

**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

**COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION LORS DE LA TABLE RONDE SUR LES RELATIONS
ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTIONS PRIVÉES**

15 juin 2015

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la discussion sous le point III de l'ordre du jour de la 121^e réunion du Groupe de travail n°3 de l'OCDE sur la coopération et l'application de la loi qui s'est tenue le 15 juin 2015.

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :
www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm*

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Despina Pachnou
[Despina.PACHNOU@oecd.org ; +33 1 45 24 95 25]

JT03418167

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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.



TABLE RONDE SUR LES RELATIONS ENTRE ACTION PUBLIQUE ET ACTIONS PRIVÉES

Compte rendu de la discussion

Le Président du Groupe de travail n°3, M. Bill Baer, ouvre la table ronde sur les relations entre action publique et actions privées en droit de la concurrence et commence par une brève présentation de l'objectif de la table ronde : analyser l'état actuel de l'application du droit de la concurrence par des actions privées dans les pays membres de l'OCDE et dans les juridictions participantes, et examiner les initiatives et les instruments visant à rendre cette application plus efficace.

Le Président souligne que, dans l'ensemble, les autorités de la concurrence conviennent que les actions privées peuvent améliorer le fonctionnement d'un régime de concurrence et que les victimes d'une conduite anticoncurrentielle devraient avoir droit à une indemnisation raisonnable. Par conséquent, de nombreuses juridictions ont adopté des mesures pour encourager les parties lésées à mener des actions privées et pour réduire les obstacles inutiles auxquels ces parties pourraient être confrontées en engageant des poursuites. Ces mesures consistent entre autres à faciliter l'accès des plaignants aux preuves pertinentes et à alléger la charge de la preuve concernant l'existence d'une conduite illégale et la quantification du préjudice subi.

Parallèlement, un juste équilibre doit être trouvé entre action publique et actions privées, car une action privée peut, dans certains cas, entraver l'action des autorités publiques. Par exemple, la possibilité de produire des preuves obtenues par les autorités de la concurrence dans le cadre des procédures de clémence peut dissuader d'emblée les contrevenants de demander la clémence. La politique de la concurrence et la mise en œuvre du droit de la concurrence, y compris l'action privée, 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 correction, la dissuasion et la réparation.

Le Président suggère d'axer la discussion sur les aspects suivants : les instruments pour promouvoir les actions privées, les moyens d'assurer l'absence d'interférence entre action publique et actions privées, et les moyens de trouver le juste équilibre entre action publique et actions privées.

Le Président présente les trois intervenants invités : Madame Irène Luc, juge et conseillère à la Cour d'appel de Paris, Madame Susan Illston, juge auprès du Tribunal du district Nord de la Californie, aux États-Unis, et Monsieur Tilman Makatsch, directeur du service du contentieux de Deutsche Bahn AG pour les affaires de concurrence.

1. Introduction

Le Président demande à la juge Irène Luc de donner une vue d'ensemble de l'action publique en France pour poser les jalons d'une discussion sur l'interaction entre action publique et actions privées.

La juge Irène Luc commence par un exposé sur le droit de la concurrence en France. L'Autorité française de la concurrence est la seule autorité administrative chargée de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles par des sanctions pécuniaires. Les actions privées sont entendues par des tribunaux de commerce spécialisés qui ont compétence – comme l'Autorité – pour déclarer que des pratiques sont

anticoncurrentielles et enjoindre leur cessation. Néanmoins, les tribunaux de commerce ne peuvent prononcer de sanctions pécuniaires.

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent, au choix, engager des actions de suivi (*follow on*) ou des actions autonomes (*stand alone*). Dans le cadre d'actions de suivi, elles saisissent les tribunaux de commerce une fois que l'Autorité a constaté une atteinte. Dans le cadre d'actions autonomes, elles portent plainte directement devant un des huit tribunaux de commerce spécialisés afin que ceux-ci constatent les pratiques anticoncurrentielles et les indemnisent. La Cour d'appel de Paris est la juridiction d'appel spécialisée pour les décisions aussi bien de l'Autorité de la concurrence que des tribunaux de commerce.

La juge Irène Luc explique que les règles générales du droit civil français sont le fondement des règles applicables aux actions privées pour pratiques anticoncurrentielles. Pour qu'un tribunal impose des dommages et intérêts, une infraction au droit de la concurrence doit être établie et le préjudice en découlant, ainsi que le lien de causalité entre l'infraction et le préjudice, doivent être démontrés. La charge de la preuve repose sur le plaignant. Le juge doit déterminer le préjudice et prononcer une réparation intégrale. Pour pouvoir être indemnisée, une entreprise qui a été victime d'une entente sur les prix doit démontrer qu'elle n'a pas répercuté ses surcoûts sur ses clients finals.

En 2014, la France introduit les « actions de groupe » avec la loi Hamon. Aux termes de cette loi, les associations de défense des consommateurs peuvent agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs (et non des entreprises). Ces actions de groupe sont toujours des actions de suivi, autrement dit elles suivent la décision de l'Autorité de la concurrence ou d'un tribunal de commerce. En juin 2015, aucune action de groupe fondée sur le droit de la concurrence n'avait été engagée.

Lorsqu'une affaire est soumise à l'Autorité, les parties ont accès au dossier. Le juge peut aussi demander à l'Autorité la communication d'informations dans les dossiers concernant les affaires. Les demandes de clémence sont protégées et ne peuvent pas être divulguées. Dans la pratique, cependant, l'Autorité ne communique habituellement pas d'informations pendant des enquêtes en cours, pour ne pas nuire à l'efficacité de l'action publique, ce qui rend difficile pour les parties à une action privée de réunir des preuves suffisantes afin d'engager des procédures. De plus, les secrets d'affaires ne sont pas automatiquement protégés par le droit français. Le juge doit user de son pouvoir discrétionnaire pour se faire une idée des intérêts contradictoires concernés et décider d'autoriser ou non l'accès à ces informations. Il n'existe pas en droit français de procédure générale de *disclosure* (l'obligation de révéler toutes les pièces intéressant une affaire donnée), mais uniquement des règles de divulgation spécifiques, autrement dit les pièces spécifiques doivent être sollicitées.

La juge Irène Luc signale que les tribunaux en France peuvent solliciter l'avis de l'Autorité concernant une affaire. Cette méthode a été souvent utilisée jusqu'à présent. Les avis de l'Autorité, bien qu'ils ne soient pas contraignants pour les juridictions, sont généralement suivis. Cependant, dans certains cas, la juridiction a refusé d'indemniser la victime, alors que l'Autorité avait conclu à une infraction du droit de la concurrence. Ces cas remettent en cause la cohérence du droit français de la concurrence et devraient diminuer pour finalement disparaître. L'Autorité et la Commission européenne peuvent aussi intervenir en tant qu'*amicus curiae* devant les tribunaux nationaux, pour proposer des informations sur une affaire.

La juge Irène Luc indique que des actions privées sont engagées en France. En particulier, le nombre d'affaires autonomes portées directement devant les tribunaux de commerce spécialisés augmente, ce qui signifie que les enquêtes sur les affaires de concurrence se multiplient. La juge Irène Luc conclut que le système français d'actions privées fonctionne mais devrait être renforcé.

Le Président remercie la juge Irène Luc pour sa présentation et s'enquiert de l'importance que les tribunaux de commerce accordent aux conclusions de l'Autorité. La juge Irène Luc explique que, bien que les juges des tribunaux de commerce ne soient pas contraints par les décisions de l'Autorité, généralement ils les suivent.

La juge Susan Illston évoque ensuite son expérience en tant que juge principale auprès du Tribunal du district Nord de la Californie, aux États-Unis. Elle présente l'affaire d'entente sur les écrans plats/écrans à cristaux liquides dans le cadre de laquelle plusieurs personnes physiques et morales ont été condamnées à l'issue de poursuites pénales pour atteinte au droit de la concurrence. Parallèlement, des actions privées en dommages et intérêts ont été engagées. Aux États-Unis, seules les victimes directes (les acheteurs directs) d'une entente peuvent engager des poursuites au titre du droit fédéral. Les acheteurs indirects, généralement les consommateurs, n'ont pas la possibilité de déposer devant des tribunaux fédéraux des plaintes pour pratiques anticoncurrentielles. Cela étant, dans environ 23 juridictions d'États, des consommateurs (les acheteurs indirects) peuvent engager des poursuites. Concernant l'affaire d'entente sur les écrans plats/écrans à cristaux liquides, il y a eu des actions collectives d'acheteurs indirects et des actions collectives dans le cadre desquelles les États engageaient des poursuites pour le compte de leurs consommateurs résidents. Ces actions collectives se sont soldées par des règlements amiables d'un montant avoisinant 1.08 milliard USD. Des actions collectives d'acheteurs directs ont aussi été engagées et réglées à l'amiable pour approximativement 470 millions USD. En outre, on a recensé 27 affaires dans le cadre desquelles des parties se sont retirées : elles concernaient des acheteurs dont les réclamations étaient suffisamment importantes pour engager des poursuites distinctes.

S'agissant de la coordination entre action publique et actions privées, dans l'affaire des écrans plats/écrans à cristaux liquides, le tribunal a contrôlé le calendrier des poursuites. Les actions publiques ont été engagées en premier, suivies peu de temps après par les actions privées. Les parties aux actions publiques ont demandé la suspension des procédures initiées dans le cadre d'actions privées. Les parties aux actions privées ont plaidé contre la suspension. Un débat a eu lieu à propos de la divulgation des informations dans le cadre des actions privées, alors que des procédures pénales étaient en cours. Le tribunal a décidé que les droits des défendeurs dans un procès au pénal ne devaient pas être remis en cause par les actions privées. Par conséquent, seules les pièces que les défendeurs au pénal avaient déjà fournies aux autorités publiques ont pu être remises aux plaignants privés. Les dépositions – déclarations orales effectuées par divers témoins et différentes parties – ont été reportées, afin qu'elles aient lieu une fois la décision prise concernant la plupart des questions pénales. Le tribunal avait pour mission d'équilibrer le calendrier et les besoins pour les différentes affaires. Il a parfois été sollicité pour ordonner la production de pièces en rapport avec des programmes de clémence et des poursuites dans des juridictions étrangères, mais il n'a jamais accédé à ces demandes.

La juge Susan Illston conclut que les États-Unis ont une longue et solide tradition d'actions privées. Cependant, des améliorations peuvent être apportées dans certains domaines. Premièrement, bien qu'il n'existe pas de moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts, les victimes directes répercutent souvent les coûts. Par conséquent, si les acheteurs directs et indirects intentent un procès pour obtenir des dommages et intérêts, il y a un risque réel de double réparation. Si les consommateurs (les acheteurs indirects) sont autorisés à engager des actions privées, l'analyse du préjudice doit être soigneusement menée pour atténuer le risque d'une double réparation. De plus, la compétence des tribunaux doit être révisée compte tenu de la mondialisation de l'économie.

Le Président remercie la juge Susan Illston pour sa présentation et souligne que la prochaine réunion du Groupe de travail n°3 en octobre 2015 abordera la question des ententes concernant les biens intermédiaires et de la voie à suivre pour déterminer en pareils cas la compétence pour les pratiques anticoncurrentielles.

2. Instruments de promotion des actions privées

Le Président ouvre la deuxième partie de la discussion sur les instruments que les pays utilisent pour promouvoir les actions privées, et demande aux États-Unis d'intervenir à propos des dommages et intérêts punitifs.

La délégation des **États-Unis** signale que le système américain d'actions privées est très dynamique et complète l'action publique de la Federal Trade Commission, du ministère de la Justice et des États. Les litiges privés sont importants car, au niveau fédéral, les organismes publics sollicitent le plus souvent uniquement des mesures provisoires ou conservatoires (*injunctive relief*) et non une réparation pour les consommateurs concernés. Quoi qu'il en soit, les plaignants privés peuvent être en meilleure position pour faire valoir leurs droits. Ils peuvent demander un triple dédommagement (*treble damages*). Cette règle a été instaurée pour inciter à promouvoir les actions privées et agit également comme un facteur dissuasif très puissant.

Le délégué des États-Unis souligne également que le système d'actions collectives aux États-Unis favorise les actions privées, dans la mesure où il permet à des groupes de personnes physiques ou de petites entreprises d'engager des procédures en dommages et intérêts. À défaut, ces personnes physiques ou entreprises pourraient renoncer à saisir la justice de leur propre initiative faute de moyens, ou pourraient estimer que le préjudice subi n'est pas suffisamment important pour justifier des poursuites.

Le délégué des États-Unis fait remarquer qu'une coordination existe entre action publique et actions privées pour organiser la procédure de *discovery* afin d'assurer l'efficacité de la production des informations, de ne pas compromettre les différents actions coercitives et d'obtenir des résultats cohérents. Cela étant, il arrive dans certains cas que les intérêts des parties aux actions privées ne correspondent pas à ceux des autorités publiques. La complexité des actions privées peut retarder l'action publique et, en pareils cas, il peut être plus judicieux d'avoir des procédures distinctes.

Israël intervient pour expliquer qu'une proposition de modification de sa législation sur la concurrence est actuellement examinée par la commission des affaires économiques du Parlement israélien en vue d'introduire le triple dédommagement. Le délégué israélien signale que la proposition de modification sera soumise au Parlement dans quelques mois.

Le Président remercie les États-Unis et Israël et aborde la question des recours collectifs. Le Président invite la délégation française à expliquer le mécanisme d'une action de groupe de suivi engagée par une association de défense des consommateurs, introduit en 2014 par la loi Hamon.

La **France** explique son système d'action de groupe, qui à bien des égards suit le modèle européen de recours collectif recommandé par la Commission européenne. Ce modèle vise à empêcher un excès de litiges en regroupant les recours et à offrir un instrument de réparation aux consommateurs et aux PME qui, à défaut, n'auraient pas les ressources nécessaires ou la motivation requise pour initier une action de leur propre chef. La loi Hamon prévoit une réparation totale (mais pas de dommages et intérêts punitifs) et des mécanismes d'adhésion volontaire qui permettent aux consommateurs de s'associer volontairement à des actions en dommages et intérêts. Le juge peut ordonner la publication d'informations concernant les procédures pour alerter les consommateurs de l'action de groupe.

Le délégué **chilien** signale ensuite qu'au Chili, une proposition de loi visant à introduire les actions collectives est actuellement examinée par le Congrès. Actuellement, les actions collectives pour atteintes au droit de la concurrence ne sont pas possibles. La proposition comporte une disposition destinée à augmenter les amendes maximales applicables, en les portant de 25 millions USD à deux fois les profits issus d'une conduite anticoncurrentielle. La proposition a aussi pour but de renforcer le programme de

clémence, d'incriminer la collusion et de faciliter la mise à jour de collusions en supprimant l'obligation de prouver le pouvoir de marché dans certains cas.

Le Président remercie le délégué chilien. Il fait remarquer que les sanctions pénales ont généralement un effet plus dissuasif et demande à l'Australie d'expliquer le contexte et l'effet d'une réforme de 2009 concernant la production de preuves par l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC).

Le délégué **australien** prend la parole pour expliquer que des dispositions législatives ont été introduites en 2009 pour remédier à certaines carences apparues au grand jour quand l'ACCC n'est pas parvenue à contester des recours déposés par des requérants privés dans le cadre de procédures de suivi (*follow on*) pour des affaires d'ententes. Les requérants privés voulaient accéder à plusieurs déclarations de témoins détenues par l'ACCC, qui comportaient des informations émanant de demandeurs d'immunité. L'ACCC a fait valoir que la production des déclarations de témoins aurait eu un effet dissuasif pour les futurs demandeurs d'immunité et remis en cause la politique de l'ACCC en matière d'immunité. Le tribunal n'a pas donné raison à l'ACCC. Craignant que cette décision ait un effet négatif sur sa politique en matière d'immunité, l'ACCC a plaidé en faveur d'une protection légale des informations fournies à titre confidentiel dans le cadre d'enquêtes sur les ententes. Cela a abouti à la mise en place de protections légales concernant des éléments désormais qualifiés d'informations protégées sur les ententes. Ce statut accorde une plus grande certitude légale à ceux qui fournissent de telles informations à l'ACCC.

Toutes les informations liées à une éventuelle entente fournies à l'ACCC à titre confidentiel correspondent, de manière générale, à la définition des informations protégées sur les ententes. L'ACCC ne peut être tenue de divulguer des informations protégées sur les ententes, sauf si le tribunal lui ordonne de le faire. Ces informations ne peuvent être utilisées qu'aux fins pour lesquelles cette divulgation a été ordonnée. Pour décider d'ordonner ou non la divulgation d'informations protégées sur les ententes, le tribunal ne peut prendre en compte que certains facteurs : le fait que les informations aient été communiquées par un informateur ou non, la sécurité de cette personne, la possibilité ou non que la divulgation décourage les futurs informateurs, les relations de l'Australie avec d'autres pays, la nécessité d'éviter de perturber les efforts nationaux et internationaux d'application du droit, et les intérêts de l'administration et de la justice. Le tribunal doit mettre en balance les intérêts publics et privés. La législation australienne n'établit pas de catégories d'informations protégées ou susceptibles d'être divulguées, comme par exemple la Directive de l'UE 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts des victimes d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles.

Le Président remercie le délégué australien et demande à la Corée de présenter la modification en 2004 de la loi coréenne qui permet aux victimes de prouver plus facilement le montant du préjudice.

Le délégué **coréen** explique que la révision en 2004 de la législation contre les monopoles et de la Loi sur la concurrence a supprimé le délai de prescription de trois ans s'appliquant aux demandes de dommages et intérêts. Elle donne également aux victimes d'une conduite anticoncurrentielle la possibilité de formuler des demandes de dommages et intérêts, que la Commission coréenne de la concurrence ait ordonné ou non une réparation. Au regard des difficultés que soulève le calcul du montant du préjudice, la Commission coréenne de la concurrence a instauré en 2010 un système permettant de déterminer préalablement le montant du préjudice en cas de soumissions concertées. Les contrats pour un marché public doivent inclure des dispositions sur la fixation préalable du montant du préjudice (généralement 10 % du montant du marché).

Le Président remercie le délégué coréen et invite le Japon à expliquer comment les tribunaux japonais peuvent demander à la Commission japonaise de la concurrence (*Japan Fair Trade Commission, JFTC*) des conseils concernant le montant du préjudice dans le cadre d'actions de suivi en dommages et intérêts fondées sur une décision antérieure de la JFTC.

Le **Japon** explique que la loi contre les monopoles permet au tribunal saisi d'une action en dommages et intérêts de demander l'avis de la JFTC concernant le montant du préjudice, afin d'alléger la charge de la preuve du requérant. La sollicitation d'un avis se fait à titre volontaire et l'avis de la JFTC n'est pas contraignant. Depuis l'introduction de ce système, 84 avis de la JFTC ont été sollicités par les tribunaux. La JFTC chiffre non seulement le montant des dommages, mais précise aussi son mode de calcul. Le système est très efficace pour promouvoir les actions de suivi privées en droit de la concurrence.

Le Président remercie le délégué japonais. Il demande au délégué finlandais d'expliquer si, en Finlande, les conclusions de l'autorité de la concurrence sont contraignantes pour les tribunaux de commerce.

Le délégué **finlandais** explique qu'en Finlande, les conclusions de l'autorité de la concurrence ne sont pas contraignantes pour les tribunaux de commerce *de jure* mais sont suivies *de facto*, comme en France. Il n'y a pas de jurisprudence sur ce point en Finlande. Il existe seulement des cas où des tribunaux civils ont utilisé comme précédent des décisions de la Haute Cour administrative dans des procédures concernant des actions privées. Le délégué note que la Finlande est en phase de transition, car elle doit encore mettre en œuvre la Directive de 2014 de l'UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts des victimes d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles.

Le Président remercie le délégué finlandais et demande au Canada d'expliquer les mécanismes du système judiciaire canadien qui aide les personnes privées lésées par une conduite anticoncurrentielle à obtenir réparation.

Le délégué du **Canada** explique que le Bureau de la concurrence est l'instance chargée des enquêtes, qui porte les affaires devant les cours ou les tribunaux spécialisés dans les affaires de concurrence. Il s'occupe des affaires civiles, des fusions, des conduites unilatérales et des pratiques commerciales trompeuses. Actuellement, toutes les provinces canadiennes sauf une autorisent des actions collectives en dommages et intérêts. Le nombre d'actions en dommages et intérêts a donc augmenté. Cela vaut pour les actions de suivi, comme pour les affaires menées parallèlement à des actions publiques.

De récentes décisions de la Cour suprême du Canada autorisent les acheteurs indirects (les consommateurs) à participer à des actions privées pour dommages et intérêts en cas d'ententes. Le Bureau de la concurrence a été tenu de divulguer certaines informations aux plaignants privés. Cependant, du fait de cette obligation, le Bureau de la concurrence a dû affecter du personnel pour expurger les informations protégées dans les pièces à divulguer.

Au Canada, des actions civiles peuvent être engagées devant le tribunal spécialisé dans les affaires de concurrence uniquement en cas de restrictions verticales pour lesquelles la mesure corrective est une ordonnance de cessation et d'abstention, et non une réparation. Cependant, au Canada, six résidents peuvent contraindre le Bureau de la concurrence à ouvrir des enquêtes. Le Bureau dispose d'un pouvoir discrétionnaire sur la façon de mener les enquêtes, mais il doit suivre une procédure formelle pour les interrompre. Cette possibilité offre par conséquent aux consommateurs un puissant outil pour contraindre le Bureau à agir.

Le Président remercie le délégué canadien pour sa présentation. Il demande pourquoi l'accès au tribunal spécialisé dans les affaires de concurrence pour des parties à une action privée se limite aux restrictions verticales et si, en pareils cas, ces parties peuvent aussi saisir la justice.

Le délégué du Canada explique que l'approche du gouvernement est progressive, autrement dit l'accès à un tribunal peut être renforcé à l'avenir. Cependant, les parties à une action privée peuvent saisir la justice.

Le Président conclut que la discussion sur la coordination entre action publique et actions privées fait ressortir clairement la nécessité de trouver le juste équilibre entre ces deux approches d'application du droit. Il faut se garder d'interférer ou de dissuader les entreprises privées de demander la clémence.

3. Trouver le juste équilibre entre action publique et actions privées : production d'informations

Le Président demande ensuite à l'Union européenne d'évoquer la question de l'équilibre entre action publique et actions privées.

L'Union européenne souligne que la note de référence du Secrétariat traduit une bonne perception des moyens prévus, dans la Directive de l'UE 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts des victimes d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles, pour trouver le juste équilibre entre action publique et actions privées. L'accès aux preuves contenues dans les dossiers des autorités de la concurrence est essentiel à toute action privée et la Directive comporte des dispositions à cet égard.

En Europe, les actions privées sont en majorité des actions de suivi. Il existe trois principaux moyens pour le requérant d'obtenir des preuves : le premier est de solliciter l'autorité de la concurrence, le deuxième est de s'adresser à l'autre partie dans le cadre d'une procédure privée et le troisième est de demander au tribunal d'ordonner à l'autorité de la concurrence de produire les informations.

La Directive précise le type d'informations contenues dans le dossier d'une autorité de la concurrence qui peuvent être demandées à des fins d'actions privées. Elle prévoit un système à trois niveaux : la stricte confidentialité (les informations sont protégées et ne peuvent être divulguées), la confidentialité temporaire (les informations sont protégées pendant une certaine période) et la libre diffusion (les informations peuvent être divulguées à tout moment). Les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction font partie des informations strictement confidentielles. Le statut strictement confidentiel de ces pièces ne concerne cependant que les déclarations auto-incriminantes et non les informations préexistantes qui sont habituellement ajoutées en annexe à la déclaration en vue d'obtenir la clémence. La stricte confidentialité de la confession s'explique par le risque que les entreprises ne fassent aucune révélation si leurs déclarations peuvent être divulguées. Par conséquent, elle permet de protéger l'incitation à demander la clémence.

Les informations échangées entre l'autorité de la concurrence et les parties durant la procédure sont soumises à une confidentialité partielle. Ces informations peuvent être disponibles une fois que l'autorité a adopté une décision ou clos la procédure. Cela protège les enquêtes en cours, mais facilite aussi les actions de suivi (mais pas celles qui se déroulent en parallèle).

Les informations qui peuvent être produites le sont si le juge au civil en décide ainsi, sur la base d'une évaluation de la proportionnalité qui met en balance les intérêts du requérant et ceux de l'action publique. Les autorités de la concurrence peuvent donner un point de vue non contraignant sur cette mise en balance.

L'UE souligne que le traitement des informations confidentielles est un aspect important pour les actions privées. Il existe une tension entre l'obligation pour les autorités de la concurrence d'aider les tribunaux nationaux et leur obligation de garder le secret professionnel en tant que fonctionnaires. En principe, la Commission européenne devrait transmettre les informations confidentielles aux tribunaux nationaux. Cependant, les États membres de l'UE doivent assurer que les juges nationaux protègent les informations confidentielles.

Le Président remercie l'UE pour sa présentation. Il indique qu'il serait utile de faire périodiquement le point sur l'évolution des actions privées. Le Président demande à l'Italie de décrire en détail son système à

trois niveaux de stricte confidentialité, de confidentialité partielle et de libre diffusion pour la production d'informations.

Le délégué **italien** décrit en détail le système à trois niveaux, qui se fondera sur les catégories d'informations prévues dans la Directive de l'UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts des victimes d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles. En Italie, les actions privées sont essentiellement des actions de suivi ; la transposition de la Directive devrait encourager les actions privées.

Le Président remercie le délégué italien et demande à la Suède d'expliquer les conditions dans lesquelles les parties à une action privée peuvent accéder aux dossiers de l'autorité suédoise.

Le délégué **suédois** explique alors les conditions dans lesquelles les parties à une action privée peuvent accéder aux dossiers de l'autorité suédoise de la concurrence. La législation suédoise sur l'accès public aux documents officiels accorde déjà un droit d'accès étendu. Cependant, cet accès n'est pas illimité. Il n'existe pas de droit d'accès aux notes internes ou aux informations qui sont confidentielles ; cela étant, l'autorité ne peut garder ces informations secrètes pour les parties qu'aux premiers stades de l'enquête.

La législation de l'UE a été invoquée lors de deux demandes récentes d'accès à des documents par des plaignants qui avaient intention de poursuivre en dommages et intérêts des entreprises faisant l'objet d'une enquête par l'autorité. L'autorité a dû déterminer dans quelles circonstances la législation de l'UE pouvait être invoquée et si cette législation impliquait un droit d'accès intégral au dossier de l'autorité lorsque l'entreprise sollicitant cet accès avait l'intention d'engager des actions privées en dommages et intérêts contre l'entreprise soumise à une enquête. L'autorité a refusé l'accès aux documents dans les deux cas. Les documents contenaient les stratégies en termes de prix et de marges bénéficiaires des entreprises soumises à l'enquête, ce qui a été considéré comme des informations confidentielles. Dans un cas, la cour d'appel administrative a partagé l'avis de l'autorité, mais a ouvert la possibilité d'effectuer une évaluation fondée sur la législation de l'UE si des preuves suffisantes existent pour le plaignant ayant l'intention de réclamer des dommages et intérêts. Dans l'autre cas, la cour d'appel administrative a conclu que l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) était applicable, que le plaignant avait l'intention de réclamer des dommages et intérêts, et qu'un exercice de mise en balance des intérêts devait être réalisé conformément aux principes établis par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ce faisant, la cour est parvenue à la conclusion que les documents en question devaient être maintenus confidentiels.

Le Président remercie le délégué suédois et demande à l'Allemagne de décrire un cas récent.

Le délégué **allemand** décrit l'affaire *Pfleiderer*. En 2008, le Bundeskartellamt a imposé des amendes à plusieurs sociétés manufacturières européennes de papier décor pour fixation des prix. *Pfleiderer*, qui était un client important, a demandé l'accès au dossier – en particulier à la demande de clémence – pour préparer un recours en dommages et intérêts. Le Bundeskartellamt a refusé cet accès en raison des répercussions potentiellement négatives sur les futures demandes de clémence. Le client a fait appel de la décision auprès du tribunal local à Bonn, qui a décidé de surseoir à statuer et de porter la question devant la CJUE. La CJUE a demandé aux tribunaux nationaux de mettre en balance les intérêts publics et les intérêts privés. Appliquant cette décision, le tribunal à Bonn a refusé de produire les éléments du dossier. Le délégué allemand a souligné que les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence devraient être soumises à des règles très strictes de confidentialité. Comme les actions privées dépendent essentiellement de la mise au jour d'atteintes au droit de la concurrence, la protection des programmes de clémence garantit aussi la possibilité de mener des actions judiciaires privées à l'encontre de participants à des ententes.

Concernant d'autres informations dans les dossiers, les personnes physiques ou morales ayant subi un préjudice du fait d'ententes peuvent se voir accorder l'accès aux dossiers relatifs aux ententes. Dans presque tous les cas d'entente ayant fait l'objet d'une décision définitive, il existe au moins une demande d'accès aux dossiers. En 2014, le Bundeskartellamt a reçu environ 150 demandes d'accès à des dossiers. Les informations qui peuvent être produites sont limitées par l'existence d'un intérêt légitime avéré. Généralement, le Bundeskartellamt accorde uniquement l'accès à la décision définitive, car ce document contient toutes les informations sur les actes des personnes physiques et l'infraction en tant que telle.

Le Président remercie le délégué allemand et invite le Portugal à expliquer comment le droit portugais de la concurrence protège les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence.

Le délégué **portugais** explique qu'au Portugal, les actions privées n'en sont qu'à leurs débuts, mais que certains cas de suivi se sont déjà présentés. Actuellement, la Loi portugaise sur la concurrence comporte une disposition spéciale concernant l'accès aux dossiers qui contiennent des documents relatifs à des demandes de clémence. Elle énonce que les parties peuvent accéder aux pièces pour exercer leurs droits de se défendre. Cependant, elles ne peuvent reproduire des pièces, sauf si ceux qui ont demandé la clémence l'autorisent. La loi ajoute aussi des niveaux de protection pour les déclarations orales dans le cadre de demandes orales de clémence. Ces protections s'appliquent lors d'enquêtes de l'autorité de la concurrence. Une fois que la décision devient définitive, les restrictions d'accès aux pièces en rapport avec des demandes de clémence restent en place, car elles sont considérées comme étant confidentielles. Une protection similaire est prévue pour les pièces relatives à une proposition de transaction, susceptibles de comporter des déclarations auto-incriminantes. Le délégué portugais souligne que la législation portugaise trouve un équilibre entre la clémence et les actions de suivi au civil.

Le Président invite ensuite la République slovaque à exposer ses règles destinées à limiter la responsabilité civile de ceux qui ont demandé et obtenu la clémence.

La République slovaque présente sa réforme de la Loi sur la concurrence. Les principaux objectifs de cette réforme sont d'améliorer la mise en œuvre de la législation contre les ententes et de rendre le programme de clémence plus attractif. Il n'existe cependant pas d'affaire pratique mettant en jeu la responsabilité civile de personnes ayant demandé et obtenu la clémence.

Le Président remercie le délégué slovaque et présente le dernier intervenant, Monsieur Tilman Makatsch de Deutsche Bahn AG, qu'il invite à faire part de son expérience des actions privées en sa qualité de directeur du service du contentieux de Deutsche Bahn AG pour les affaires de concurrence.

Monsieur Makatsch précise qu'il exprime uniquement son point de vue personnel et présente brièvement Deutsche Bahn, société de transport et de logistique qui exploite le réseau ferroviaire allemand et fournit des services de transport public et de fret aérien/terrestre/fluvial. Le volume d'achats annuel de Deutsche Bahn est d'environ 25 milliards d'euros. De nombreuses ententes ont des répercussions directes ou indirectes sur Deutsche Bahn. Deutsche Bahn a établi un service spécial du contentieux en droit de la concurrence. Actuellement, 65 cas figurent sur la liste à surveiller et 20 affaires sont en cours, dont 11 ont été portées devant des tribunaux dans six pays. Les plaintes représentent un montant supérieur à un milliard d'euros.

Du point de vue de M. Makatsch, la lenteur et le coût élevé des procédures constituent les défis actuels. Il existe en outre une grande incertitude juridique, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve. Les actions privées doivent faire face à des asymétries d'information. Généralement, le Bundeskartellamt ne publie pas les décisions, et l'accès aux documents et aux décisions prend du temps, ce qui peut entraîner une expiration des délais pour présenter un recours. Les décisions en cas de règlements amiables contiennent peu d'informations et les versions non confidentielles des décisions ne comportent que peu d'informations utiles pour les plaignants privés.

M. Makatsch propose une procédure en deux étapes pour remédier aux problèmes affectant les actions privées. Par rapport aux États-Unis et au Royaume-Uni, les règlements amiables sont très rares en Allemagne. Par conséquent, pour augmenter le nombre des actions de suivi, les procédures dans le cadre de l'action publique pourraient être scindées en deux étapes. La première étape serait une décision de nature déclaratoire concluant à l'existence d'une infraction au droit de la concurrence. Cette décision serait rapidement publiée par l'autorité de la concurrence. Dans un second temps, l'autorité de la concurrence communiquerait la décision définitive, y compris l'amende, en tenant compte des règlements amiables conclus entre les deux étapes pour une période intermédiaire. Cela inciterait les participants à une entente à trouver un accord avec des tiers requérants entre les deux étapes de la procédure.

M. Makatsch souligne qu'une telle procédure en deux étapes serait conforme à la législation allemande. En outre, la Directive de l'UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts des victimes d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles dispose, à l'alinéa 3 de l'article 18, qu'une autorité de concurrence peut considérer l'indemnité versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle prenne sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante. Cette procédure en deux étapes comporterait des avantages, car les participants à une entente et les plaignants privés n'auraient pas à subir les coûts élevés induits par une action en justice. La procédure en deux étapes serait plus rapide que les actions en justice et désengorgerait les tribunaux. En outre, les règlements amiables peuvent offrir aux parties une base fiable pour une planification à long terme.

Le Président remercie M. Makatsch pour sa présentation et invite le délégué britannique à décrire le nouveau mécanisme de certification d'un programme de réparation volontaire proposé par une partie en rapport avec une décision d'infraction prononcée par la Competition and Markets Authority (CMA).

Le délégué du **Royaume-Uni** explique que le Consumer Rights Act [loi sur les droits des consommateurs] de 2015 a introduit une nouvelle prérogative pour la CMA : la certification d'un programme de réparation volontaire suite à une décision d'infraction prononcée par la CMA, par l'Union européenne, ou par un organisme sectoriel de réglementation compétent en matière de concurrence. L'objectif est de donner à un programme de réparation volontaire un caractère légal formel. Il est destiné à offrir une alternative aux recours privés. La CMA certifie que le programme respecte le cadre réglementaire, mais ne détermine pas les montants exacts de l'indemnisation à octroyer. C'est un conseil d'experts indépendant qui se charge de chiffrer l'indemnisation. Ce conseil est présidé par un juge principal ou un juriste expérimenté, et composé d'un économiste, d'un représentant du secteur et d'un représentant des bénéficiaires potentiels au titre du programme. Pour inciter les entreprises à proposer ce programme, la CMA envisage d'autoriser, dans certains cas, une réduction de la sanction pouvant atteindre 10 %. Ce programme formel de réparation encourage les actions privées sans mobiliser d'importantes ressources du CMA, et ménage un juste équilibre entre action publique et actions privées. Le Président remercie le délégué britannique et se tourne vers les États-Unis.

Pour finir, le délégué des **États-Unis** partage sa vision du rôle des organismes publics américains concernant les affaires civiles engagées parallèlement aux enquêtes sur les ententes. Les organismes publics américains tentent de limiter le plus possible leur rôle dans les actions civiles pour protéger l'intégrité des enquêtes pénales menées par les pouvoirs publics en cas de pratiques anticoncurrentielles.

4. Remarques de conclusion du Président

Le **Président** remercie tous les participants à la table ronde et souligne que les documents soumis par les participants et le Secrétariat pour cette discussion ont été très utiles pour cadrer la discussion. Le thème traité étant en constante évolution, il doit être maintenu à l'ordre du jour du Groupe de travail n°3.