



Title	Le préjudice en droit de la concurrence
Author(s)	Géraldine, Goffaux Callebaut
Citation	新世代法政策学研究, 5, 37-65
Issue Date	2010-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43731
Type	other
File Information	5_37-65.pdf



Le préjudice en droit de la concurrence

Géraldine GOFFAUX CALLEBAUT

Introduction

1.- Le préjudice en droit de la concurrence s'inscrit dans le programme plus général du *New Global Law and Policy for Multi-agential Governance*, initié par l'université d'Hokkaido. Ce thème du préjudice oblige à s'arrêter sur des questions plus générales relatives aux modes de construction et d'application de la norme et plus spécialement de gouvernance en droit de la concurrence, matière qui combine droit et économie et qui relève de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit de la régulation. L'objet de cette étude consiste à faire un état des lieux des débats qui agitent actuellement les droits français et communautaire de la concurrence, confrontés aujourd'hui au droit anglo-saxon, et d'en tirer des considérations plus générales à l'aune du thème du projet portant sur le *New Global Law and Policy for Multi-agential Governance*.

Ce thème rejoint également les préoccupations de la conférence internationale qui a eu lieu à l'Université d'Hokkaido le 3 juillet 2009 sur l'efficacité et le droit. En effet, le droit de la concurrence combinant droit et économie, la tendance actuelle est de considérer que ce droit est naturellement soumis à des critères d'efficacité économique. Cette vision a pour corollaire la tendance de la doctrine à vouloir intégrer, dans le droit français et le droit communautaire, des mécanismes typiquement anglo-saxons pour rendre ce droit plus efficace, sans se poser la question de la définition et des moyens de l'efficacité.

2.- Mais avant d'aborder ces questions, il convient d'abord de définir

le droit de la concurrence. En effet, le droit français de la concurrence connaît deux acceptions. Dans un premier sens, ce droit comprend toutes les règles visant à protéger les entreprises, ce qui revient à s'attacher aux comportements des entreprises qui portent atteinte aux intérêts d'autres entreprises sans que, pour autant, le marché ne soit une victime des pratiques en cause. Il s'agit par exemple de sanctionner les actes de concurrence déloyale, de parasitisme ou encore des pratiques entre distributeurs et producteurs. Dans l'appréhension juridique et judiciaire de ces hypothèses, la question du préjudice est importante et a donné lieu à des solutions spécifiques, notamment au regard du régime probatoire dans les cas de parasitisme.

La seconde acception du droit de la concurrence correspond à une vision plus internationale de la matière puisqu'elle se concentre sur les atteintes au marché que causent certaines pratiques comme les ententes, les abus de position dominante ou le contrôle des concentrations. C'est cette vision communautaire et américaine de cette branche du droit qui sera retenue dans cette étude. Ce choix s'explique au regard des préoccupations du programme « GCOE » qui marque un grand intérêt pour le marché. En outre, si le droit français et le droit japonais présentent certains points communs, notamment en ce qu'ils contiennent tous deux des dispositions spéciales pour la protection des entreprises, il apparaît qu'en la matière – au moins en droit français – les questions sont plus restreintes et les solutions relativement établies. Pour autant, des incursions pourront être faites du côté de l'acception large du droit de la concurrence pour voir si certaines de ses solutions ne peuvent être transposées.

3.- S'agissant de la définition du préjudice, dans un sens courant en droit français, le préjudice est synonyme de dommage¹. Mais, « en doctrine, [le préjudice est] parfois distingué du dommage dont il serait la

conséquence »². Ainsi, le dommage serait « le fait brut originaire de la lésion », le préjudice serait la conséquence de ce dommage³. Ici, le fait brut nous intéressera peu en ce qu'il relève essentiellement de comportements définis par le législateur, c'est-à-dire des pratiques anticoncurrentielles.

Mais, au-delà du préjudice, c'est tout le droit de la responsabilité civile qui intéresse le sujet, ce qui peut sembler *a priori* incongru car les textes français et communautaires relatifs aux pratiques anticoncurrentielles n'évoquent ni la responsabilité civile ni la réparation du préjudice⁴. Pourtant, les débats actuels tournent autour de la question de l'efficacité du système de la responsabilité en droit de la concurrence. En effet, seuls 10 ou 20%, selon les sources, des dommages et intérêts demandés seraient accordés⁵. Le constat de l'insuffisance vaut pour les actions autonomes comme pour les actions qui sont le prolongement d'actions devant les autorités de concurrence. Ainsi, les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas suffisamment indemnisées. Cette situation a pour conséquence, révélée par l'analyse économique du droit, que les entreprises, insuffisamment punies, se livreraient à des calculs économiques. Autrement dit, la violation des règles serait plus rentable que leur respect.

D'autres statistiques sont avancées. Dans le système américain, 90% des condamnations sont issues d'une action privée alors que, dans le système européen, il s'agit de 90% au départ d'une action publique⁶. A

² Vocabulaire juridique Capitant, V° préjudice, sens 2.

³ Vocabulaire juridique Capitant, V° dommage, sens 2.

⁴ V. sur ce point D. Fasquelle, La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, RTDcom. 1998. 763 ; M. Chagny, La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, Revue Lamy de la concurrence, août/octobre 2005, p. 186.

⁵ La réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger – Bilan et perspectives, colloque Cour de cassation 17 octobre 2005, http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/reparation_prejudice_8013.html

⁶ Chiffres cités par M. Cerruti, in La réparation des préjudices causés par une

¹ V. notamment J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, PUF 1995, n° 205.

l'insuffisance de la réparation des préjudices demandée, il faut donc ajouter l'insuffisance, en droit de la concurrence français et communautaire, du nombre d'actions privées.

4.- En réalité, la question de l'efficacité du droit de la responsabilité, que l'on peut relier à une certaine « idéologie de la réparation »⁷, impose, d'abord, de revenir sur les fonctions de la responsabilité civile et exige, ensuite, de réfléchir à la manière de combiner la sanction civile de la réparation et les autres modes de sanction pénale ou administrative.

Longtemps, en droit français, responsabilité civile et responsabilité pénale étaient difficilement distinguées : « à l'origine, la distinction de la réparation et de la répression est demeurée incertaine »⁸ ; la responsabilité dans son unité avait une fonction réparatrice mais également répressive, punitive, régulatrice, préventive. La responsabilité civile a progressivement abandonné la fonction répressive au seul domaine de la sanction pénale. Le droit positif français de la responsabilité civile s'est construit autour de l'idée que le dommage « déclenche une réaction sociale consistant en l'application d'une sanction. Celle-ci tend à effacer le mal, à réparer autant que faire se peut le dommage »⁹. Ainsi, dans le cadre de la logique positive, il s'agit de réparer le préjudice, de façon intégrale, mais sans tenir compte de l'importance ou de la gravité de la faute¹⁰ puisqu'il existe, par ailleurs, des sanctions pénales ou administratives.

Toutefois, l'idée de sanction n'est pas totalement écartée. En effet, avec le Code civil, « on réussit [...] à faire coïncider la sanction du

pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger, colloque préc.

⁷ L'expression est de L. Cadet, Les métamorphoses du préjudice, in Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées René Savatier, PUF 1997, p. 37, spéc. p. 39.

⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, n° 676 ; v. aussi les Sixièmes Journées Savatier, op. cit.

⁹ P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, coll. Connaissances du droit, p. 2.

¹⁰ A l'inverse du droit anglo-saxon.

responsable et la compensation accordée à la victime sous forme de réparation. L'importance du préjudice correspondant souvent à la gravité de la faute, il est alors satisfaisant de faire d'une pierre deux coups, sinon trois : en réparant le dommage subi ; en punissant la faute commise ; et en assurant autant qu'il est possible, de l'une et l'autre manière la dissuasion »¹¹.

5.- Ceci étant, même si la gravité de la faute n'est pas le fondement du droit à réparation, il est difficile d'admettre que les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne soient pas intégralement indemnisées du préjudice effectivement subi. En outre, on constate que le contrôle exercé par les autorités de concurrence, communautaires ou françaises, est insuffisant. A cet égard, le développement de l'action au civil coexistant avec l'action publique s'impose comme une nécessité.

Au regard de ces constats, il est intéressant de se tourner vers des analyses et des systèmes juridiques qui permettent une meilleure réparation des préjudices subis, spécialement en droit de la concurrence. S'agissant d'un droit économique par essence, l'analyse économique peut apparaître comme un instrument adapté, notamment à travers la notion économique de sanction optimale. C'est dans cet esprit que de nombreux auteurs proposent aujourd'hui d'introduire dans le système communautaire et français le « *private enforcement* » et plus spécialement, les actions de groupe, les dommages punitifs et le système du « *discovery* ».

6.- Pour autant, la présentation faite par l'analyse économique du droit tombe parfois dans la caricature. Il est réducteur d'opposer un droit civil qui serait ancien et inefficace à un droit de la concurrence qui serait moderne, économique et efficace¹². Certes, l'analyse économique a pu démontrer que le système de la *common law* était un droit efficace.

¹¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, n° 679.

¹² Cf. L. Idot, Rapport de synthèse au colloque La réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle, préc.

L'on en déduit un peu hâtivement que le droit continental ne le serait pas et, dès qu'il s'agit de trouver des remèdes à l'inefficacité ou au dysfonctionnement de certains mécanismes, certains auteurs proposent systématiquement le recours aux mécanismes spécifiques du droit américain. En outre, le droit communautaire n'a pas qu'une vocation répressive. Il a aussi une fonction dissuasive aux vertus régulatrices et pédagogiques¹³.

Le manque d'efficacité mis en avant par les tenants de l'analyse économique s'explique d'abord par le fait que l'efficacité économique du droit n'est pas le seul objectif assigné au législateur et au juge. Au-delà de l'efficacité économique, il faut avoir égard à l'efficacité juridique. En outre, la loi est aussi l'instrument d'une politique qui peut avoir d'autres objectifs que l'efficacité économique. Il existe d'autres valeurs qui peuvent être promues. De surcroît, certains dysfonctionnements peuvent s'expliquer par des considérations culturelles. Par exemple, pour ce qui est de l'insuffisance des réparations, elle pourrait être expliquée par référence à ce dicton populaire français selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». Les victimes sont ainsi incitées à transiger plutôt qu'à plaider. Enfin, il faut nuancer le propos : une partie des actions se terminent par une transaction après assignation¹⁴. Or, ces transactions, presque toujours confidentielles, ne peuvent être comptabilisées dans les statistiques.

7.- Par ailleurs, l'introduction dans le droit continental de la logique anglo-saxonne n'est pas innocente. L'implantation sans réflexion de mécanismes étrangers n'est pas la panacée. Les risques de rejet d'une greffe sont importants, notamment s'il s'agit de bouleverser les équilibres entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. Aujourd'hui, le système de

l'action publique est centré sur les auteurs, alors que le système de l'action privée est centré sur les victimes¹⁵. Toute immixtion de la logique anglo-saxonne ne saurait se faire sans modifier cet équilibre public/privé.

Toutefois, il serait inopportun de ne pas profiter des expériences étrangères lorsqu'elles peuvent permettre de renforcer les chances d'aboutir au résultat voulu par le législateur. Mais cette inspiration n'est pas synonyme d'acculturation ni même d'absorption d'un système par un autre. Il faut raisonner en terme d'intégration harmonieuse. Pour ce faire, il peut être judicieux de revenir aux sources de la responsabilité en droit français et aux différentes fonctions qui peuvent lui être assignées afin de parvenir à un équilibre entre réparation, régulation, punition et dissuasion.

Ainsi, pour parvenir à une meilleure application des règles de la responsabilité civile en droit de la concurrence, il faut s'attacher, d'abord, à mieux identifier le préjudice afin d'en envisager, ensuite, une meilleure réparation.

I. L'identification du préjudice

8.- L'identification du préjudice apparaît *a priori* comme une question relativement simple. Il s'agit de savoir quel est le préjudice qui devra être réparé. Les caractères classiques du préjudice réparable supposent qu'il soit certain, personnel, direct et doive correspondre à un intérêt légitimement protégé. Ce dernier caractère ne soulève pas de questions particulières, le droit de la concurrence posant clairement ses objectifs de protection. S'agissant des trois autres caractères, leur appréhension en droit de la concurrence rejoint un mouvement général de « dissolution des caractères du préjudice réparable »¹⁶ en faveur des victimes. Ces caractères invitent à se poser deux questions fondamentales : qui sont les

¹³ Il en va de même en droit français des injonctions et publications de la DGCCRF.

¹⁴ Sur ces questions, v. S. Amrani-Mekki, L'introuvable efficacité en droit processuel, intervention à la Conférence internationale « L'efficacité et le droit », Université d'Hokkaido, 3 et 4 juillet 2009.

¹⁵ M. Cerruti, préc. ; v. également L. Idot, préc.

¹⁶ L. Cadet, art. préc., p. 39 et s.

victimes ? Quel peut être le préjudice objectivement réparable ?

A. L'identification des victimes

9.- La détermination des victimes des pratiques anticoncurrentielles est essentielle eu égard au fait qu'en droit français, pour être réparable, le préjudice doit être personnel. Ainsi, le droit de demander réparation appartient traditionnellement à la seule personne lésée par le fait dommageable. Tel est le cas pour les entreprises concurrentes de l'auteur des pratiques en cause. Mais cette exigence est définie largement et n'empêche pas la réparation des préjudices indirects, en l'occurrence ceux des consommateurs victimes indirectes des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, plus délicate est la question du marché en cause qui est précisément l'objet de la protection dans le cadre de la définition étroite du droit de la concurrence qui vise à réprimer les comportements y portant atteinte.

1. Les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles

10.- L'exigence d'un préjudice direct ne soulève pas de difficultés particulières pour les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il suffit en la matière de déterminer quelles sont les entreprises effectivement touchées par les ententes ou les abus de position dominante, ce qui passe par la définition du marché pertinent à partir du critère de substituable du produit. Ce critère revient à se demander si le consommateur considère tel produit comme substituable à tel autre. Ainsi, il a été jugé que les poupées mannequins, dites poupées Barbie, ne sont pas substituables aux poupées poupons du fait de leurs spécificités¹⁷. L'une des raisons consistait à souligner que la poupée

Barbie a l'apparence d'une femme adulte alors que l'autre a l'apparence d'un bébé et que l'enfant a une perception différente de ces deux jouets. Ce faisant, toutes les entreprises intervenant sur ce marché pertinent auront un intérêt à agir en réparation. Par ailleurs, en droit français et en droit communautaire, l'entreprise est définie largement, ce qui permet d'inclure non seulement les sociétés commerciales, mais également les entreprises publiques, les entreprises mutualistes et les associations.

Cette appréhension est d'autant plus large que, dans un arrêt *Courage* du 20 septembre 2001¹⁸, la Cour de justice des communautés européennes a énoncé l'obligation faite aux droits nationaux de préserver le droit à dommages et intérêts de la victime, nonobstant sa qualité de partie à l'engagement anticoncurrentiel. Toutefois, la Cour de justice admet la possibilité pour les droits nationaux de limiter le droit aux dommages et intérêts lorsque la victime a eu une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence.

11.- Enfin, il faut préciser que la définition du marché en cause est une étape préalable à la reconnaissance d'un abus de position dominante ou d'une concentration¹⁹. En revanche, sa détermination n'est plus nécessaire dans l'hypothèse d'une entente car celle-ci est interdite en elle-même, quel que soit son effet sur le marché. Ainsi, dans le cadre d'un préjudice subi par une entreprise à la suite d'une entente entre d'autres entreprises, la première ne devra plus apporter la preuve que cette entente s'est faite sur le marché pertinent qui la concerne, à l'inverse d'une situation d'abus de position dominante. Or, pour ce faire, une étude économique, souvent longue et coûteuse, est nécessaire, ce qui pourra freiner l'ardeur procédurale de l'entreprise victime²⁰.

¹⁷ Conseil de la concurrence, 30 juin 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet : BOCCRF n° 20 du 11 décembre 1999). Pour un exemple plus classique en droit communautaire, v. CJCE United Brands du 14 février 1978 (dit aussi arrêt « bananes Chiquita »), Rec. 207, concl. Mayras ; Grands arrêts de la jurisprudence communautaire, t. 2, Dalloz 2002, n° 24.

¹⁸ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage*, Rec. CJCE I, p. 6297 ; RDC 2003. 71, obs. J.-S. Bergé ; CCC 2002, n° 14, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

¹⁹ TPICE 10 mars 1992, *Verre plat*, Rec. 1992. II. 1405.

²⁰ V. M. Chagny et J. Riffault-Silk, *Actualité du contentieux des dommages concurrentiels*, in *Rencontres Lamy du Droit de la concurrence – La nouvelle Autorité de la concurrence*, 8 décembre 2008, Rev. Lamy Concurrence

2. Les consommateurs

12.- L'exigence d'un préjudice direct soulève la question des consommateurs ou des utilisateurs finaux victimes indirectes des pratiques anticoncurrentielles. Si le consommateur est pris individuellement, il peut être considéré comme ayant un intérêt personnel indirect. La jurisprudence admet que le consommateur puisse subir un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Ce préjudice tient généralement à une hausse des prix ou à une baisse de la qualité des produits ou des services au détriment du consommateur²¹.

Au-delà, on peut cependant se demander si le consommateur doit être envisagé comme un individu ou s'il faut s'intéresser collectivement à la « masse » des consommateurs. Autrement dit, l'intérêt des consommateurs est-il un intérêt individuel ou un intérêt collectif ? La question se pose au regard de la possibilité, progressivement reconnue, pour des groupements de personnes, notamment des associations de consommateurs, d'agir en réparation d'une atteinte qui n'est pas personnelle. Dès lors, la question est celle de savoir si le groupement agit au nom de l'intérêt individuel d'un ou plusieurs consommateurs ou si l'action est exercée pour la défense d'un intérêt collectif. Dans le premier cas, il s'agit simplement pour l'association de consommateurs d'agir en représentation d'un ou de plusieurs consommateurs définis ; dans le second cas, on s'inscrit dans un processus de « socialisation » de l'action. Aujourd'hui, le droit français et le droit communautaire proposent une situation à la fois hybride et ambiguë en ce que les actions des associations de consommateurs sont subordonnées à la nécessité d'une habilitation spéciale. Cette situation est considérée comme étant l'une des causes du faible nombre d'actions en réparation ouvertes devant les tribunaux. Dans ce contexte, la création d'actions de groupe en droit

juillet/septembre 2009, p. 150, spéc. p. 153.

²¹ V. les actes de la Journée européenne de la concurrence du 18 novembre 2008, in Concurrences n° 1-2009, p. 80 et notamment les conclusions de C. Prieto, p. 86, spéc. p. 93.

français se pose de façon aiguë²².

3. Le marché

13.- Enfin, la question se pose de savoir si le marché peut être reconnu comme une victime ayant droit à réparation du préjudice. La question appelle au préalable une définition du marché. Celui-ci peut être défini comme le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises, mais il peut également être défini comme l'ensemble des acheteurs actuels et futurs d'un bien ou d'un service. Dans ce dernier sens, la question revient à la problématique précédemment évoquée du préjudice subi par les consommateurs entendus au sens large du terme. En revanche, si le premier sens est conservé, peut-on considérer le marché comme une victime des pratiques anticoncurrentielles ?

A priori, le marché peut être envisagé comme une victime potentielle car l'ensemble du droit de la concurrence a pour objet sa protection. Pourtant, le marché n'est pas une personne, il n'est pas doté d'un patrimoine ni d'un représentant légal, de sorte que, si l'on reconnaît un préjudice d'ordre civil, il ne serait pas personnel. En outre, la réparation du préjudice subi par le marché pose des questions d'ordre pratique, à savoir qui peut agir au nom du marché, qui récupérera les dommages et intérêts alloués et pour quelle utilisation. Il ne semble pas, à cette heure, qu'une telle reconnaissance civile soit à l'ordre du jour²³.

Cette solution s'explique par la nécessité de protéger l'intérêt public. Or, cette protection passe, non par la sanction de la réparation civile, mais par les sanctions administratives ou pénales.

14.- Ainsi, malgré les assouplissements des caractères subjectifs du

²² Cf. infra, n° 27 et s.

²³ En revanche, le droit de l'environnement tend à reconnaître le droit à réparation pour les préjudices écologiques. V. en droit français, l'affaire de l'Erika et l'intervention de M. Boutonnet, La réparation du préjudice écologique. En droit international, v. notamment la Convention de Lugano du 21 avril 1993.

préjudice réparable, la détermination du préjudice subi connaît encore quelques incertitudes. Le constat est le même pour les caractères objectifs, lors de la détermination des contours du préjudice lui-même.

B. Les contours du préjudice

15.- La caractérisation du préjudice indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles est délicate²⁴. De façon générale, avec certaines spécificités en droit de la concurrence, pour être réparable, le préjudice doit, d'une part, présenter certains caractères objectifs qui découlent des fondements de notre droit de la responsabilité et, d'autre part, être prouvé.

1. Les caractères objectifs du préjudice

16.- Parmi les caractères objectifs, le caractère certain du préjudice est entendu de façon relative en ce que le préjudice doit être très vraisemblable, et non éventuel ou hypothétique.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, la difficulté tient à ce qu'il faut arriver à dissocier le préjudice réparable du jeu normal de la concurrence ou des conséquences de la mauvaise santé financière ou commerciale de l'entreprise victime²⁵.

En pratique, cette dissociation impose le recours à de savants calculs. Ainsi, dans une affaire tranchée par le tribunal de commerce de Paris en 2004, une société de téléphonie a pu fournir aux juges « des preuves des clients perdus, des calculs validés par des commissaires aux comptes, des analyses statistiques, et des rapports d'audit des coûts

directs et certains qui résultaient de ces clients perdus »²⁶.

17.- Le préjudice réparable doit également être actuel, ce qui exclut en principe le préjudice futur. De façon générale, ce caractère ne soulève pas de difficulté car au moment où le juge statue, le préjudice est réalisé. En outre, le droit de la responsabilité civile a évolué en prenant en compte certains préjudices futurs lorsque ceux-ci sont probables. Cette évolution a des effets sur le préjudice concurrentiel qui peut voir ses effets développés dans le temps.

18.- Enfin, le préjudice doit être direct, c'est-à-dire qu'« il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice ; il faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice »²⁷. Avec le temps, cette exigence s'est assouplie afin de permettre une meilleure indemnisation des victimes.

Le droit de la concurrence use parfois des modes de raisonnement classiques du droit commun de la responsabilité civile. Il en va ainsi de la perte d'une chance de conquérir une nouvelle clientèle qui pourra être réparée ou d'un préjudice purement éventuel tel que l'augmentation de la valeur de l'entreprise en l'absence de pratique anticoncurrentielle et la possibilité de la revendre à un prix élevé²⁸.

D'autres situations sont plus spécifiques et appellent une application particulière. En effet, « la permanence du préjudice concurrentiel impose parfois de tenir compte non seulement des conséquences passées et présentes, mais encore des éventuelles répercussions dans le futur, à condition cependant de prouver qu'elles

²⁴ Pour illustration, on peut citer un jugement du TGI de Paris, rendu en référé le 15 janvier 2009 (Rev. Lamy Concurrence, avril/juin 2009, n° 19, p. 97, obs. M. Chagny) qui souligne que, dans les faits, la créance indemnitaire en la matière est loin d'être évidente.

²⁵ V. B. Charlier Bonatti, *Éléments du préjudice*, in *La réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger – Bilan et perspectives*, préc. ; M. Chagny, art. préc., p. 189.

²⁶ Arrêt cité par B. Charlier Bonatti, préc.

²⁷ Civ. 14 mars 1892, DP 1892, 1, 523.

²⁸ S. Poillot-Peruzzetto, *Le juge de droit commun, juge de la concurrence : réalité des obstacles et adéquation des pouvoirs - Présentation générale*, in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n° 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, L. Idot et C. Prieto (dir.), Bruylant, collection *Droit de l'Union européenne*, 2006, p. 103, spéc. n° 33.

sont la conséquence de la situation actuelle »²⁹.

En pratique, ces caractères soulèvent essentiellement des questions liées à la preuve du préjudice.

2. La preuve du préjudice

19.- Le premier écueil tient à la difficulté de rapporter la preuve des comportements anticoncurrentiels. Si ceux-ci ne sont pas reconnus dans le cadre d'une procédure menée devant les autorités de concurrence, la victime devra prouver l'existence de la pratique, c'est-à-dire de la faute. Or, la victime ne dispose pas des mêmes moyens procéduraux et notamment des moyens d'enquête³⁰. Ce phénomène explique pourquoi la plupart des actions en réparation qui sont intentées le sont à la suite d'une procédure de sanction (*follow on*)³¹. On pourrait alors penser que les victimes auraient tout intérêt à poursuivre en dommages et intérêts devant les autorités de concurrence et non pas devant les juridictions de droit commun. Mais en pratique, les entreprises victimes de ces pratiques hésitent à intenter des poursuites qui n'auront, au final, que peu d'intérêt pour elles en termes de réparation et qui auront l'inconvénient de la longueur³². Par ailleurs, la condamnation d'une entreprise pour pratique anticoncurrentielle n'a pas pour conséquence nécessaire la caractérisation d'une faute civile et, à l'inverse, la mansuétude accordée dans le cadre de procédures dites négociées ne permet pas d'écarter une faute civile³³.

²⁹ B. Charlier Bonatti, préc.

³⁰ V. sur ces moyens E. Barbier de la Serre, Accès aux preuves : étendue des pouvoirs du juge, pouvoirs et devoirs des parties, étendue du droit à divulgation, in Réparation des dommages concurrentiels – Questions d'actualité, Matinée débats LJA 11 juin 2008, Rev. Lamy Concurrence janvier/mars 2009, n° 18, p. 112.

³¹ V. les exemples développés par E. Barbier de la Serre, art. préc., p. 113 à 115.

³² V. sur l'atténuation de cet inconvénient, C. Momège, La situation en droit français, in Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n° 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?, préc., p. 25, spéc. n° 16 et s.

³³ V. l'analyse détaillée de M. Chagny, L'articulation entre actions privées et

En outre, pour être retenue par le juge, la preuve doit être loyale. Cette règle, qui découle de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a été clairement posée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 3 juin 2008³⁴. Dans le cadre d'une affaire de pratiques anticoncurrentielles de « prix conseillés » entre ses fournisseurs et d'autres distributeurs, la Haute Juridiction a posé en principe que « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ». Il reste que les juges du fond témoignent une certaine réticence, comme en atteste un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 avril 2009³⁵.

20.- S'agissant de la preuve du quantum du préjudice, les auteurs³⁶ et les praticiens³⁷ soulignent, de façon unanime, les difficultés de preuve du préjudice subi du fait des pratiques anticoncurrentielles. Il faut ajouter qu'est également nécessaire la preuve d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice³⁸. Ainsi, on a pu écrire, de façon un peu provocatrice, que « si 20% seulement des dommages et intérêts demandés sont accordés, c'est que uniquement 20% du montant a été prouvé »³⁹.

Le principe en la matière est qu'il appartient à celui qui invoque un fait d'en apporter la preuve. Pour ce faire, les parties ne peuvent pas

actions publiques, in Réparation des dommages concurrentiels – Questions d'actualité, préc., p. 117.

³⁴ Com. 3 juin 2008, n° 07-17.147, Société Sony France c/ Min. Eco.

³⁵ Paris, 1^{ère} ch., 29 avril 2009, D. Actualité 5 mai 2009 ; Rev. Lamy Concurrence juillet/septembre 2009, n° 20, p. 27, obs. V. Sélinisky.

³⁶ V. par exemple L. Idot, art. préc.

³⁷ V. notamment B. Charlier Bonatti, art. préc.

³⁸ V. notamment CJCE 13 juillet 2006, aff. Jointes C-295/04 à C-298/04, Manfredi. En droit français, v. Com. 17 mars 2009, n° 08-14503, Bull. civ. IV, n° 39 ; Rev. Lamy Concurrence juillet/septembre 2009, n° 20, p. 31, obs. V. Sélinisky.

³⁹ Ibidem.

se contenter d'apporter la preuve de la chute de leur chiffre d'affaires « puisque [leur] évolution peut être due à des facteurs conjoncturels qui n'ont rien à voir avec la pratique anticoncurrentielle »⁴⁰. Mais elles peuvent fournir au tribunal différents éléments de preuve, comme des expertises privées, des attestations des commissaires aux comptes ou des experts-comptables, des enquêtes menées par des instituts de sondage. Peuvent également intervenir les autorités administratives en qualité d'*amicus curiae*.

Pourtant, il semble que cette palette de moyens de preuve ne suffit pas en pratique. L'une des causes tient sans doute à une spécificité du droit de la concurrence : le droit de la concurrence repose sur le constat d'une asymétrie des informations au détriment de la partie faible. On peut ajouter le coût important que les preuves efficaces, telles que les enquêtes privées, les sondages ou les études statistiques, peuvent représenter pour de petites entreprises qui n'auront pas de certitude sur le remboursement des frais externes induits par cette recherche. On peut également ajouter que le secret des affaires peut constituer un frein à la divulgation de certaines informations sensibles. Cette divulgation pourra permettre parfois de prouver le préjudice mais entraînera par ailleurs un préjudice d'importance égale ou supérieure à l'avenir en révélant aux concurrents des éléments d'une stratégie encore active.

21.- Si le principe veut que « les magistrats ne peuvent suppléer à la carence des parties en matière de preuve du préjudice »⁴¹, il reste cependant des moyens de faciliter sa réparation. Ainsi, les difficultés liées à l'identification du préjudice expliquent la faiblesse des actions privées en réparation du préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Ces obstacles sont dénoncés par les auteurs et les praticiens qui évoquent de nouvelles pistes pour une meilleure réparation des atteintes dues aux violations du droit de la concurrence.

⁴⁰ D. Fasquelle, art. préc.

⁴¹ B. Charlier Bonatti, art. préc.

II. La réparation du préjudice

22.- La spécificité du préjudice en droit de la concurrence explique l'insuffisante réparation de ce dernier et le faible nombre d'actions privées en droit français. Les causes évoquées par la doctrine sont l'absence d'action collective, la durée de la procédure ou encore les difficultés de preuve. Ces problèmes ont été clairement identifiés, notamment par les travaux de la Commission européenne qui, par un Livre vert⁴² dans un premier temps, a repris les diverses critiques faites en matière de réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles afin d'encourager les discussions sur les améliorations à apporter. Cette période de réflexion a été marquée par de nombreuses pistes externes au système continental, qui posent la question de leur réception par ce dernier. Puis, par un Livre blanc⁴³, la Commission a récemment mis l'accent sur les pistes internes qui peuvent être suivies.

A. Les outils externes d'amélioration de la réparation

23.- Dans un premier temps, la doctrine a essentiellement insisté sur deux mécanismes bien connus dans les pays de *common law* pour renforcer l'efficacité de la réparation en droit de la concurrence : les dommages punitifs et les actions de groupe⁴⁴. L'introduction de ces

⁴² Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 19 décembre 2005, COM (2005) 672.

⁴³ Livre blanc, Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final. V. quelques commentaires in Réparation des dommages concurrentiels – Questions d'actualité, Matinée Débats LJA, préc. ; v. également mes actes du colloque organisé par l'Institut de droit comapré de l'Université Paris 2, in Concurrences n° 2-2009, p. 52 et s.

⁴⁴ Une troisième piste est plus rarement évoquée : la procédure de *discovery* qui requiert d'une partie qu'elle divulgue à la partie adverse tous les éléments de preuve pertinents au litige dont elle dispose, que ces éléments lui soient

mécanismes externes soulève cependant des difficultés théoriques et pratiques.

1. Les dommages punitifs

24.- Le déplacement du centre de gravité du droit de la responsabilité civile, tourné vers l'auteur et non plus vers la victime, trouve toute sa mesure en droit de la concurrence. En effet, ce droit a essentiellement pour fonction de sanctionner des comportements comme en attestent les articles 81 et 82 du Traité CE qui n'évoquent pas la réparation du préjudice de la victime. Pour autant, tirer les conséquences de cette situation spécifique en termes civils n'est pas dénué de sens : puisque le comportement est nuisible, il faut le punir, y compris sur le terrain civil.

Ce système répond parfaitement aux exigences de l'analyse économique du droit⁴⁵. Mais l'amende infligée par les autorités de concurrence peut en effet être inférieure au profit réalisé par l'entreprise, du fait notamment du plafonnement légal de cette sanction⁴⁶. Dans cette hypothèse, il faut trouver d'autres moyens de sanctionner cette faute lucrative afin d'assurer la dissuasion. Le droit civil ne connaissant pas ce plafonnement, les dommages et intérêts peuvent remplir ce rôle.

25.- Si le principe de la punition civile est admis, le système peut être décliné, sur les mêmes modes que le droit anglo-saxon. Ainsi, on peut admettre de simples dommages punitifs. Ainsi, le « *waiver of tort* » permet au tribunal de condamner l'auteur de la pratique au montant total de son enrichissement qui peut excéder, dans certaines affaires, la simple

favorables ou défavorables. En Grande Bretagne, un rapport Heilbron/Hodge a en 1993 mis en avant les inconvénients de cette procédure, à savoir les coûts qu'elle génère et l'allongement de la durée du procès qu'elle entraîne. A la suite de ce rapport, la procédure a été simplifiée et les *civil procedure rules*, entrées en vigueur en 1999.

⁴⁵ V. G. Viney, L'appréciation du préjudice, LPA 19 mai 2005, p. 99.

⁴⁶ D. Fasquelle, art. préc.

réparation du dommage causé à la victime »⁴⁷. On peut également prévoir des dommages multiples comme dans le système américain qui prévoit la règle des « *treble damages* ». Cette règle, plus couramment utilisée, prévoit de multiplier par trois le montant du préjudice subi.

En France, l'avant-projet de réforme du droit des obligations propose d'ajouter au principe de la réparation intégrale du préjudice la possibilité pour le juge de condamner à des dommages et intérêts punitifs l'auteur d'une faute manifestement délibérée⁴⁸. Cette décision du juge devrait être spécialement motivée. Mais à ce jour, il ne s'agit que d'un avant-projet.

26.- Quoi qu'il en soit, cette introduction des dommages punitifs dans notre droit soulève deux difficultés. La première tient aux fondements de la responsabilité. Si l'on peut convenir de l'évolution de notre système de responsabilité, qui se tourne de plus en plus du côté de la faute et donc de l'auteur, il est plus difficile de renoncer au système actuel de la réparation intégrale du préjudice. Or, intégrer le système des dommages punitifs revient à bouleverser les fondements de notre droit, voire à les nier⁴⁹.

Par ailleurs, on peut souligner qu'une sanction trop lourde à l'encontre d'un auteur d'une pratique anticoncurrentielle peut être injuste et dangereuse. Elle peut être injuste en ce que les dirigeants de l'entreprise, auteurs « physiques » de l'infraction, peuvent avoir été révoqués et remplacés par de nouveaux dirigeants plus respectueux du

⁴⁷ Ibidem ; v. également S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995, spéc. n° 150.

⁴⁸ Avant-projet élaboré par la Commission présidée par le Professeur P. Catala. V. sur cette proposition, M. Chagny, La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence – Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, JCP G I. 149.

⁴⁹ Pour justifier ces dommages et intérêts punitifs, certains auteurs font fi de la distinction entre droit pénal et droit civil. V. notamment M. Chagny, art. préc., qui fait du droit de la responsabilité civile un « auxiliaire » du droit de la concurrence.

droit de la concurrence. Compte tenu de la longueur des procédures, l'hypothèse est loin d'être théorique. Elle peut également être dangereuse en ce sens que le montant des dommages et intérêts versé aux victimes va venir grever les actifs de l'entreprise qui pourra ainsi être mise en procédure collective, empêchant ainsi celle-ci de respecter ses engagements à l'égard d'autres entreprises⁵⁰. La perspective de procédures en cascades se réalise en pratique, spécialement dans des périodes de crise. D'ailleurs, il faut noter que le système des triples dommages n'est utilisé que dans les cas de fautes les plus graves. Enfin, la pratique montre que certains plaideurs détournent de sa finalité cette règle afin de profiter du système⁵¹.

2. Les actions de groupe

27.- L'introduction des actions de groupe en droit français⁵² est un sujet récurrent depuis une vingtaine d'années. Malgré une volonté politique marquée, les résistances sont fortes du côté du patronat français. Au-delà des polémiques politiciennes, l'introduction de ces actions dans le droit français, et plus largement dans le droit continental, pourrait apporter des améliorations dans la réparation des préjudices des consommateurs. Cette introduction soulève encore des interrogations fondamentales.

28.- L'action de groupe peut être définie comme « une procédure juridique qui autorise un certain nombre de personnes ayant les mêmes

griefs contre un défendeur à les faire valoir par le biais d'une partie agissant à titre de représentant »⁵³. Elle est généralement présentée comme un « mécanisme de régulation des risques »⁵⁴, un instrument de dissuasion. Elle permet de faire des économies tant du côté des ressources judiciaires que de celui des consommateurs. Ce mécanisme est également présenté comme un outil d'efficacité économique « en faisant en sorte que les auteurs de dommages potentiels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence »⁵⁵. En outre, certains y voient un moyen de mettre « les professionnels indécis face à leurs responsabilités et [d'écarter] la suspicion qu'ils font porter sur les autres »⁵⁶. Enfin, dans le cadre général de dépénalisation que connaît aujourd'hui le droit français, l'action de groupe permettrait un meilleur équilibre entre action publique et action privée.

29.- Toutefois, les critiques sont très nombreuses, du fait du dévoiement de ces actions devenant « l'instrument d'un enrichissement indu, voire d'un lynchage médiatique, avant même que la responsabilité réelle d'une entreprise ne soit établie », créant « une véritable industrie du procès »⁵⁷. En outre, les actions de groupe soulèvent des difficultés procédurales en ce qu'elles bousculent certains principes fondamentaux de la procédure⁵⁸.

⁵³ B. Deffains, Les effets bénéfiques des actions de groupe : une approche économique, in *Vers une action de groupe... à la française*, préc., p. 34.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem. V. également M. Chagny et J. Riffault-Silk, Actualité du contentieux des dommages concurrentiels, in *Rencontres Lamy du Droit de la concurrence – La nouvelle Autorité de la concurrence*, 8 décembre 2008, Rev. Lamy Concurrence juillet/septembre 2009, p. 150.

⁵⁶ L. Chatel, Le temps est venu d'introduire l'action de groupe dans notre pays, in *Vers une action de groupe... à la française*, préc., p. 21.

⁵⁷ Ibidem, p. 22.

⁵⁸ V. S. Amrani-Mekki, art. préc. ; V. Magnier, Les règles de procédure, frein ou

⁵⁰ V. notamment S. Amrani-Mekki, Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence – Le point de vue d'un processualiste, *Gaz. Pal.* 24 et 26 mars 2009, p. 5 et 4 ; *Concurrences* n° 4/2008, n° 22090, www.concurrences.com.

⁵¹ D. Fasquelle, art. préc.

⁵² Sur cette question, v. notamment Colloque de Nanterre sur Les actions de groupe - Implications processuelles et substantielles, *Revue Lamy Droit Civil*, 2006/32 ; v. également *Vers une action de groupe... à la française*, *Concurrences* n° 2-2008, *Tendances*, p. 19 et s.

Toute action de groupe n'est pourtant pas condamnée à dériver vers le modèle américain⁵⁹. C'est ce qu'illustre par exemple le droit québécois⁶⁰ qui, de façon générale, par son bi-juridisme, est construit sur un modèle d'intégration et de combinaison des droits de *common law* et continental. La loi du 8 janvier 1978 a introduit en droit québécois le recours collectif tiré du droit anglo-saxon mais la procédure a été conçue afin d'éviter les écueils évoqués. Il s'agit notamment d'un filtre par la Cour supérieure du Québec afin d'éviter les recours déraisonnables. En outre, le Code de procédure civile pose plusieurs conditions à la recevabilité du recours, notamment en termes de composition du groupe et de sérieux des fondements invoqués. De façon générale, le bilan s'avère positif et les dérives « à l'américaine » n'ont pas eu lieu.

30.- Au-delà de la question de la possibilité technique de la greffe, on peut s'interroger sur l'efficacité de telles actions. Si l'on raisonne en terme de dissuasion, il semble que ces actions devraient effectivement avoir un effet positif. En revanche, en terme de réparation, il n'est pas certain que ces actions permettent une indemnisation effective des dommages subis par les consommateurs. En effet, divisé par le nombre de personnes représentées, le montant des dommages et intérêts peut s'avérer relativement faible. De plus, certains effets pervers à l'égard des consommateurs ont été relevés, notamment aux Etats-Unis où, dans certains secteurs à risque, la perspective de réparations élevées s'est traduite par une hausse des primes d'assurance que les entreprises

cadre pour l'action de groupe ?, in Vers une action de groupe... à la française, préc., p. 46. V. aussi le rapport de S. Amrani-Mekki lors de la Conférence internationale « L'efficacité et le droit », préc.

⁵⁹ Pour paraphraser E. Combe, Propos introductifs in Vers une action de groupe... à la française, préc., p. 19.

⁶⁰ G. Goffaux-Callebaut, L'état des procédures de consommation en ligne dans une perspective outre-atlantique, in Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe, Etudes juridiques et techniques, coll. Droit et procédures, 2005, p. 73 ; P.-Cl. Lafond, Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale, RED consomm. 1999. 215.

reportent sur les consommateurs⁶¹. Enfin, faut-il véritablement demander aux consommateurs de tenir le rôle de gardien de l'intérêt général dans le cadre d'une dépénalisation, alors qu'ils ne représentent, au mieux, qu'un intérêt collectif ?

31.- Ainsi, les pistes externes lancées par la doctrine inspirée de la *common law* sont instructives car elles permettent d'envisager l'évolution de notre droit. Toutefois, leur implantation telle quelle dans le droit continental risque d'entraîner soit une dénaturation, soit un rejet. Aussi, des pistes internes doivent être mises en avant.

B. Les outils internes d'amélioration de la réparation

32.- Le Livre vert lancé en 2005 par la Commission européenne a déclenché de nombreuses réactions et propositions, essentiellement d'outils externes, tirés de la *common law*. Mais le Livre blanc du 2 avril 2008 a, quant à lui, rappelé quelques principes directeurs essentiels, conformes à notre droit de la responsabilité civile, qui permettent de privilégier des moyens techniques issus du droit continental pour améliorer la réparation du préjudice subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

1. Les principes directeurs

33.- Dans son Livre blanc relatif aux actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, la Commission a rappelé son objectif, à savoir que toutes les victimes d'infraction au droit communautaire de la concurrence doivent avoir accès à des mécanismes de réparation efficaces leur permettant d'être totalement indemnisées des dommages subis.

Pour ce faire, la Commission affirme un certain nombre de principes directeurs. Le premier d'entre eux est celui de l'indemnisation

⁶¹ L. Chatel, art. préc., p. 22.

intégrale des victimes. Ce premier principe doit permettre, indirectement, de produire un effet dissuasif à l'encontre des entreprises. Le deuxième principe est posé par la Commission lorsqu'elle rappelle que l'action privée doit compléter l'action publique et préserver la fermeté de l'application des articles 81 et 82 du Traité dans la sphère publique. Autrement, ce sont bien deux piliers⁶², public et privé, sur lesquels la sanction des pratiques anticoncurrentielles doit être recherchée.

34.- Un dernier principe affirmé par la Commission est que l'amélioration du système de réparation doit se faire grâce à des mesures équilibrées et enracinées dans la culture et les traditions juridiques européennes. La Commission rejette ainsi de manière claire les propositions trop centrées sur le droit anglo-américain afin d'affirmer la spécificité du droit communautaire. Cette posture n'est pas nouvelle. En effet, dans le domaine du droit des sociétés, la Commission avait en 2003 lancé un plan d'action afin de moderniser le droit des sociétés et d'améliorer la gouvernance des entreprises tout en affirmant la spécificité du droit communautaire par rapport aux droits anglais et américain⁶³. Elle affirmait une vision propre du gouvernement d'entreprise « forgée sur la base de traits culturels et des pratiques des affaires qui lui sont propres ».

35.- Ces trois principes directeurs posés par la Commission traduisent clairement sa volonté de ne pas intégrer tels quels les outils issus de la *common law*, mais de trouver des outils techniques appropriés.

2. Les améliorations du système

36.- La première série de mesures vise à réduire les difficultés liées à la preuve en mettant en place un accès raisonné mais efficace aux preuves.

⁶² V. L. Idot, art. préc.

⁶³ V. G. Goffaux-Callebaut, Le plan d'action de la Commission européenne en droit des sociétés : une approche française, Bull. Joly Sociétés 2003. 997.

Il s'agit d'abord de faciliter la preuve de la faute, notamment en favorisant les passerelles entre les juges de droit commun et les autorités de concurrence. En réalité, ces mécanismes existent déjà, il ne s'agirait que de les exploiter pleinement et de mettre en place de véritables « procédures de coopération et d'échanges d'informations par les juridictions aux autorités de concurrence et réciproquement »⁶⁴. Par ailleurs, la Commission prévoit d'imposer un niveau minimal de divulgation des preuves. Pour autant, le système proposé est très encadré et aucune assimilation avec le système du *discovery* n'est envisageable⁶⁵. Au-delà de ce système, le Médiateur européen a pu récemment considérer que la promotion des actions civiles en réparation pouvait caractériser l'intérêt public supérieur justifiant un accès aux documents de la Commission par application du règlement n° 1049/2001⁶⁶. Mais il ne s'agit là que d'un avis qui n'a pas donné lieu à clarification du législateur communautaire, et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans deux affaires jugées le 11 mars 2009⁶⁷, a confirmé l'application stricte des exceptions au droit d'accès sous l'empire du règlement n° 1049/2001.

Ensuite, s'agissant de la preuve du préjudice, certains auteurs rappellent les potentialités du Code de procédure civile, et notamment l'article 10 qui donne le pouvoir au juge d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, et l'article 11 qui lui accorde le pouvoir d'enjoindre une partie qui détient un élément de preuve à le produire⁶⁸. En droit communautaire, le Livre blanc pose que

⁶⁴ J. Riffault-Silk, Le point de vue des magistrats, in La réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle, colloque préc.

⁶⁵ V. E. Barbier de la Serre, art. préc., p. 115.

⁶⁶ Projet de recommandation du Médiateur européen dans son enquête relative à la plainte 3699/2006/ELB c/ la Commission européenne. V. les observations d'E. Barbier de la Serre, Rev. Lamy Concurrence juillet/septembre 2009, n° 20, p. 73.

⁶⁷ TPICE 11 mars 2009, aff. T-166/05, Borax Europe c/ Commission, et aff. T-121/05, Borax Europe c/ Commission, Rev. Lamy Concurrence juillet/septembre 2009, n° 20, p. 72, obs. E. Barbier de la Serre.

⁶⁸ V. notamment E. Barbier de la Serre, art. préc.

le requérant devra produire « l'ensemble des données factuelles et moyens de preuve qu'il a pu raisonnablement obtenir, pour autant que ces éléments fassent apparaître des raisons plausibles qu'il a subi un dommage imputable à une infraction aux règles de concurrence commise par le défendeur ». Il devra aussi montrer « qu'il n'est pas en mesure, en dépit des efforts que l'on peut raisonnablement attendre de lui, de produire les preuves requises par d'autres voies ». Sous ces réserves et à condition qu'il ait bien délimité la catégorie de preuve et que cette dernière soit nécessaire, il pourra obtenir une mesure de divulgation. Il est vrai que ces mesures prennent tout leur sens en droit de la concurrence, que l'action soit menée par une entreprise concurrente ou par des consommateurs puisque, dans les deux cas, l'asymétrie en termes d'informations est généralement avérée. A cet égard, l'arrêt Laboratoires Boiron, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 7 septembre 2006⁶⁹ a posé une solution particulière afin d'assurer le respect du principe d'effectivité. En effet, si le juge national constate que l'administration de la preuve est impossible ou extrêmement difficile, il doit avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition. Toutefois, en droit français, il est vrai que l'article 146 du Code de procédure civile dispose qu'« en aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve » et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 16 octobre 2003⁷⁰, que la loi laisse au juge un pouvoir discrétionnaire pour ordonner ou non la production d'un élément de preuve détenu par une partie et que le juge n'est pas tenu de s'expliquer sur une telle demande. Ainsi, une plus grande ouverture des juges français apparaît nécessaire pour assurer l'efficacité de ces outils procéduraux.

Enfin, il faut faciliter la preuve du préjudice et du lien de causalité,

⁶⁹ CJCE 7 septembre 2006, aff. C-526/04, Laboratoires Boiron, Rec. CJCE, I, p. 7529. Cet arrêt rendu en matière d'aides d'Etat peut tout à fait être transposé aux actions en réparation de dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles.

⁷⁰ Civ. 2, 16 octobre 2003, n° 01-13770, Bull. civ. II, n° 370.

voire les présumer⁷¹. Pour justifier cette proposition, le parallèle est fait avec l'action en concurrence déloyale, action fondée en droit français sur les principes généraux de la responsabilité civile⁷². En effet, dans ce cadre, la preuve du préjudice est assouplie à tel point que certains considèrent qu'en la matière, la jurisprudence « donne parfois l'impression de s'affranchir de la nécessité d'un préjudice »⁷³. En outre, « en matière de concurrence déloyale, la tendance de la jurisprudence est de déduire le dommage de l'existence de la faute »⁷⁴. Il est vrai qu'il s'agit là d'une action visant uniquement la réparation alors que, s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, l'objectif principal est de sanctionner l'auteur de la pratique anticoncurrentielle⁷⁵. Mais, précisément, s'il s'agit de renforcer la réparation des préjudices, un tel rapprochement se justifie pleinement.

37.- Une deuxième série d'améliorations passe par un renforcement des procédures d'audition des sachants, conformément aux articles 199, 27 et 179 du Code de Procédure civile, et par une utilisation généralisée de l'*amicus curiae*. Cette pratique consiste pour la juridiction saisie de prier « une personne possédant connaissance et expérience du domaine concerné d'éclairer les juges en leur apportant les éléments de droit ou de fait nécessaires à la solution du litige »⁷⁶. Cet *amicus curiae* existe déjà en France et en Europe⁷⁷. A cet égard, il faut noter que, par un arrêt du 11

⁷¹ V. notamment F. Dupuis-Toubol, Action civile en matière de pratiques anticoncurrentielles : éléments de problématique, in La réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle, colloque préc.

⁷² A la différence du droit japonais qui condamne ces pratiques de concurrence déloyale par une loi spéciale du 19 mai 1993, réformant une loi de 1934. V. sur ce point N. Kanayama et A. Omura, La concurrence déloyale au Japon, à paraître Journées Capitant.

⁷³ L. Cadet, art. préc., p. 48.

⁷⁴ D. Fasquelle, art. préc., et les arrêts cités note 62.

⁷⁵ D. Fasquelle, art. préc.

⁷⁶ J. Riffault-Silk, préc.

⁷⁷ V. notamment le système anglais, v. J. Riffault-Silk, préc.

juin 2009, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que la Commission pouvait intervenir comme *amicus curiae* dans le cadre d'une procédure nationale à l'unique condition de l'application cohérente des articles 81 et 82 du Traité CE⁷⁸. Non seulement, cela englobe les difficultés d'application de ces textes mais il s'agit également de veiller à « la logique, l'intelligibilité et l'efficacité du système des règles communautaires »⁷⁹. Ainsi, le domaine de l'intervention de la Commission comme *amicus curiae* est très large. Il s'agirait donc de renforcer le mécanisme.

Cette mesure peut en outre être complétée par les saisines pour avis ou questions préjudicielles⁸⁰, qui existent déjà mais qui pourraient être développées pour améliorer la réparation des préjudices issus des pratiques anticoncurrentielles.

38.- Une troisième série de mesures concerne les pouvoirs du juge. Il s'agit d'abord de « mieux utiliser le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond »⁸¹. Il faut cependant rappeler que le pouvoir souverain du juge s'inscrit dans un cadre légal bien défini, ici celui de l'article 1382 du Code civil. Il est également rappelé au juge que « la certitude du préjudice doit être raisonnable et non absolue »⁸², ce qui devrait faciliter leur tâche dans la reconnaissance de ce préjudice. Enfin, les magistrats devraient mieux rembourser les frais de procédure qui, pour les litiges de concurrence, peuvent être élevés compte tenu des moyens de preuve à mettre en œuvre.

39.- Ainsi, il apparaît effectivement que les préjudices issus de pratiques anticoncurrentielles sont mal pris en compte, parce que leur

identification est malaisée et la preuve difficile à rapporter. Mais, si notre système manque d'efficacité, il ne manque pas de cohérence et il reflète en partie la culture française qui n'est pas celle du procès. Ainsi, pour améliorer le système, les mécanismes issus du droit anglo-saxon peuvent constituer des pistes de réflexion, mais ils ne peuvent pas être transplantés tels quels. La greffe ne prendrait pas.

⁷⁸ CJCE 11 juin 2009, aff. C-429/07, Inspecteur van de Belastingdienst, CCC juillet 2009, n° 199, note G. Decocq.

⁷⁹ G. Decocq, note préc.

⁸⁰ F. Dupuis-Toubol, préc.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.