

⁶² Matsushita et Furuya (2013). La pratique des tribunaux est cependant très variable ; il est par exemple arrivé que les juges retiennent un montant égal à 20 % de la valeur du marché.

⁶³ Foer et Cuneo (2012).

⁶⁴ Bien qu'elle n'indique pas de montant, la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts introduit une présomption réfragable selon laquelle les ententes causent un préjudice (article 17 § 2). Cette présomption a été introduite parce qu'il a été constaté que plus de 90 % des ententes entraînaient une hausse des prix. Dans les très rares cas où les prix n'augmentent pas, les auteurs de l'infraction ont toujours la possibilité de démontrer que l'entente n'a pas causé de préjudice.

⁶⁵ Szilagyi (2014), qui rappelle que l'article 88/C de la HCA est libellé ainsi : « Au cours d'une procédure civile ouverte pour examiner une plainte contre une partie à un accord restrictif conclu entre des concurrents pour fixer directement ou indirectement les prix, partager les marchés ou fixer des quotas de production ou de vente en violation de l'article 11 de la présente loi ou de l'article 101 du TFUE, aux fins d'appréciation de l'influence que l'infraction a exercée sur les prix, il sera présumé en l'absence de preuve démontrant qu'il en va autrement, que l'infraction a influé sur les prix à raison de 10 % ».

⁶⁶ Le rapport publié en avril 2012 par le BIS indique qu'au Royaume-Uni, une présomption réfragable selon laquelle une entente a un surcoût de 20 % a été envisagée pour aider les plaignants à évaluer l'intérêt de demander réparation et renverser la charge de la preuve vers le défendeur. Les réponses à la consultation

Encadré 2. Système coréen fixant en amont le montant du préjudice à indemniser

Face aux difficultés rencontrées pour calculer le montant des dommages et intérêts en cas d'atteinte au droit de la concurrence et compte tenu des efforts déployés par le gouvernement coréen pour prévenir les soumissions concertées, la KFTC a, en 2010, mis en place un mécanisme permettant de déterminer à l'avance le montant des dommages et intérêts pour soumission concertée. Ce mécanisme oblige les organismes chargés de la passation des marchés publics à ajouter en annexe aux contrats liés à un appel d'offres des dispositions qui indiquent le montant des dommages et intérêts (en général, 10 % du montant du marché). Ce montant correspond à l'indemnité à verser par les soumissionnaires si la KFTC établit qu'il y a eu soumission concertée.

Pour prévenir la formation d'ententes, les organismes chargés de la passation des marchés exigent de chaque soumissionnaire qu'il fournisse une déclaration ou un certificat signé – « Certificat de détermination indépendante des offres » –, dans lequel il certifie ne pas avoir communiqué avec les autres soumissionnaires et s'engage à ne pas le faire. Ce document contient un avertissement sur le fait que la soumission concertée donne lieu à des sanctions et à des actions en dommages et intérêts. Le montant des dommages et intérêts calculé en amont est en principe indiqué, le certificat contenant généralement la phrase suivante : « dès lors qu'il est établi que les soumissionnaires se sont concertés, le soumissionnaire s'engage à verser à l'organisme de passation des marchés une indemnité égale à 10 % de la valeur du marché au titre du préjudice causé par la concertation, sauf si la preuve du montant précis du préjudice est apportée et si ce montant est approuvé ».

Ce système vise à prévenir la pratique des soumissions concertées en informant les soumissionnaires que s'ils participent à une soumission concertée, ils risquent d'avoir à payer une indemnité élevée au titre du préjudice et de se voir infliger des sanctions administratives. La KFTC l'a introduit après avoir organisé des réunions de concertation avec d'autres autorités publiques et les organismes de passation des marchés. Grâce à ces efforts, les entreprises Korea Electric Power Corporation et Korea Water Resources Corporation ont appliqué le système en 2011, et actuellement, la quasi-totalité des entreprises publiques l'appliquent ; c'est notamment le cas de la Korea Railroad Corporation, de la Korea Expressway Corporation de la Korea Land and Housing Corporation. Lorsqu'il sera totalement déployé, le système devrait entraîner une hausse du nombre d'actions en dommages et intérêts mais aussi prévenir les soumissions concertées.

33. Enfin, les tribunaux nationaux saisis d'une action en dommages et intérêts peuvent demander à l'autorité de la concurrence de les aider à quantifier le préjudice. La Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts, par exemple, dispose qu'une autorité de la concurrence peut aider un tribunal national à quantifier le préjudice si celui-ci en fait la demande et si elle-même estime que son aide est justifiée⁶⁷.

3.4 Effet contraignant des décisions définitives rendues par l'autorité de la concurrence

34. Les décisions des autorités de la concurrence contiennent en général une description longue et détaillée de l'infraction visée par l'enquête. Dans une affaire d'entente par exemple, la décision contient une description des entreprises impliquées, des mécanismes de l'entente, de sa durée et du territoire géographique concerné, etc. Les plaignants qui engagent une action de suivi doivent démontrer l'existence de l'infraction pour pouvoir prétendre à des dommages et intérêts. En d'autres termes, sauf disposition spéciale, ils doivent démontrer les mêmes faits et circonstances que ceux sur lesquels l'autorité de la concurrence s'est fondée pour statuer. En conséquence, la possibilité d'utiliser les constatations de l'autorité de la concurrence facilite la tâche du plaignant, auquel il ne reste plus qu'à démontrer qu'il a réellement subi un préjudice en raison de la pratique anticoncurrentielle et à quantifier ce préjudice. On

ayant révélé des réserves quant au bien-fondé d'une approche uniforme, l'idée d'introduire une présomption réfragable a été abandonnée.

⁶⁷

Article 17 § 3.

parle à cet égard d'effet juridiquement contraignant des décisions des autorités de la concurrence dans les actions de suivi.

35. L'étude intitulée *Conditions on Claim for Damages in Case of Infringements of EC Competition Rules*⁶⁸ a constaté d'importantes différences entre les systèmes juridiques des États membres s'agissant de l'effet contraignant, pour les tribunaux, des décisions de l'autorité de la concurrence. Dans 10 États membres, seule la décision définitive de l'autorité nationale de la concurrence s'impose aux tribunaux nationaux. Dans les 16 autres États, les décisions de l'autorité de la concurrence ne sont pas contraignantes. Le Royaume-Uni, la Hongrie, la Grèce et la Bulgarie sont au nombre des juridictions dans lesquelles le droit interne dispose que les décisions par lesquelles l'autorité de la concurrence (ou la Commission européenne) constate une infraction au droit de la concurrence sont contraignantes pour les juges qui statuent sur une action de suivi⁶⁹. En Allemagne, la législation prévoit également un effet contraignant du constat d'infraction, qui concerne, outre les décisions de l'autorité fédérale de la concurrence et de la Commission européenne, celles rendues par les autorités de la concurrence des autres États membres de l'UE⁷⁰.

36. La valeur probatoire d'une décision de l'autorité de la concurrence varie selon les juridictions : la décision peut être considérée comme une présomption absolue ou réfragable de l'infraction, comme une preuve normale ou comme un fait que le plaignant peut faire valoir au soutien de sa demande civile⁷¹. Même lorsque la décision de l'autorité de la concurrence a valeur de présomption absolue, son effet juridiquement contraignant ne s'applique qu'aux actions en dommages et intérêts engagées ensuite contre les mêmes défendeurs et pour la même violation du droit de la concurrence que celle constatée dans la décision (même portée géographique, même durée, etc.)⁷². En principe, seules les décisions définitives (non susceptibles de recours) ont un effet contraignant. Une décision non définitive peut cependant constituer au minimum une preuve *prima facie* de l'infraction, mais est traitée comme une présomption réfragable. Les tribunaux ne sont liés par la décision de l'autorité de la concurrence que si la décision est clairement motivée⁷³. En d'autres termes, s'il subsiste une incertitude, ils acceptent que les faits incertains soient réexaminés durant le procès.

⁶⁸ Étude Ashurst, 2004.

⁶⁹ Articles 47A et 58A de la loi de 1998 relative à la concurrence en vigueur au Royaume-Uni ; article 88/B de la loi hongroise de 2005 relative à la concurrence ; article 35(1) de la loi grecque relative à la concurrence (loi 3959/2011). En 2008, la Bulgarie a amendé sa loi relative à la concurrence pour rendre les décisions définitives de l'autorité nationale de la concurrence contraignantes pour les tribunaux saisis d'une action privée.

⁷⁰ Article 33(4) de la loi allemande relative aux restrictions à la concurrence.

⁷¹ La Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts dispose qu'une décision définitive d'une autorité de la concurrence aura automatiquement valeur de preuve devant les tribunaux de l'État membre dans lequel se trouve l'autorité en question et constituera au minimum une preuve *prima facie* devant les tribunaux des autres États membres (article 9).

⁷² Une présomption absolue évite les divergences entre les décisions administratives et les décisions judiciaires et concourt ainsi à la cohérence de l'application du droit de la concurrence.

⁷³ Komninos (2011). Dans l'affaire *Enron Coal Services Ltd c. English Welsh & Scottish Railway Ltd*, [2011] EWCA Civ 2, le Competition Appeal Court (CAT) du Royaume-Uni, statuant dans une action de suivi, a conclu à l'absence de responsabilité au titre du préjudice en raison d'une absence de causalité, quand bien même l'autorité de réglementation sectorielle, qui agissait en qualité d'autorité de la concurrence, avait constaté une infraction. En appel, la juridiction d'appel (English Court of Appeal) a estimé que les tribunaux qui statuaient sur les demandes de dommages et intérêts étaient liés par les faits contenus dans la décision d'une autorité de la concurrence, mais a souligné que cette décision devait contenir une motivation claire et non des bribes d'information.

3.5 *Recours collectifs*

37. Selon l'OCDE (OCDE, 2006), « les actions de groupe, les actions collectives et autres procédures permettant de regrouper un grand nombre de demandes de dommages et intérêts d'un faible montant peuvent revêtir un rôle important dans les régimes de concurrence qui entendent prévenir efficacement les comportements anticoncurrentiels. Elles peuvent constituer un instrument de dissuasion utile, en particulier s'agissant des ententes injustifiables, et peuvent être le seul véritable mécanisme permettant de garantir que les consommateurs qui veulent faire valoir des demandes d'un faible montant puissent aussi être indemnisés. En l'absence de ce type de mécanisme, seuls les plaignants aisés faisant valoir des demandes suffisamment importantes pour justifier une action en dommages et intérêts pourraient obtenir réparation. »

38. Le préjudice dû à une infraction au droit de la concurrence est parfois réparti entre plusieurs plaignants potentiels, en particulier quand des produits de consommation sont en cause. En pareil cas, le montant du préjudice subi par chaque plaignant potentiel peut être très faible et si l'action ne peut être engagée qu'individuellement, le coût et les démarches qu'implique chaque demande risquent fort de dépasser ce que peut espérer recevoir la victime si elle obtient gain de cause. Dans ce contexte, il n'est guère intéressant d'engager des actions pour obtenir réparation de préjudices « atomisés ». Pour encourager les acheteurs indirects à solliciter des dommages et intérêts, les juridictions ont donc instauré des mécanismes de recours collectif qui permettent de partager les coûts et les risques d'une action en justice.

39. Il existe deux formes de recours collectifs : ceux exigeant le consentement exprès des victimes (*opt-in*) et ceux qui n'exigent pas de consentement mais prévoient un droit de retrait (*opt-out*). Dans le premier cas, les victimes doivent expressément choisir d'être parties à l'action en tant que membres du groupe représenté et la décision judiciaire ne s'applique qu'aux victimes qui ont fait ce choix. Dans le second cas, toutes les personnes qui correspondent à la définition du groupe représenté sont liées par la décision, sauf si elles ont fait le choix de se retirer de la procédure. Les actions « en représentation » ne peuvent être engagées que par certaines entités, par exemple des associations de consommateurs, des organes publics tels que le médiateur public, ou des associations professionnelles, au nom d'un groupe de victimes défini. Le modèle en vigueur aux États-Unis permet aux victimes de regrouper leurs plaintes et prévoit un droit de retrait. Les systèmes avec droit de retrait sont un moyen plus efficace d'obtenir réparation pour les consommateurs et les PME⁷⁴. Ils sont cependant davantage soupçonnés de favoriser une « culture du contentieux », en particulier lorsqu'ils sont assortis d'autres mécanismes tels qu'une attribution asymétrique des dépens favorable au plaignant, des dommages et intérêts punitifs, des droits étendus concernant la communication de preuves et des accords de paiement d'honoraires conditionnels⁷⁵.

40. En dehors des États-Unis et du Canada, très peu de pays ont acquis une expérience solide en matière d'actions de groupe ou de recours collectifs en droit de la concurrence. En revanche, beaucoup de pays ont manifesté un intérêt pour la mise au point de règles et de mécanismes incitatifs visant à faire des mécanismes de recours collectif un élément à part entière de leur régime d'action privée. Entre 2004 et 2011, trois pays européens seulement (Portugal, Royaume-Uni et Suède) étaient dotés de mécanismes de recours collectif. Depuis 2011, plus de la moitié des pays de l'UE ont adopté de nouvelles dispositions législatives à cet égard. Certaines juridictions (la Bulgarie, le Danemark et le Portugal) ont instauré un dispositif de recours collectif avec droit de retrait, tandis que beaucoup d'autres (Autriche, Finlande,

⁷⁴ Selon le document de travail des services de la Commission intitulé *Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, avril 2008, p. 28 : « En principe, lorsque le système d'action collective est assorti d'une obligation de consentement exprès, le nombre de victimes demandant des dommages et intérêts est plus faible que lorsqu'il est assorti d'une possibilité de retrait, ce qui limite la justice corrective et permet parfois aux auteurs de l'infraction de conserver une partie du gain illicite ; le pouvoir dissuasif du mécanisme s'en trouve affaibli. »

⁷⁵ Marquis (2011).

France, Hongrie, Italie, Pologne, Espagne, Suède, entre autres) ont opté pour une forme ou une autre de mécanisme exigeant le consentement exprès des victimes⁷⁶. La récente Directive européenne relative aux actions en dommages et intérêts ne contient pas de dispositions sur les recours collectifs, adoptant ainsi la position selon laquelle les actions collectives doivent être envisagées de manière horizontale dans l'ordre juridique interne de chaque pays plutôt que comme un instrument spécifiquement conçu pour l'application du droit de la concurrence⁷⁷.

41. En juin 2013, le Royaume-Uni a proposé au Parlement l'adoption d'un nouveau régime pour les actions de suivi de manière à étendre le champ des actions en dommages et intérêts. Ce nouveau régime permet aux associations de consommateurs de former des demandes avec le consentement exprès des victimes et instaure un système limité de recours collectif avec possibilité de retrait, créant ainsi un modèle « hybride qui conjugue possibilité de retrait et consentement exprès ». Plus précisément, les victimes domiciliées au Royaume-Uni ont la possibilité de se retirer de l'action, tandis que celles qui résident en dehors du Royaume-Uni peuvent être invitées à donner leur consentement. Le fait de limiter le bénéfice du régime avec possibilité de retrait aux habitants du Royaume-Uni traduit la volonté d'éviter le risque de voir les victimes rechercher la juridiction la plus avantageuse (*forum-shopping*). Les actions peuvent être engagées par les plaignants (consommateurs ou entreprises ou groupe mixte regroupant consommateurs et entreprises) ou par des représentants légitimes des plaignants – associations professionnelles ou de consommateurs –, tandis qu'elles ne peuvent pas l'être par un cabinet d'avocat, des tiers payeurs ou des structures *ad hoc*.

Encadré 3. La première expérience de l'association de consommateurs Which?, au Royaume-Uni

En 2003, l'Office of Fair Trading (OFT) a infligé une amende de 19 millions GBP au titre d'une entente sur le prix de vente de maillots de football Réplica impliquant JJB Sports. En juin 2006, le Competition Appeal Tribunal (CAT) a rendu un jugement définitif sur la décision de l'OFT. En 2005, l'association de consommateurs Which? a été reconnue en qualité d'organisme habilité à introduire des actions en dommages et intérêts au nom d'au moins deux personnes nommément identifiées en cas d'infractions avérées à l'interdiction visée aux chapitres I et II de la loi de 1998 sur la concurrence et aux articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne (devenus articles 101 et 102 du TFUE). En 2007, elle a engagé une action collective contre des entreprises qui avaient été reconnues coupables de violation du droit de la concurrence dans l'affaire JJB Sports.

Cette affaire a constitué la première action collective en représentation de consommateurs engagée au Royaume-Uni et était assortie d'une obligation de consentement exprès. Toutefois, sur les centaines de milliers de victimes potentielles de l'entente, 130 plaignants seulement ont pu être nommément désignés (0.1 %). L'affaire s'est conclue par une transaction approuvée par le CAT en janvier 2008, soit près d'un an après l'introduction de l'action et sept ans après la décision de l'OFT. Les 130 plaignants et quelques centaines d'autres personnes qui, bien que n'ayant pas exprimé leur volonté de se joindre à l'action, avaient prouvé avoir acheté un maillot à un prix majoré du surcoût perçurent un remboursement de 10 ou 20 GBP – ce qui signifie qu'au total, le montant recouvré à titre de réparation n'a représenté qu'un faible pourcentage des amendes infligées aux parties concernées (qui se sont élevées à 19 millions GBP environ).

⁷⁶ Marquis (2011), note de bas de page 17. Toutefois, dans la plupart des juridictions européennes, les mécanismes de recours collectif sont des actions en représentation et diffèrent donc du système en place aux États-Unis.

⁷⁷ L'Union européenne a publié une recommandation dans laquelle elle engage les États membres à créer un système national de recours collectif, mais plaide en faveur d'un mécanisme exigeant un consentement exprès des victimes. Voir la Recommandation 2013/396/UE du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, V. § 21 : « Il convient que la partie demanderesse se constitue en tant que telle sur la base du consentement exprès des personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice (« *opt-in* »). Toute exception à ce principe, édictée par la loi ou ordonnée par une juridiction, devrait être dûment justifiée par des motifs tenant à la bonne administration de la justice. »

Which? a tiré de cette expérience la conclusion suivante : « [...] nous avons dû engager une action assortie d'une obligation de consentement exprès, et le nombre de consommateurs qui ont donné leur consentement a été très faible par rapport à la publicité que nous avons faite, aux ressources que nous avons mobilisées et aux frais juridiques. Si le régime avait reposé sur un droit de retrait et sur la doctrine du « cy-près », l'affaire aurait eu un impact financier plus grand et aurait ainsi permis que les consommateurs concernés soient justement indemnisés, directement ou indirectement ; accessoirement, l'affaire aurait davantage contribué à dissuader les entreprises de participer à des pratiques préjudiciables aux consommateurs ». Which? déclara également, dans sa réponse à un document de réflexion de l'OFT intitulé *Private Actions in competition law: effective redress for consumers and business*, que « le principal obstacle à l'efficacité de l'action en représentation prévue par la loi est l'obligation de désigner nommément les requérants dans l'acte introductif d'instance »⁷⁸.

3.6 Établir des délais de prescription clairs et suffisants

42. Les règles qui limitent le délai pendant lequel un plaignant potentiel peut engager une action en dommages et intérêts sont une source de sécurité juridique pour les défendeurs potentiels. Toutefois, selon leur durée, la date à laquelle ils commencent et l'existence ou non d'une possibilité de suspension, ces délais peuvent aussi représenter un obstacle considérable à l'obtention de dommages et intérêts. Plus précisément, les délais de prescription « courts » qui prennent effet dès la « date de début de l'infraction » et qui ne « peuvent pas être suspendus » peuvent rendre l'obtention d'une réparation pratiquement impossible ou extrêmement difficile. Pour garantir un droit effectif à une action en dommages et intérêts, il faut définir des délais de prescription adaptés et tenir compte de certains facteurs.

43. Le point de départ du délai de prescription varie d'un pays à l'autre. Selon l'étude Ashurst⁷⁹, certains pays d'Europe ont instauré un délai subjectif, qui court à compter de la date à laquelle le plaignant potentiel découvre ou aurait dû découvrir le préjudice (Finlande, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Portugal et Royaume-Uni). D'autres pays appliquent un délai plus objectif, qui court à compter de la date de l'infraction, indépendamment de la connaissance qu'en avait le plaignant (Hongrie, Irlande, Luxembourg, Malte et Suède). Cependant, la grande majorité des pays appliquent ces deux types de délais, autrement dit un délai subjectif mais aussi une date butoir objective au-delà de laquelle il n'est plus possible d'engager une action, quel que soit le moment où le plaignant a eu connaissance de l'infraction (Autriche, Belgique, République tchèque, Danemark, Estonie, Allemagne, Grèce, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Slovénie, Japon et Corée). Au Canada, le délai de prescription appliqué aux actions engagées sur la base de la loi sur la concurrence est de deux ans à compter de la dernière des deux dates suivantes : la date de début du comportement anticoncurrentiel ou la date à laquelle une décision définitive a été rendue dans une procédure pénale engagée en raison de cette infraction (délai objectif), le cas échéant. Aux États-Unis, selon le droit de la concurrence fédéral, le délai de prescription court à compter de la date à laquelle le motif de l'action est apparu. Le point de départ du délai de prescription peut être différé ou le cours du délai suspendu sur la base de différents mécanismes de suspension reposant sur l'équité ou prévus par la loi⁸⁰.

⁷⁸ UK Department for Business Innovation & Skills, « Private actions in competition law: A consultation on options for reform – government response », BIS/13/501 (29 janvier 2013), p. 31.

⁷⁹ Étude Ashurst, 2004, pp. 87-88.

⁸⁰ La cause la plus courante de suspension reposant sur l'équité est la suspension pour dissimulation frauduleuse ; selon ce principe, le délai de prescription est suspendu jusqu'à ce que le plaignant découvre la violation, à condition (i) qu'il puisse prouver que les défendeurs ont dissimulé leurs pratiques illicites de manière frauduleuse et (ii) qu'il ait fait tout ce qui pouvait être attendu de lui dans les circonstances de l'espèce pour découvrir la violation. En ce qui concerne la deuxième condition, le plaignant ne peut pas fermer les yeux sur des faits qui devraient le conduire à s'intéresser plus avant au comportement du défendeur.

44. Les délais de prescription objectifs peuvent poser des problèmes dans des situations où il y a eu violation continue ou répétée et où la victime ne pouvait raisonnablement pas avoir connaissance de ladite violation et/ou du préjudice qu'elle entraînait⁸¹. C'est pourquoi la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts dispose que « 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 »⁸².

45. Selon l'étude Ashurst, la disparité entre États membres est également très forte s'agissant de la durée des délais de prescription, comprise entre un an (Espagne) et 30 ans (Allemagne⁸³ et Luxembourg). Sept pays sur 25 appliquent un délai de prescription subjectif de trois ans⁸⁴. La Corée a supprimé le délai de prescription court (trois ans) en amendant la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales (article 57-2) en 2004 et applique désormais le même délai que celui retenu en droit civil (trois ans à compter de la date à laquelle le plaignant est informé et 10 ans à compter de la date de l'infraction). Au Japon, pour les actions engagées selon l'article 709 du code civil (et non de l'article 25 de la loi contre les monopoles), le délai de prescription est de trois ans à compter de la date à laquelle le plaignant a connaissance du préjudice et de 20 ans à compter de l'infraction⁸⁵. Au Canada, le délai de prescription applicable en droit civil est généralement de deux ans⁸⁶. Aux États-Unis, le délai de prescription des actions privées en droit de la concurrence est régi à la fois par le droit de la concurrence des États fédérés et par le droit de la concurrence fédéral. Selon le droit fédéral, il est de quatre ans à compter de l'apparition des faits sur lesquels se fonde l'action. En Europe, la Directive sur les actions en dommages et intérêts fixe la durée minimale du délai de prescription à cinq ans à compter de la date à

⁸¹ Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, avril 2008, pp. 71-72 : « En cas d'infractions continues ou répétées, il peut arriver que le délai de prescription expire avant qu'il soit mis fin à l'infraction, auquel cas il est impossible à quiconque a subi un préjudice après expiration du délai de prescription d'engager une action. (...) Comme les consommateurs et les entreprises lésés par ces infractions doivent avoir une possibilité réaliste de réunir les preuves nécessaires et d'engager une action en dommages et intérêts, il ne semble pas juste que le délai de prescription, quand bien même sa durée serait raisonnable, commence à courir avant que la victime puisse avoir connaissance de l'infraction et du préjudice qu'elle lui a causé ».

⁸² Article 10 § 2.

⁸³ En Allemagne, le délai de prescription est de trois ans à compter de la date à laquelle la victime a connaissance de l'infraction ; il existe deux délais objectifs distincts : 10 ans à compter de la survenue du préjudice ou 30 ans à compter de l'infraction.

⁸⁴ Étude Ashurst, 2004, p. 89.

⁸⁵ Une action formée en vertu de l'article 709 « s'éteint par prescription si la victime ou son représentant légal ne l'engage pas dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle elle ou il a connaissance du préjudice et de l'identité de l'auteur de l'infraction ou si vingt années se sont écoulées depuis la commission de l'infraction » (article 709 du code civil).

⁸⁶ Au Canada, les délais de prescription reposent sur le principe de la possibilité de découvrir. En conséquence, le délai de deux ans ne commence pas à courir avant la première des deux dates suivantes : la date à laquelle la victime a su pour la première fois qu'elle était fondée à engager une action contre le défendeur ou la date à laquelle une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait su pour la première fois qu'elle était fondée à engager une action contre le défendeur. Voir Foer et Cuneo (2012).

laquelle il est devenu possible pour la victime de découvrir qu'elle avait subi un préjudice en raison d'une infraction au droit de la concurrence⁸⁷.

46. Concernant la suspension et le redémarrage du délai de prescription, la plupart des juridictions n'appliquent pas de règles spécifiques aux actions de suivi. Dans ces juridictions, l'expiration du délai de prescription ordinaire avant la décision définitive de l'autorité de la concurrence peut constituer un obstacle important à l'introduction d'actions de suivi. C'est pourquoi la Directive européenne prévoit la possibilité qu'un nouveau délai démarre après le prononcé d'une décision définitive constatant une infraction. Les victimes doivent disposer d'une année au minimum pour introduire une action à compter de la date à laquelle la décision par laquelle l'autorité de la concurrence constate l'infraction devient définitive. Cette règle se justifie principalement par le fait que « le public a rarement connaissance de l'ouverture d'une procédure par l'autorité de la concurrence, si bien que les plaignants potentiels risquent de rencontrer des difficultés pour calculer précisément le délai dont ils disposent encore après la décision de l'autorité »⁸⁸.

4. Ménager un juste équilibre entre action publique et actions privées

47. Pour l'essentiel, l'action publique et les actions privées se renforcent mutuellement et sont liées. Les actions en dommages et intérêts peuvent compléter l'action publique, dont elles accentuent l'effet dissuasif en donnant aux victimes la possibilité de se défendre contre un comportement anticoncurrentiel. De son côté, l'action publique facilite grandement les actions privées parce qu'elle permet aux plaignants qui engagent une action de suivi de satisfaire plus facilement au standard de preuve requis concernant l'infraction (et fournit parfois des éléments utiles pour prouver la causalité et le préjudice subi).

48. Toutefois, se concentrer en priorité sur la manière de donner aux victimes toutes les chances d'obtenir réparation pourrait nuire à l'action publique, en particulier si les mesures destinées à promouvoir les actions privées affaiblissent les mécanismes qui incitent à demander à bénéficier d'un programme de clémence. Il est donc primordial de promouvoir un régime d'actions privées qui vienne renforcer sans risquer de l'affaiblir un dispositif d'action publique solide et efficace.

4.1 Accès aux documents produits dans le cadre d'une demande de clémence

49. Pour que le droit à réparation dans le cadre d'actions de suivi soit effectif, il faudrait que les plaignants aient accès aux preuves dont ils ont besoin pour étayer leur demande. Or, la plupart de ces preuves sont détenues par l'autorité de la concurrence. D'un autre côté, un accès illimité et non encadré aux pièces versées au dossier de l'autorité de la concurrence pourrait affaiblir l'efficacité de l'action publique, en particulier d'instruments aussi importants que les programmes de clémence.

50. Les programmes de clémence ont eu une influence radicale sur la capacité des autorités de la concurrence à détecter les ententes et à mener des enquêtes. Accorder l'immunité au membre d'une entente qui s'en désolidarise, dénonce l'entente aux autorités et coopère en aidant à condamner les autres participants à l'entente se justifie par le fait que les avantages de cette coopération pour la collectivité l'emportent sur l'intérêt public consistant à sanctionner les participants à l'entente. Parmi ces avantages figurent entre autres l'augmentation du taux de détection, l'effet déstabilisant exercé sur les autres ententes, la réalisation d'économies sur les dépenses d'enquête et de poursuite du fait que le demandeur fournit des preuves provenant directement de l'entente et la réalisation d'économies de frais de justice. Au total, ces avantages permettent à l'autorité de la concurrence de mieux prévenir la formation d'ententes sans avoir

⁸⁷ Article 10 § 3.

⁸⁸ Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, avril 2008, p. 72.

besoin de mobiliser les ressources normalement nécessaires⁸⁹. C'est pourquoi il est extrêmement important que le système d'actions privées tienne compte de l'impérieuse nécessité de préserver l'efficacité des programmes de clémence.

51. La communication des preuves versées au dossier d'une autorité de la concurrence, en particulier des éléments fournis par les candidats à la clémence, risque d'affaiblir la motivation à demander la clémence si lesdits candidats sont davantage exposés au risque d'être ensuite visés par des actions en dommages et intérêts. Si les autorités de la concurrence n'ont aucune latitude concernant les pièces relatives à une procédure de clémence qui peuvent être communiquées, les candidats à la clémence risquent de devenir des cibles faciles d'actions privées et de se trouver en position plus défavorable que les participants à l'entente qui n'ont pas sollicité la clémence. En conséquence, pour préserver la force et l'efficacité de l'action publique, il faut ménager un juste équilibre entre la préservation de l'intégrité des programmes de clémence (et des dispositifs de transaction) et la possibilité, pour les plaignants, d'obtenir le plus d'informations possible (y compris de la part des autorités de la concurrence).

4.1.1 *Récentes décisions de justice rendues en Europe concernant l'accès aux documents détenus par les autorités de la concurrence*

52. L'arrêt *Pfleiderer* rendu par la CJUE⁹⁰ est décisif en matière d'accès aux documents détenus par les autorités de la concurrence des pays européens. La CJUE n'a pas énoncé de principe général interdisant l'accès aux documents fournis par un candidat à la clémence, mais elle a observé qu'en l'absence de réglementation contraignante de l'UE en la matière, il revenait aux États membres d'établir et d'appliquer des règles nationales sur le droit d'accès aux documents relatifs aux procédures de clémence. Il incombe donc aux juges nationaux de statuer au cas par cas sur la communication de documents relatifs aux procédures de clémence, en mettant en balance dans chaque cas d'espèce l'intérêt poursuivi par l'action publique et celui poursuivi par l'action privée.

53. L'arrêt de la CJUE renfermait cependant des orientations importantes :

- Il appartient aux tribunaux d'évaluer sur la base des règles nationales si la communication d'un document lié à une procédure de clémence est nécessaire et proportionnée aux fins de protection du droit du plaignant à solliciter des dommages et intérêts. Les États membres doivent cependant veiller à ce que les règles qu'ils adoptent ne rendent pas impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre du droit de l'UE.
- Tout en reconnaissant que les programmes de clémence sont utiles pour découvrir et mettre un terme aux ententes, et qu'autoriser l'accès aux documents liés à ces programmes risquerait de dissuader les participants à une entente de demander la clémence, la CJUE a souligné qu'il appartenait au juge national de mettre en balance le principe d'efficacité de la justice dans les actions privées et la nécessité de préserver l'efficacité des programmes de clémence.
- L'existence d'un droit à réparation du préjudice causé par un comportement anticoncurrentiel peut aussi renforcer l'application du droit de la concurrence de l'UE et a un effet dissuasif sur les auteurs d'infraction potentiels. La CJUE a relevé qu'il fallait mettre en balance dans chaque affaire les intérêts antagonistes que sont celui qui consiste à faciliter la divulgation d'informations pour que le droit à réparation puisse s'exercer et l'intérêt public consistant à détecter les ententes et à préserver le caractère incitatif des programmes de clémence.

⁸⁹ OCDE (2014).

⁹⁰ Arrêt du 14 juin 2011, *Pfleiderer AG contre Bundeskartellamt*, C-360/09, Recueil de 2011, p. I-5161.

Encadré 4. L'arrêt *Pfleiderer* contre *Bundeskartellamt* et la divulgation des documents liés aux procédures de clémence

Le 21 janvier 2008, le Bundeskartellamt (autorité allemande de la concurrence, BKA) a infligé 62 millions EUR d'amende à trois grands fabricants européens de papiers décor (papiers spéciaux destinés au traitement de surface de bois d'ingénierie) et à cinq personnes responsables de l'entente (consistant en des accords de fixation des prix et un accord de fermeture des capacités). Le 26 février 2008, Pfleiderer (un fabricant de matériaux de construction qui a indiqué avoir acheté pour plus de 60 millions EUR de fournitures aux fabricants de papiers décor membres de l'entente) a demandé à avoir accès à l'ensemble des documents réunis par le BKA pour imposer les amendes afin de préparer une action de suivi en dommages et intérêts contre les membres de l'entente. En réponse à cette demande, le BKA a envoyé une version de trois décisions infligeant des amendes expurgée des informations d'identification, ainsi qu'une liste des preuves recueillies durant l'enquête. Pfleiderer déposa ensuite auprès du BKA une deuxième demande d'accès aux documents versés au dossier, dont les pièces volontairement produites par les candidats dans le cadre des demandes de clémence et les éléments de preuve mis sous séquestre.

Le 14 octobre 2008, le BKA rejeta partiellement cette demande, autorisant seulement l'accès à une version du dossier expurgée des secrets d'affaires, des documents internes, des déclarations déposées en vue d'obtenir la clémence et des documents fournis par les candidats (relevant du point 22 de la communication du BKA sur la clémence), et refusant de nouveau d'autoriser l'accès aux éléments de preuve mis sous séquestre. Pfleiderer introduisit un recours contre ce rejet partiel.

En février 2009, la cour d'appel administrative de Bonn ordonna au BKA d'autoriser Pfleiderer à accéder au dossier, mais le BKA s'y opposa. La cour d'appel de Bonn renvoya l'affaire devant la CJUE. La question posée à la CJUE portait sur des points essentiels liés à l'octroi à la partie plaignante dans une action de suivi de l'autorisation d'accéder aux documents liés à une procédure de clémence. En juin 2011, la CJUE a commencé par rappeler que ni la communication de l'UE sur la clémence, ni la communication sur la coopération au sein du réseau européen de la concurrence (REC), ni le modèle de programme de clémence du REC ne s'imposaient aux tribunaux des États membres, puisque tous étaient des instruments juridiques non contraignants. La CJUE a préféré rendre une décision de principe et, contrairement à ce qu'avait proposé l'avocat général Mazák dans ses conclusions du 16 décembre 2010, ne pas établir de liste des pièces pouvant ou non être communiquées. Elle estima ensuite qu'une mise en balance était nécessaire et ne pouvait être réalisée qu'au cas par cas par un juge national sur la base des principes énoncés précédemment et des facteurs pertinents de chaque espèce.

À la suite de l'arrêt rendu en juin 2011 par la CJUE, le tribunal de Bonn rejeta en janvier 2012 la demande d'accès aux pièces liées à la procédure de clémence. Il estima qu'autoriser cet accès risquerait d'affaiblir l'efficacité du programme de clémence du BKA⁹¹.

54. L'arrêt *Pfleiderer* a créé une certaine insécurité juridique autour de la possibilité d'autoriser l'accès aux documents liés à une procédure de clémence dans le cadre d'actions de suivi. De surcroît, dans l'arrêt *CDC Hydrogen peroxide* rendu en décembre 2011⁹², le Tribunal de l'UE a annulé une décision par laquelle la Commission européenne avait rejeté la demande d'un plaignant partie à une action en dommages et intérêts qui souhaitait accéder à la table des matières du dossier de la procédure relative à la décision rendue dans l'entente sur le peroxyde d'hydrogène. Le Tribunal a considéré que les programmes de clémence n'étaient pas le seul moyen de garantir le respect du droit de la concurrence de l'UE et que les actions en dommages et intérêts engagées devant les tribunaux nationaux y concourraient aussi beaucoup.

55. Bien que l'Allemagne ne soit pas dotée d'une procédure relative à l'accès aux preuves au stade de la mise en état, les juges allemands ont refusé d'autoriser l'accès au dossier détenu par le BKA aux deux

⁹¹ Pour un commentaire de l'arrêt *Pfleiderer*, voir Ratliff (2011) et Morais (2011).

⁹² Affaire T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide*, Recueil de 2011, II-8251. Pour un commentaire, voir Campbell et Feunteun (2011).

occasions suivantes : en janvier 2012, lorsque le tribunal de première instance de Bonn a refusé d'autoriser l'accès aux pièces dans l'affaire *Pfleiderer*⁹³, et en août 2012, quand la cour d'appel régionale de Düsseldorf a refusé l'accès au dossier de l'enquête sur l'entente des torréfacteurs de café⁹⁴. Dans l'affaire *Pfleiderer*, lorsqu'il a mis en balance les intérêts en jeu, le tribunal a estimé que l'impossibilité d'accéder aux pièces de la demande de clémence ne rendrait pas « impossible ou excessivement difficile » l'obtention de dommages et intérêts par *Pfleiderer*⁹⁵. En revanche, au Royaume-Uni, dans l'affaire *National Grid*⁹⁶, la High Court a ordonné la divulgation partielle, expurgée de certains passages, d'une version confidentielle de la décision de la Commission européenne. Pour évaluer la proportionnalité de la demande de communication de pièces, la High Court a cherché à déterminer si les informations demandées pourraient être obtenues d'autres sources et a examiné la pertinence des pièces liées à la demande de clémence par rapport à la problématique en jeu dans l'affaire⁹⁷.

4.1.2 *Concilier la nécessité de protéger la confidentialité des documents liés à une procédure de clémence et le pouvoir des tribunaux d'ordonner la communication du dossier de l'autorité de la concurrence*

56. La plupart des juridictions sont dotées de règles qui visent à garantir l'efficacité du programme de clémence en protégeant l'identité de ceux qui demandent à en bénéficier et la confidentialité des documents fournis à cette fin. Ces règles sont souvent tellement larges que dans certains cas, tous les documents et informations produits par un candidat à la clémence sont protégés et aucun ne peut être divulgué, la protection ne se limitant pas aux informations confidentielles. La majorité des juridictions appliquent également des règles qui obligent l'autorité de la concurrence à communiquer les preuves pertinentes à la demande d'un plaignant partie à une action civile en droit de la concurrence.

57. La Corée a instauré en 2007 des règles pour protéger la confidentialité des documents liés à une procédure de clémence et des critères à retenir pour décider de les communiquer ou non. Une incertitude subsiste cependant concernant leur application. En principe, les tiers ne peuvent pas avoir accès à l'identité du candidat à la clémence ni aux informations et documents fournis dans le cadre du programme de

⁹³ Amtsgericht Bonn (tribunal de première instance de Bonn), décision du 18 janvier 2012, affaire n° 51 Gs 53/09 (*Pfleiderer*).

⁹⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf (cour d'appel régionale de Düsseldorf), arrêt du 22 août 2012, affaire n° B-4. Kart 5/11(OWi) (torréfacteurs de café).

⁹⁵ Le motif indiqué par le tribunal pour refuser d'autoriser *Pfleiderer* à accéder au dossier de clémence était que, premièrement, *Pfleiderer* pourrait accéder aux versions non confidentielles de tous les autres documents saisis pendant les perquisitions (antérieures aux demandes de clémence) et que, deuxièmement, *Pfleiderer* n'aurait pas besoin des documents liés à la procédure de clémence pour rapporter la preuve de l'infraction au droit de la concurrence puisque la décision du BKA était contraignante.

⁹⁶ Décision rendue par la High Court of Justice le 4 avril 2012 dans l'affaire n° HC08C03243 (*National Grid c. ABB Limited*). L'affaire concernait une entente existant de longue date sur le marché des appareillages de commutation à isolation gazeuse. En 2007, la Commission européenne a infligé une amende de 750 millions EUR à plusieurs entreprises, dont Siemens, ABB, Alstom et Areva, même si certaines de ces amendes furent par la suite réduites par le Tribunal de l'UE. En novembre 2008, *National Grid* a saisi la High Court d'une action en dommages et intérêts, demandant plus de 108 millions GBP au titre du surcoût et du paiement d'intérêts. Bien que l'affaire se soit sans doute plus approchée du stade de la décision qu'aucune autre action en dommages et intérêts engagée au Royaume-Uni pour infraction au droit de la concurrence, les parties ont finalement décidé de transiger au lieu de s'en remettre aux juges, si bien que le litige a été réglé en juin 2014.

⁹⁷ Ratliff (2011).

clémence⁹⁸. Toutefois, exceptionnellement, la KFTC peut communiquer l'identité et/ou les documents à des tiers si le candidat à la clémence donne son accord ou si les informations demandées sont nécessaires pour engager ou faire prospérer une action en justice dans l'affaire en cause⁹⁹. En règle générale, les tribunaux peuvent demander à la KFTC de divulguer des documents pour les besoins d'une action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence, et la KFTC doit fournir tous les documents pertinents, notamment une copie des pièces, les procès-verbaux d'audition, etc.¹⁰⁰. Toutefois, il existe une incertitude sur le point de savoir si cette règle générale s'applique aussi aux dossiers de clémence ou si elle s'applique uniquement quand la KFTC est partie défenderesse dans un recours administratif engagé contre une de ses décisions, ou encore si elle peut aussi s'appliquer lorsqu'une partie à une action civile en dommages et intérêts demande la communication de pièces liées à la procédure de clémence pour les utiliser dans le cadre du procès. De même, la question de savoir si la KFTC doit obtenir le consentement du candidat à la clémence avant de communiquer les documents au tribunal n'est pas claire.

58. Une question similaire a été portée à la connaissance de la CJUE. Sur renvoi d'un tribunal autrichien, elle a été invitée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit de l'UE d'une loi autrichienne interdisant l'accès aux documents sans le consentement préalable des participants à l'entente¹⁰¹. Elle a estimé qu'une règle nationale exigeant le consentement de toutes les parties pour divulguer les pièces liées à une procédure judiciaire devant le tribunal autrichien de la concurrence était contraire au droit de l'UE parce qu'elle empêchait la mise en balance au cas par cas prévue par l'arrêt *Pfleiderer*. Tout en reconnaissant l'importance concrète des programmes de clémence pour la détection et la poursuite des ententes, la CJUE a considéré qu'une interdiction totale rendrait « le droit à réparation (...) dépourvu de tout effet utile » lorsque les plaignants n'ont pas d'autres moyens d'obtenir les preuves¹⁰².

59. Deux voies peuvent être envisagées pour améliorer la sécurité juridique et ménager un équilibre entre les intérêts des candidats à la clémence et ceux des victimes qui demandent réparation.

- La première, législative, consiste à fournir, sous la forme de normes contraignantes ou non, des orientations indiquant les circonstances et l'étendue de la divulgation d'informations possible et donnant une définition claire des éléments qui peuvent être divulgués. Cette approche est une source de sécurité juridique pour les candidats à la clémence et renforce l'efficacité du système de clémence.
- L'autre voie possible repose sur une « évaluation au cas par cas », dans laquelle le tribunal tient compte de toutes les circonstances de chaque espèce. Il met en balance les intérêts en jeu et évalue i) si le plaignant peut accéder aux preuves par d'autres moyens ou si limiter l'accès aux documents liés à la procédure de clémence risque de rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice de son droit à la réparation intégrale du préjudice subi ou ii) si le droit de demander des dommages et intérêts est réellement indûment restreint compte tenu de l'effet contraignant de la décision de l'autorité de la concurrence, et si tous les autres documents non confidentiels que le

⁹⁸ Article 22-2(2) de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales, selon lequel la KFTC et son personnel ne peuvent ni divulguer ni fournir l'identité de la personne qui a coopéré à l'affaire ou des lanceurs d'alerte et les informations qu'ils ont données, sauf cas exceptionnels précisés par décret présidentiel (par exemple, lorsque ces éléments sont nécessaires dans une procédure judiciaire).

⁹⁹ Article 35 du décret d'application de la loi.

¹⁰⁰ Article 56-2 de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales.

¹⁰¹ Affaire C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e.a.* [2013].

¹⁰² Dunne (2014).

requérant peut faire valoir au soutien de sa demande ne rendent pas inutiles les documents liés à la procédure de clémence.

4.1.3 Clarifier l'étendue de la protection contre la divulgation des preuves contenues dans le dossier de l'autorité de la concurrence

60. L'ampleur de la protection juridique contre la divulgation de preuves peut varier selon le type d'informations et de documents et leur nature. Des règles d'accès adaptées peuvent favoriser le développement des actions privées en garantissant l'accès à des documents importants pour le plaignant, mais elles doivent différer selon que le document est confidentiel (même s'il n'a pas été fourni dans le cadre d'une demande de clémence) ou non confidentiel (mais soumis dans le cadre d'une procédure de clémence) ou selon qu'il s'agit d'un document préexistant, communiqué une nouvelle fois par un candidat à la clémence.

61. La Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts illustre bien qu'il est possible d'appliquer des règles différentes selon le type de documents pour concilier les intérêts des candidats à la clémence et ceux des plaignants potentiels dans une action de suivi. Elle cite clairement les déclarations de clémence et les propositions de transaction parmi les documents exclus du champ d'application des règles générales. Les informations préexistantes ne sont cependant pas visées par cette dérogation. La Directive répartit dans trois catégories les documents relatifs à une procédure de clémence (souvent désignés sans distinction dans les arrêts par « document fournis dans le cadre d'un programme de clémence » ou « documents liés à une procédure de clémence ») :

- déclarations en vue d'obtenir la clémence et propositions de transaction, exclus du champ d'application de l'obligation de divulgation (protection absolue) – « liste noire » ;
- documents établis pour les besoins de l'enquête, temporairement exclus du champ d'application de l'obligation de divulgation (protection temporaire) – « liste grise » ; et
- les documents préexistants, visés par l'obligation de divulgation (aucune protection) – « liste blanche ».

Tableau 1 – Règles relatives à l'accès prévues par la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts

Degré de protection	Types de documents	Degré de protection et moment à partir duquel la divulgation est possible
Liste noire Art. 6 § 6 Art. 7. § 1	Documents dont la divulgation pourrait nuire à l'action publique, à savoir : - Déclarations en vue d'obtenir la clémence - Propositions de transaction	<u>Protection absolue</u> : ne peuvent jamais être divulgués sur ordonnance d'un tribunal
Liste grise Art. 6 § 5 Art. 7 § 2	Documents établis pour les besoins de l'enquête, tels que : - Réponses à des demandes d'information - Communications des griefs - Évaluations préliminaires (au sens de l'article 9 du Règlement 1/2003)	<u>Protection temporaire</u> : ne peuvent être divulgués sur ordonnance d'un tribunal qu'après que l'autorité de la concurrence a statué sur l'affaire ou clos son enquête
Liste blanche Art. 6 § 9 Art. 7 § 3	Documents préexistants non préparés dans le cadre de l'enquête, tels que : - Accords écrits - Messages électroniques - Procès-verbaux de réunions	<u>Aucune protection</u> : peuvent être divulgués sur ordonnance d'un tribunal à tout moment

62. Selon la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts, les déclarations de clémence et les propositions de transaction ne peuvent en aucun cas être divulguées à une partie ou à un tiers qui a demandé à un tribunal d'ordonner leur communication pour les besoins d'une action en dommages et intérêts¹⁰³. L'exclusion de ces documents des règles sur l'obligation de divulgation des pièces est justifiée en ces termes : « Les entreprises pourraient être dissuadées de coopérer avec les autorités de concurrence dans le cadre de programmes de clémence et de procédures de transaction si des déclarations auto-incriminantes telles que des déclarations en vue d'obtenir la clémence et des propositions de transaction, produites aux seules fins de la coopération avec les autorités de concurrence, devaient être divulguées. Une telle divulgation ferait courir le risque d'engager la responsabilité civile ou pénale des entreprises ou de leur personnel dirigeant qui coopèrent dans des conditions plus désavantageuses que celles des coauteurs de l'infraction qui ne coopèrent pas avec les autorités de concurrence. »¹⁰⁴.

63. D'après Wils, l'interdiction absolue de divulgation de ces déclarations se justifie par le fait que « la déclaration de clémence n'aurait pas existé (et n'aurait donc jamais pu être obtenue, ni par l'autorité de la concurrence, que ce soit sur la base de son pouvoir d'enquête ou auprès d'un informateur ou d'une autre source, ni par le plaignant dans une action en dommages et intérêts, que ce soit par une règle imposant l'accès aux documents ou par d'autres moyens) si le participant à l'entente n'avait pas spontanément demandé la clémence et facilité ainsi la découverte de l'entente par l'autorité et l'imposition d'une sanction, ainsi que l'introduction ultérieure d'une action de suivi. Dès lors, il ne semble pas injustifié d'interdire l'accès des plaignants qui sollicitent des dommages et intérêts à la déclaration de clémence. Cette protection contre la divulgation des déclarations de clémence pour les besoins d'actions privées est susceptible de renforcer l'intérêt des programmes de clémence et de faciliter ainsi l'action publique à visée dissuasive et répressive »¹⁰⁵.

64. Le législateur européen a adopté une approche différente concernant les documents préexistants, c'est-à-dire les pièces qui existent indépendamment de la procédure instruite par l'autorité de la concurrence et parmi lesquelles figurent, par exemple, des accords ou contrats écrits, des messages électroniques, des procès-verbaux de réunions, etc. En théorie, ces documents pourraient être découverts dans un autre cadre, raison pour laquelle la Directive dispose qu'un tribunal peut en ordonner la communication à tout moment pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, quand bien même les documents concernés seraient ultérieurement transmis à l'autorité de la concurrence par un candidat à la clémence.

65. Certains autres documents transmis dans le cadre d'une procédure instruite par l'autorité de la concurrence ne sont accessibles qu'au terme de la procédure ou lorsqu'une décision a été rendue. En font partie, par exemple, les réponses aux demandes d'information ou les informations ultérieures ou complémentaires fournies dans le cadre de l'enquête, ou encore la communication des griefs¹⁰⁶. Ce report de la date à laquelle les documents sont accessibles vise à empêcher toute interférence injustifiée dans le

¹⁰³ Une déclaration de clémence est une déclaration dans laquelle un demandeur de clémence s'auto-incrimine volontairement, admet avoir connaissance d'une entente et décrit les éléments qu'il connaît et son rôle dans l'opération. Il remet spontanément cette déclaration à l'autorité de la concurrence dans le cadre d'une demande formée pour bénéficier d'un programme de clémence et obtenir ainsi l'immunité ou une réduction d'amende. Une proposition de transaction est un document spontanément transmis par une entreprise à l'autorité de la concurrence. L'entreprise y reconnaît l'infraction au droit de la concurrence et renonce à contester la part qu'elle y a pris et sa responsabilité dans l'infraction. Ce document est établi pour permettre à l'autorité d'utiliser une procédure simplifiée ou accélérée.

¹⁰⁴ Considérant 26.

¹⁰⁵ Wils (2009), p. 19.

¹⁰⁶ Article 6 § 5.

déroulement de l'enquête de l'autorité de la concurrence. Une fois l'enquête de l'autorité de la concurrence close, rien n'empêche évidemment les candidats à la clémence et autres défendeurs de divulguer volontairement des éléments de preuve pour les besoins de la recherche d'une transaction avec des plaignants.

4.2 Limiter l'étendue de la responsabilité civile des candidats à la clémence qui obtiennent l'immunité

66. Pour que les programmes de clémence restent attractifs, certaines juridictions ont jugé nécessaire de réduire, pour les candidats à la clémence qui obtiennent l'immunité, l'étendue de la responsabilité civile qui peut être retenue dans le cadre d'une action privée ultérieure.

67. En principe, le droit à réparation intégrale devrait empêcher de protéger un bénéficiaire de l'immunité contre l'introduction d'actions en dommages et intérêts et de réduire la responsabilité civile retenue dans le cadre d'actions de suivi¹⁰⁷. Cependant, alors qu'ils ont joué un rôle essentiel dans la détection de l'entente et dans les poursuites et ont contribué à la faire cesser, les demandeurs de clémence qui coopèrent avec les autorités de la concurrence risquent plus d'être visés par une action privée que les entreprises qui n'ont pas demandé à bénéficier du programme de clémence. Il y a plusieurs raisons à cela. En général, la décision visant le bénéficiaire d'une immunité devient définitive très longtemps avant celle rendue contre les autres participants à l'entente. Ledit bénéficiaire n'a en effet aucun intérêt légitime à contester la décision de l'autorité de la concurrence, qui devient immédiatement définitive. Ce facteur, conjugué à l'effet contraignant de la décision pour les tribunaux, fait du demandeur de clémence une « cible facile à poursuivre » dans le cadre d'actions de suivi. De surcroît, le principe de la responsabilité solidaire peut conduire le plaignant à demander des dommages et intérêts dont le montant dépasse nettement la valeur du préjudice causé par le seul demandeur de clémence.

68. Si le fait d'être facilement ou plus facilement la cible d'actions en dommages et intérêts est la conséquence directe de la participation au programme de clémence, les candidats qui envisagent de demander la clémence auront moins intérêt à le faire. En d'autres termes, ils risquent d'y renoncer en raison du risque ultérieur de litige civil, ce qui, *in fine*, peut affaiblir le caractère incitatif et l'efficacité des programmes de clémence. Pour atténuer ce problème, les États-Unis ont adopté une règle selon laquelle l'entreprise qui bénéficie d'une amnistie ne peut être condamnée qu'à un dédommagement simple et non à un triple dédommagement, à condition qu'elle coopère avec les parties plaignantes pour les aider à obtenir gain de cause contre les autres membres de l'entente¹⁰⁸. Cette règle ne sacrifie donc pas l'intérêt du plaignant : elle vise à protéger à la fois l'efficacité du programme de clémence et des actions privées. En Hongrie, selon la loi sur la concurrence, le bénéficiaire d'une immunité totale ne peut être tenu de verser des dommages et intérêts que si les plaignants parties à l'action de suivi n'obtiennent pas réparation intégrale de la part des autres membres de l'entente¹⁰⁹. La responsabilité civile du bénéficiaire d'une immunité reste engagée, mais les victimes doivent commencer par poursuivre les autres membres de l'entente.

¹⁰⁷ Dans sa Communication sur la clémence de 2006, la Commission européenne rappelle que « [le] fait qu'une entreprise bénéficie d'une immunité d'amende ou d'une réduction de son montant ne la protège pas des conséquences en droit civil de sa participation à une infraction à l'article 81 du traité CE » (Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/C 298/17, paragraphe 39).

¹⁰⁸ Article 213(b) de la loi de 2004 relative aux sanctions pénales en matière de droit de la concurrence (*Antitrust Criminal Penalty and Reform Act*), Pub L No, 108-237.

¹⁰⁹ Article 88/D de la HCA, telle qu'amendée en 1998.

69. La Directive sur les actions en dommages et intérêts limite la responsabilité civile des bénéficiaires d'une immunité au préjudice causé à leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects¹¹⁰. Les autres parties lésées ne peuvent demander des dommages et intérêts au bénéficiaire d'une immunité que si elles prouvent ne pas pouvoir obtenir réparation intégrale de la part des autres entreprises impliquées dans la même infraction¹¹¹. Le montant de la contribution due par le bénéficiaire d'une immunité ne doit pas excéder celui du préjudice causé à ses acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects¹¹². Si une entente a lésé d'autres parties que ses clients ou fournisseurs, le bénéficiaire d'une immunité assume une contribution déterminée en fonction de sa responsabilité relative dans le préjudice¹¹³.

4.3 *Dispositifs de réparation volontaire et mécanismes de résolution consensuelle des litiges*

70. Parmi les aspects qui commencent à susciter de l'intérêt concernant l'interaction entre action publique et actions privées figure la question de savoir si et comment les tribunaux et les autorités de la concurrence doivent prendre des initiatives pour faciliter et encourager la conclusion de transactions extrajudiciaires (ou les règlements collectifs avec consentement exprès ou droit de retrait) et la réparation volontaire dans le cadre de la procédure administrative. Favoriser les dispositifs de réparation volontaire ou de résolution consensuelle des litiges permet de réduire les coûts et l'insécurité contentieuse. Les actions indemnitaires en droit de la concurrence peuvent être particulièrement coûteuses, mobiliser du temps et être plus complexes que d'autres litiges civils. Les mécanismes alternatifs de règlement des différends (ou la résolution consensuelle des litiges) permettent aux victimes de parvenir rapidement et facilement à un règlement dans le cadre d'une démarche volontaire.

4.3.1 *Régimes de règlement collectif*

71. Le mécanisme de règlement collectif en place aux Pays-Bas (« mécanisme alternatif de résolution des dommages de masse ») est jugé très efficace. L'adoption de la loi relative au règlement collectif des dommages de masse (WCAM), en 2005, a fait des Pays-Bas l'un des premiers pays de l'UE à s'engager fermement sur la voie d'une résolution plus efficiente des dommages de masse sur la base d'un régime avec possibilité de retrait. Les principales caractéristiques de ce système sont les suivantes : i) le litige privé fait l'objet d'un règlement extrajudiciaire ; ii) l'accord sur l'indemnisation à verser doit être approuvé par le tribunal ; iii) le mécanisme ne peut jamais être imposé à un défendeur sans son consentement ; iv) la transaction collective approuvée par le tribunal est contraignante pour toutes les parties lésées par le préjudice, qui disposent cependant d'un droit de retrait¹¹⁴.

¹¹⁰ Article 11 § 4(a).

¹¹¹ Article 11 § 4(b).

¹¹² Article 11 § 5.

¹¹³ Article 11 § 6.

¹¹⁴ Ainsi, la victime qui ne choisit pas de se retirer de la procédure dans les délais impartis est liée par la transaction et doit s'en satisfaire. Selon Marquis, « [c]ette loi instaure un modèle hybride de résolution des litiges en ce sens que le mécanisme ne peut jamais être imposé à un défendeur sans son consentement préalable, ce qui est inhérent à la notion de transaction, mais que dans le même temps, les victimes sont regroupées, avec possibilité de se retirer de la procédure. Cette solution ingénieuse évite ou, à tout le moins, atténue les risques associés aux régimes assortis d'une possibilité de retrait, tout en remédiant à la faiblesse qui fait que les actions collectives assorties d'une obligation de consentement exprès sont souvent vouées à l'échec ou décevantes » (Marquis, 2011).

Encadré 5. Principales caractéristiques du mécanisme néerlandais de règlement collectif

Si et quand les parties (le défendeur et les organisations représentatives) conviennent de régler leur différend par une voie extrajudiciaire, elles peuvent former une requête conjointe auprès de la cour d'appel administrative d'Amsterdam pour qu'elle homologue l'accord. Celui-ci doit contenir des informations sur : (i) le nombre (estimé) de membres du groupe, (ii) le montant de l'indemnisation, (iii) les critères à satisfaire pour y avoir droit, (iv) le mode de calcul de son montant, (v) le mode de paiement. Il doit être publié dans un organe de presse et un avis doit être envoyé par courrier ordinaire aux parties lésées identifiées. Quiconque appartient à l'une des catégories visées par l'accord a la possibilité de s'en retirer dans un certain délai (au minimum trois mois).

La cour d'appel d'Amsterdam entend les arguments de toutes les parties intéressées. Elle peut même autoriser les parties initiales à la procédure à modifier l'accord. Elle examine différents points se rapportant à l'équité substantielle et procédurale et à l'efficacité de l'accord (montant de l'indemnité, représentation adéquate des parties intéressées, garanties suffisantes concernant la capacité du défendeur à honorer l'accord).

En cas d'approbation de l'accord, la cour d'appel le déclare contraignant pour toutes les parties lésées. Il est enregistré au greffe, où il peut être consulté et où les parties intéressées peuvent en obtenir copie. Un exemplaire de la décision est envoyé par courrier ordinaire à toutes les parties lésées identifiées. La décision est publiée dans au moins un journal national, choisi par la cour. Toute personne appartenant à une des catégories visées par l'accord et n'exerçant pas son droit de retrait dans les délais impartis est liée par l'accord, même si elle n'a pas connaissance de son existence. Il n'est pas possible d'obtenir l'annulation de l'accord pour déformation des faits.

Le système a fait la preuve de son efficacité. Sur les six accords de règlement collectif soumis à la cour d'appel d'Amsterdam, cinq ont été déclarés contraignants. C'est notamment le cas du règlement de 1 milliard EUR conclu dans l'affaire très médiatisée des produits d'investissement de Dexia, qui a fait 300 000 victimes potentielles, et de l'accord de 340 millions USD conclu dans l'affaire également très médiatisée de la requalification des réserves de pétrole de Shell. Ce deuxième accord s'applique aux investisseurs répartis dans 105 juridictions qui avaient acheté leurs titres sur des marchés en dehors des États-Unis, tandis qu'il ne s'applique pas aux personnes et entités américaines.

72. En 2015, le Royaume-Uni a introduit un « régime spontané de réparation » relevant de la CMA et un mécanisme de règlement collectif assorti d'un droit de retrait relevant du CAT.

- Le *régime spontané de réparation* prévoit que lorsqu'une entreprise a été reconnue coupable d'une infraction au droit de la concurrence, la CMA est habilitée à approuver un « plan spontané de réparation », qui, après approbation, a un effet contraignant pour l'entreprise. Les bénéficiaires qui choisissent de demander réparation dans le cadre de ce dispositif peuvent exiger que des mesures d'exécution forcée soient ordonnées à l'encontre de l'entreprise si celle-ci ne respecte pas les termes du plan spontané. La mise en place d'un plan de ce type est une démarche volontaire, si bien que la CMA ne peut pas exiger d'une entreprise reconnue coupable d'infraction qu'elle en adopte un.
- Le *régime de règlement collectif avec possibilité de retrait* entrera en vigueur en octobre 2015. Il se distingue du régime en place aux Pays-Bas par l'étendue du droit de retrait. Ce droit s'appliquera aux membres du groupe qui résident au Royaume-Uni, tandis que les victimes qui résident en dehors du Royaume-Uni auront la possibilité de demander à bénéficier de la procédure si elles le souhaitent. Dans le cadre de ce dispositif, une entité représentant les personnes qui estiment avoir subi un préjudice du fait d'une violation du droit de la concurrence et le défendeur potentiel devront s'adresser ensemble au CAT pour lui demander d'approuver une transaction convenue d'un commun accord et assortie d'un droit de retrait. Lorsque le CAT

estime que l'affaire peut faire l'objet de ce type de transaction, il approuve l'accord s'il en juge les termes « justes et raisonnables »¹¹⁵.

73. La Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts contient des règles censées favoriser le règlement extrajudiciaire des demandes de dommages et intérêts. Le mécanisme de règlement dit « une fois pour toute » permet souvent de garantir une indemnisation plus rapide et moins coûteuse. Pour laisser aux parties suffisamment de temps pour négocier un règlement consensuel sans risque que leur demande ne soit frappée de prescription dans l'intervalle, le délai de prescription fixé pour intenter une action en dommages et intérêts doit être suspendu pendant la durée de la procédure de règlement consensuel¹¹⁶. Lorsque les parties à une procédure de règlement consensuel engagent une action en justice pour le même litige, les tribunaux nationaux peuvent suspendre la procédure pendant deux ans au maximum¹¹⁷. La Directive précise également les effets des règlements consensuels partiels (par exemple ceux conclus avec un seul des coauteurs de l'infraction) sur une éventuelle action en dommages et intérêts ultérieure¹¹⁸.

4.3.2 *Octroi de réductions d'amendes pour encourager les règlements volontaires*

74. L'idée que les entreprises qui acceptent d'indemniser spontanément les victimes avant même la décision de l'autorité de la concurrence devraient pouvoir obtenir de celle-ci une petite réduction du montant de leur amende est parfois avancée. Alors que cette position est défendue par plusieurs autorités de la concurrence, certains auteurs¹¹⁹ objectent que la volonté de favoriser une indemnisation à moindre coût ne doit pas nuire à l'objectif de dissuasion ni mobiliser trop de ressources publiques. Ils estiment que les autorités de la concurrence ne doivent pas faciliter l'indemnisation aux dépens de la dissuasion et de la sanction. Dès lors, lorsqu'une réduction d'amende est accordée, elle doit à l'évidence être inférieure au montant de l'indemnisation versée. À cela s'ajoute que les autorités de la concurrence ne doivent pas mobiliser trop de ressources pour évaluer si l'indemnisation est convenable parce que cette opération pourrait se révéler lourde, voire trop complexe.

75. Pour promouvoir les mécanismes d'indemnisation, certaines autorités considèrent l'indemnisation volontaire comme une circonstance atténuante dans le cadre de l'intervention administrative. Au Royaume-Uni par exemple, les entreprises qui, au cours de la procédure, acceptent de verser volontairement une indemnisation bénéficient d'une réduction d'amende de 5 à 10 %. Aux Pays-

¹¹⁵ Le rapport du BIS décrit les avantages de ce système en ces termes : « Du point de vue des plaignants ou plaignants potentiels, un mécanisme de règlement collectif assorti d'un droit de retrait facilitera à l'évidence l'attribution de dommages et intérêts tout en évitant les coûts supplémentaires, les risques et l'investissement en temps inhérents à de longues actions judiciaires. Ce mécanisme contribuera à garantir que toutes les personnes lésées soient en mesure d'obtenir réparation aussi rapidement que possible, à réduire les coûts pour les entreprises et à faire de l'action en justice une solution de dernier recours. » UK Department for Business Innovation & Skills, « Private actions in competition law: A consultation on options for reform – government response », BIS/13/501 (29 janvier 2013), p. 51.

¹¹⁶ Article 18 § 1.

¹¹⁷ Article 18 §§ 2 et 3.

¹¹⁸ Lorsque l'auteur d'une infraction et la victime parviennent à un accord, la demande de la victime est diminuée de la part du préjudice imputable au coauteur partie au règlement. Le reliquat ne peut être exigé que des coauteurs non parties au règlement, lesquels ne peuvent pas exiger de contribution de la part du coauteur partie au règlement. Toutefois, lorsque les coauteurs de l'infraction qui ne sont pas parties au règlement consensuel ne peuvent acquitter les dommages et intérêts correspondant au reliquat de la demande, la victime peut se retourner contre le coauteur partie au règlement pour l'obtenir sauf si cette possibilité est expressément exclue par le règlement consensuel (article 19).

¹¹⁹ Wils (2009), p. 21.

Bas, l'autorité de la concurrence considère la réparation volontaire comme une circonstance atténuante lorsqu'elle fixe le montant de l'amende, précisant que les circonstances atténuantes englobent « le fait que l'auteur de l'infraction ait indemnisé la ou les victimes de son propre chef »¹²⁰. En Espagne, « les actes qui mettent fin à l'infraction », « le fait de ne pas adopter le comportement interdit » et « les actes qui visent à réparer le préjudice causé » sont considérés comme des circonstances atténuantes de nature à alléger la sanction¹²¹. Le document intitulé « Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence : principes pour une convergence », publié en 2008 par le réseau des autorités européennes de la concurrence (ECA), contient la phrase suivante dans la rubrique sur les circonstances atténuantes : « Une réduction de la sanction peut être accordée lorsque le contrevenant engage des actions concrètes dans le but d'atténuer les conséquences négatives des pratiques, notamment en fournissant volontairement et dans des délais raisonnables une compensation adéquate aux victimes »¹²². De même, la Directive européenne sur les actions en dommages et intérêts dispose que lorsque l'auteur de l'infraction a indemnisé la victime dans le cadre d'un règlement consensuel, l'autorité de la concurrence peut en tenir compte pour fixer l'amende¹²³.

76. D'autres autorités de la concurrence ont intégré à leur programme de clémence des mécanismes incitatifs visant à favoriser la réparation volontaire. Ainsi, aux États-Unis, le ministère fédéral de la Justice encourage l'indemnisation volontaire en en faisant l'une des conditions d'accès à l'immunité en vertu de son programme de clémence¹²⁴.

4.4 Les informations contenues dans les décisions de l'autorité de la concurrence et leurs conséquences sur les actions privées

77. En fonction des règles procédurales en vigueur dans chaque juridiction, l'autorité de la concurrence peut rendre ses décisions publiques de diverses manières : en les publiant au journal officiel ou sur son site Internet ou en les envoyant aux parties concernées. En général, la décision contient l'identité des parties, les éléments factuels et juridiques à la base de la décision et les motifs de la décision, notamment la justification des amendes infligées, le cas échéant¹²⁵. Les décisions peuvent contenir de

¹²⁰ Point 49 (c) du code sur les amendes adopté en 2007 par la NMA.

¹²¹ Article 64.3 de la loi sur la concurrence ; OCDE (2013).

¹²² Article 18 du document intitulé Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence : principes pour une convergence (adopté en mai 2008 par les autorités européennes de la concurrence).

¹²³ Article 18 § 3.

¹²⁴ Ministère fédéral de la Justice des États-Unis, *Corporate Leniency Policy* : « **A. Clémence avant l'ouverture d'une enquête.** La clémence est accordée à une entreprise qui dénonce une pratique illicite avant l'ouverture d'une enquête si les six conditions suivantes sont réunies : 1. lorsque l'entreprise se manifeste pour dénoncer la pratique illicite, la division n'a aucune information d'autres sources au sujet de la pratique en question ; 2. lorsqu'elle a découvert la pratique illicite, l'entreprise a rapidement pris des mesures pour ne plus y participer ; 3. l'entreprise dénonce cette pratique de manière sincère et exhaustive, et coopère pleinement, continûment et sans réserve avec la division pendant toute la durée de l'enquête ; 4. l'aveu de la participation à la pratique illicite est réellement une démarche de l'entreprise, et non une initiative individuelle de certains cadres ou membres de la direction ; **5. si possible, l'entreprise dédommage les parties lésées** ; et 6. l'entreprise n'a pas exercé de pression sur une autre partie pour qu'elle participe à la pratique et elle n'en était de toute évidence ni l'instigatrice ni la meneuse ».

¹²⁵ Selon l'article 30 § 1 du Règlement européen n° 1/2003, la Commission est tenue de publier, entre autres, les décisions par lesquelles elle inflige des amendes aux entreprises ou groupes d'entreprises qu'elle considère coupables d'une violation du droit européen relatif aux ententes. Selon l'article 30 § 2 de ce Règlement, cette publication mentionne le nom des parties intéressées et l'essentiel de la décision, y compris les sanctions imposées. Elle doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Par ailleurs, en Corée, l'article 43 (Publication des décisions et

nombreuses informations potentiellement précieuses pour une victime qui envisage de demander des dommages et intérêts. Toutefois, la version de ces décisions qui est rendue publique a souvent été expurgée de certains éléments afin de protéger le droit à la confidentialité des parties impliquées dans la procédure. Cette version est donc souvent plus courte et beaucoup moins complète que ce que pourrait souhaiter un plaignant potentiel. Certaines autorités de la concurrence, conscientes que garantir un droit effectif aux dommages et intérêts peut grandement améliorer l'efficacité de l'action publique, examinent les solutions qui pourraient être envisagées pour publier les décisions plus rapidement et pour que ces décisions soient mieux motivées et contiennent davantage d'informations sur l'infraction, et soient ainsi plus facilement utilisables dans les actions de suivi.

4.4.1 *Publication de versions non confidentielles plus complètes des décisions*

78. La question des informations contenues dans la décision que publie l'autorité de la concurrence constitue un aspect important de l'interaction entre action publique et actions privées. Des raisons d'intérêt général plaident en faveur d'une large diffusion des décisions par lesquelles l'autorité de la concurrence constate une infraction au droit de la concurrence. Premièrement, la publication est un moyen de faire connaître au grand public les activités de l'autorité de la concurrence et les raisons de son action. Deuxièmement, elle envoie aux agents économiques un message de dissuasion. Enfin, elle permet aux parties lésées par le comportement anticoncurrentiel de disposer de davantage d'informations. Les victimes peuvent ainsi faire valoir leurs droits à l'encontre des entreprises impliquées et demander réparation. Il conviendrait de tenir également compte de l'intérêt général et de le mettre en balance avec le droit des parties impliquées au respect de la confidentialité lorsqu'il s'agit de décider de la quantité d'informations qui doivent être publiées.

79. Dans un récent arrêt relatif à la publication d'informations sur une entente fournies par un candidat à la clémence, le Tribunal de l'UE a rejeté la demande de trois entreprises du secteur chimique impliquées dans une entente sur le peroxyde d'hydrogène qui souhaitaient que les informations fournies dans la demande de clémence restent confidentielles. Le Tribunal a soutenu la Commission européenne dans son souhait que ces informations soient rendues publiques en même temps que les résultats de l'enquête sur l'entente.

confidentialité de l'accord) de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales dispose que toutes les décisions prises par la KFTC doivent être rendues publiques, mais précise que cette disposition ne s'applique pas lorsqu'il est jugé nécessaire de protéger les secrets d'affaires d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises. L'article 45 (Rédaction et correction de la décision) dispose que toute décision de la KFTC sur une violation de la loi précitée doit revêtir la forme écrite et être motivée.

Encadré 6. Arrêt européen sur la divulgation d'informations sur une entente

En mai 2006, la Commission européenne a déclaré neuf producteurs de peroxyde d'hydrogène coupables d'avoir participé à une entente entre 1994 et 2000. Elle a infligé une amende de 388 millions EUR au total à sept entreprises, dont deux demandèrent par la suite la clémence. Cette décision a été suivie d'actions en dommages et intérêts engagées devant un tribunal allemand, à Dortmund, à l'encontre de certaines des entreprises membres de l'entente.

En 2007, un an après l'imposition des amendes, une version non confidentielle de la décision a été publiée sur le site Internet de la Commission. Comme l'avaient demandé les candidats à la clémence, cette version ne contenait pas d'informations confidentielles. Toutefois, en novembre 2011, à la suite d'une demande d'accès à la version confidentielle de la décision, la Commission a informé les candidats à la clémence de son intention de publier une version plus détaillée de sa décision, contenant les informations liées à la procédure de clémence, à l'exception de celles dont les candidats à la clémence feraient valoir le caractère confidentiel. Elle leur a donc demandé à cette occasion d'indiquer les informations devant selon eux être traitées comme confidentielles.

En janvier 2012, les entreprises qui avaient demandé la clémence (Akzo Nobel et Eka Chemicals) s'opposèrent à la proposition de la Commission, au motif que la publication nuirait à leurs intérêts, et demandèrent que *toutes* les informations fournies dans le cadre du programme de clémence soient exclues de la décision publiée. En mai 2012, le conseiller-auditeur agissant au nom de la Commission rejeta leur requête, sauf pour ce qui était des données permettant de retrouver directement ou indirectement l'origine de l'information. Les intéressées firent valoir que la décision de la Commission portait atteinte à leur droit fondamental à la protection du secret d'affaires¹²⁶.

Lorsqu'il a confirmé la décision du conseiller-auditeur, le Tribunal de l'UE a souligné que la divulgation d'informations au sujet d'une infraction au droit de la concurrence de l'UE par le biais de la publication d'une décision sanctionnant ladite infraction ne pouvait « être confondue avec un accès par des tiers à des documents figurant dans le dossier d'enquête de la Commission relatif à une telle infraction ». Il a ajouté que les entreprises requérantes n'avaient pas démontré que les informations en question devaient être traitées comme des secrets d'affaires, ce qui (si elles en avaient apporté la preuve) aurait empêché leur publication. Il a précisé que l'intérêt que peut avoir une entreprise à ce que les détails d'une infraction restent secrets ne méritait aucune protection particulière parce qu'il ne l'emportait pas sur l'intérêt général consistant à connaître les raisons de l'intervention de la Commission. Il a conclu que les intérêts des requérantes ne l'emportaient pas sur les intérêts des victimes lésées par l'infraction, lesquelles devaient avoir la possibilité de faire valoir leurs droits à l'encontre des membres de l'entente.

Le Tribunal parvint à la conclusion ci-après : « Il s'ensuit que les requérantes ne sauraient légitimement s'opposer à la publication, par la Commission, d'informations révélant de manière détaillée leur participation à l'infraction sanctionnée dans la décision PHP au motif qu'une telle publication les expose à un risque accru de devoir assumer les conséquences, en termes de responsabilité civile, de leur participation à ladite infraction »¹²⁷. En d'autres termes, dans le cadre des actions en dommages et intérêts engagées en vertu du droit européen de la concurrence, les défendeurs ne peuvent pas prétendre avoir un intérêt légitime à être protégés contre le risque de faire l'objet de ce type d'actions au seul motif qu'ils ont demandé à bénéficier du programme de clémence de la Commission.

¹²⁶

Selon le Tribunal, trois conditions doivent être remplies pour que des informations tombent, par leur nature, sous le coup du secret professionnel et bénéficient ainsi d'une protection contre la divulgation au public : ces informations ne doivent être connues que par un nombre restreint de personnes ; leur divulgation doit être susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers ; les intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation de telles informations doivent être objectivement dignes de protection. Il précise que la troisième condition implique que l'appréciation du caractère confidentiel d'une information nécessite une mise en balance entre les intérêts légitimes qui s'opposent à sa divulgation et l'intérêt général qui veut que les activités des institutions se déroulent dans le plus grand respect possible du principe de transparence.

¹²⁷

Affaire T-345/12, paragraphe 81.

4.4.2 Diffusion de la décision des autorités de la concurrence aux victimes potentielles à travers la formulation d'instructions

80. Parallèlement aux initiatives qu'elles prennent pour publier des décisions plus détaillées, les autorités de la concurrence peuvent également s'efforcer d'informer le plus tôt possible de l'infraction les victimes potentielles afin qu'elles puissent, le cas échéant, faire valoir leurs droits contre les entreprises impliquées. En 2010, la CADE, autorité brésilienne de la concurrence, a, pour la première fois, accompagné une décision – celle relative à l'entente dans le secteur des gaz industriels – d'une instruction exigeant que ladite décision soit envoyée aux parties lésées pour leur permettre de demander réparation. À la suite de cette initiative, un peu partout sur le territoire national, des parties se prétendant victimes de l'entente ont engagé des poursuites¹²⁸. De même, la loi coréenne sur la concurrence contient une disposition qui permet à la KFTC d'enjoindre aux auteurs d'infraction d'informer le public ou les victimes identifiées au sujet de l'infraction au droit de la concurrence qu'ils ont commise. Dans la pratique, la KFTC impose souvent que cette instruction figure dans sa décision¹²⁹.

5. Conclusions

81. Ces dernières années, le nombre d'actions privées a augmenté dans beaucoup de juridictions de l'OCDE. Cette évolution s'explique par une action plus offensive des autorités de la concurrence, en particulier en matière d'ententes, qui se traduit elle-même par une hausse du nombre de décisions constatant une infraction. En outre, les consommateurs, les PME et les acheteurs directs connaissent mieux le droit de la concurrence et les possibilités qu'il offre aux entreprises et personnes lésées par un comportement anticoncurrentiel.

82. L'action publique et les actions privées sont deux piliers essentiels de tout système de concurrence efficace et peuvent concourir à la réalisation des objectifs fondamentaux de l'application du droit de la concurrence, qui consistent à 1) faire cesser une infraction à la loi (objectif injonctif) ; 2) remédier au préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle donnée (justice corrective ou objectif compensatoire) ; et 3) sanctionner l'auteur de l'infraction, ainsi que le dissuader, lui-même et d'autres, d'adopter de nouveau un comportement anticoncurrentiel (objectif répressif)¹³⁰. Il est dans l'ensemble largement reconnu que l'action publique et les actions privées concourent à la réalisation de ces trois objectifs.

83. Malgré ces finalités communes, les objectifs premiers de l'action publique et des actions privées ne sont pas les mêmes. Les actions privées servent d'abord un intérêt individuel – celui des victimes d'un comportement anticoncurrentiel à voir l'infraction officiellement constatée et à obtenir réparation du préjudice qui en a découlé. En revanche, l'action publique sert d'abord l'intérêt général à ce qu'existent des marchés concurrentiels, en dotant une entité publique (l'autorité de la concurrence) d'outils et de pouvoirs qui lui permettent de détecter les infractions au droit de la concurrence, d'enquêter et, finalement, d'appliquer des sanctions afin de jouer un rôle dissuasif et, plus généralement, de faire respecter les règles de la concurrence.

¹²⁸ Martinez et Tavares de Araujo Levy (2013).

¹²⁹ Selon l'article 5 de la loi sur la réglementation des monopoles et sur l'équité des pratiques commerciales (Mesures correctives), lorsqu'elle constate une infraction aux dispositions de l'article 3-2 (Interdiction de l'abus de position dominante), la KFTC peut ordonner à l'entreprise en position dominante impliquée de réduire ses prix, de mettre fin à la violation, d'annoncer au public avoir reçu l'ordre de prendre des mesures correctives et de prendre toute autre mesure corrective nécessaire.

¹³⁰ Komninos (2011). Un autre objectif consiste à clarifier et développer le contenu du droit de la concurrence à travers les jugements et décisions rendus dans des affaires individuelles et à travers les orientations générales formulées par les autorités de la concurrence. Voir également Wils (2009).

84. Les actions privées en dommages et intérêts sont inévitablement motivées par la recherche de gains individuels, et les plaignants privés veulent avant tout être indemnisés et retirer un avantage financier de la procédure judiciaire. Il peut arriver que ces intérêts privés s'écartent de l'intérêt général, par exemple que des parties privées portent à la connaissance des juges une affaire dont une autorité de la concurrence ne se saisirait pas. Toutefois, même s'ils demandent réparation du préjudice qu'ils estiment avoir subi, les plaignants concourent à la réalisation d'objectifs d'intérêt général en ce sens qu'ils permettent aux tribunaux de faire cesser un comportement anticoncurrentiel. De ce point de vue, comme l'action publique, les actions privées contribuent à la sauvegarde de l'intérêt général que constitue l'existence de marchés concurrentiels¹³¹.

85. Il est très important de concevoir le système d'application du droit de la concurrence de façon optimale, de telle manière qu'il facilite les actions privées tout en garantissant la force et l'efficacité de l'action publique. Cet objectif peut être plus difficile à atteindre dans des domaines tels que les programmes de clémence, où la nécessité de préserver l'efficacité de l'action publique peut limiter la capacité des plaignants à faire valoir au soutien de leur action les informations détenues par l'autorité de la concurrence dès lors qu'elles ont été transmises par un candidat à la clémence.

86. La plupart des juridictions considèrent que les actions privées constituent un pilier important de tout système d'application du droit de la concurrence efficace. Ces actions peuvent exercer un effet dissuasif supplémentaire sur les entreprises et permettre d'atteindre l'objectif important de la politique de la concurrence consistant à offrir aux victimes d'un comportement anticoncurrentiel la possibilité d'obtenir réparation. Beaucoup de juridictions ont engagé des réformes pour développer les actions en dommages et intérêts et lever les obstacles auxquels se heurtent les victimes qui veulent introduire une action. En Europe, la Directive sur les actions en dommages et intérêts adoptée récemment devrait déclencher un processus de réforme dans de nombreux États membres.

¹³¹ Wils (2009), pp. 4-5.

PRINCIPALES RÉFÉRENCES

- Burrichter, J. et E. Ahlenstiel (2011), « Integrating Public and Private Enforcement in Europe: Legal and Jurisdictional Issues – The German Perspective », *European Competition Law Annual*, 16^e édition du séminaire annuel sur le droit et la politique de la concurrence de l'UE (juin 2011).
- Conner J.M. et R.H. Lande (2006), « The size of cartel overcharges: Implications for U.S. and EU fining policies », *The Antitrust Bulletin*, vol. 51, n° 4, hiver.
- Dunne, N. (2014), « The role of Private enforcement within EU competition law », *King's College London, Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper*, n° 2014-37.
- Foer, A.A. et J.W. Cuneo (dir. pub.) (2012), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*.
- Gide Loyrette Nouel (2012), « Further steps toward enhanced private enforcement of China's Anti-Monopoly Law », *Client Alert*, juillet.
- Guerrero Rodríguez, O. et A. Ramírez Casazza (2013), « Private Competition Actions for Damages Under Mexican Law », *CPI Antitrust Chronicle*, avril.
- Hwang, L. (2014), « Overview of current antitrust enforcement in Korea », *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, septembre 2014.
- Kersting, C. (2014), « Removing the Tension between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5, n° 1.
- Kolasky, W. (2012), « Antitrust Litigation: What's Changed in Twenty-Five Years? », *Antitrust*, vol. 27, n° 1, p. 9, automne.
- Komninos, A. (2011), *The Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari*, présenté pour la 16^e édition du séminaire annuel sur le droit et la politique de la concurrence de l'UE en juin 2011.
- Kortmann, J. et R. Wesseling (2013), « Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions », *CPI Antitrust Chronicle*, août 2013.
- Marquis, M. (2011), « Perchance to Dream: Well Integrated Public and Private Antitrust Enforcement in the European Union », 16^e édition du séminaire annuel sur le droit et la politique de la concurrence de l'UE, juin.
- Martinez, A.P. et M. Tavares de Araujo (2013), « Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency », *CPI Antitrust Chronicle*, 16 avril.
- Matsushita, M. et F. Kazunori (2013), « Private Antitrust Actions in Japan », *CPI Antitrust Chronicle*, 16 avril, <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6914>.
- Modrall, J., M. Bachrack et C. Huang (2012), « Antitrust Litigation in China –A Step Forward », *CPI Antitrust Chronicle*, juin.
- Morais, L.S. (2011), *Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe: Legal Issues*, 16^e édition du séminaire annuel sur le droit et la politique de la concurrence de l'UE, juin.
- OCDE (2014), *L'utilisation de marqueurs dans les programmes de clémence*, DAF/COMP/WP3(2014)9, OCDE, Paris.
- OCDE (2013), *Criteria for Setting Fines for Competition Law*, Forum latino-américain sur la concurrence, août, OCDE, Paris.

- OCDE (2011), *Quantification of Harm to competition by National Courts and Competition Agencies*, OCDE, Paris.
- OCDE (2006), *Private Remedies*, OCDE, Paris.
- Ottervanger, T. (2011), *Designing a Balanced System: Damages, Deterrence, Leniency and Litigation's Rights*, 16^e édition du séminaire annuel sur le droit et la politique de la concurrence de l'UE, tenu les 17-18 juin 2011.
- R. Hughes et M. Wang (2012), « Recent developments in civil litigation under China's Anti-monopoly Law », *CPI Chronicle*.
- Ratliff, J. (2011), *Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law: Implications for Courts and Agencies*, 16^e édition du séminaire annuel sur le droit et la politique de la concurrence de l'UE, juin.
- Royaume-Uni (2013), Department for Business Innovation & Skills, « Private actions in competition law; A consultation on options for reform -government response », BIS/13/501, 29 janvier.
- Szilágyi, P. (2014), « Private Enforcement of Competition Law and Stand-alone Actions in Hungary », *Global Competition Litigation Review*.
- Tóth, T. (2013), « The reception and application of EU competition rules in Hungary: an organic evolution », *European Competition Law Review*, vol. 34, n° 7, Pázmány Péter Catholic University, Budapest.
- UE (2014), *Directive du Parlement européen et du Conseil 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*, Union européenne.
- UE (2013), *Commission Staff Working Document impact assessment report damages actions for breach of the EU antitrust rules accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on 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*, SWD(2013)203 final, Union européenne.
- UE (2008), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Union européenne, avril 2008.
- UE (2008), *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008)165 final, Union européenne.
- UE (2005), *Livre vert - Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM(2005)672 final, Union européenne.
- Van Boom, W.H. (2009), « Collective Settlement of Mass Claims in the Netherlands », Rotterdam Institute of Private Law, in Casper M., A. Janssen, P. Pohlmann et R. Schulze (dir. pub.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Munich, Sellier, pp. 171-192.
- Vande Walle, S. (2013), *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan; A Comparative Perspective*, Anvers-Apeldoorn, Maklu Publishers.
- Waelbroeck D., D. Slater et G. Even-Shoshan (2004), *Study on the condition of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules: Comparative Report*, août.
- Wils, W.P.J. (2009), « The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages », *World Competition*, vol. 32, n° 1.