



Faculté de droit et de criminologie (DRT)

# La réparation intégrale du préjudice issu d'infractions au droit européen de la concurrence :

*Passing-on defence*, détermination et quantification du préjudice réel

Mémoire réalisé par

**OLIVERIO Michaël**

Promoteur

**Pr. CULOT Henri**

Année académique 2016-2017

**Master en droit**





---

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)



## **Abstract**

*A l'heure actuelle, les entreprises coupables d'entorses au droit de la concurrence se voient essentiellement infliger des sanctions « publiques » émanant de la Commission ou des ANC. Dans un Livre vert de 2005, suivi d'un Livre blanc de 2008, la Commission européenne rappelait toutefois l'importance du droit de la victime de pratiques anticoncurrentielles à obtenir la réparation intégrale de son préjudice, tout en pointant les obstacles, tant formels que matériels, inscrits dans les systèmes internes des Etats membres. Restait dès lors à lever ces divers obstacles, parmi lesquels les problématiques de la détermination du préjudice réel, de sa quantification et de la répercussion des surcoûts. C'est une des ambitions de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, et ce via l'apport de trois instruments juridiques fondamentaux : la consécration du passing-on defence, l'instauration d'une présomption de préjudice résultant d'une entente et l'octroi au juge national d'un pouvoir de quantification du préjudice subi. La question qui se pose immanquablement est celle de savoir si, par ces nouveautés, l'UE offre réellement aux Etats membres et à leurs entreprises victimes d'une entente illicite ou d'un abus de position dominante, la possibilité d'obtenir une réparation intégrale, réelle et effective du préjudice subi. C'est sous l'angle d'une analyse approfondie de ces concepts, ainsi que par le prisme d'une méthodologie comparative consistant à épinglez les différents obstacles existants et à les confronter aux solutions apportées par la directive, que nous abordons la problématique. Il apparaît dès lors que si, tant la directive « action privée » que l'introduction d'une action de groupe dans le droit national, offrent des avancées indéniables en matière de réparation, des questionnements pratiques et juridiques subsistent malgré tout, tels la légitimité du pouvoir exorbitant du juge pour quantifier le préjudice au regard du droit à un procès équitable, ou encore l'impact potentiel du passing-on defence sur l'incitation à l'action en réparation dès lors que ce dernier complexifie le processus d'estimation du montant d'une part, et, d'autre part, implique une réparation « partagée » entre victimes directes et indirectes se substituant à une réparation exclusive.*

## Introduction

Le 26 novembre 2014 a été adoptée une directive européenne relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions au droit de la concurrence<sup>1</sup>. Cette directive fait suite à un constat : les victimes de pratiques anticoncurrentielles obtenant réparation de leur préjudice sont peu nombreuses<sup>2</sup>, et ce en raison de différents obstacles de droit interne aux Etats membres et épinglés par la Commission européenne<sup>3</sup> dans un Livre vert de 2005<sup>4</sup> puis dans Livre blanc de 2008<sup>5</sup>. Pour arriver à ce constat, une étude avait préalablement été réalisée pour le compte de la Commission par le cabinet d'avocats Ashurst<sup>6</sup>. Le droit à la réparation du dommage causé par une concurrence faussée est pourtant consacré par la jurisprudence européenne depuis les deux célèbres arrêts de principe *Courage*<sup>7</sup> et *Manfredi*<sup>8</sup>. Les deux livres formulent ainsi des propositions afin de lever ces différents obstacles. La directive vient donner une pleine effectivité à ces propositions, certains instruments consacrés par celle-ci existant néanmoins d'ores et déjà dans les ordres juridiques internes aux Etats membres.

Le présent mémoire portera sur la réparation du préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles, et plus précisément sur la problématique de la détermination et de la quantification du préjudice à réparer, notamment dans l'hypothèse – très fréquente – d'une répercussion du surcoût subi par la victime directe de la pratique sur ses propres clients (victimes indirectes). Nous n'aborderons donc pas ici les dispositions de la directive qui favorisent l'accès à une action en dommages et intérêts telles que les règles relatives à la

---

<sup>1</sup> Par la suite, la directive.

<sup>2</sup> PRIETO C., BOSCO D., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, p. 1406.

<sup>3</sup> Par la suite, la Commission.

<sup>4</sup> Comm. eur., *Livre vert du 20 décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*.

<sup>5</sup> Comm. eur., *Livre blanc du 02 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*.

<sup>6</sup> ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, comparative report, 31 août 2004.

<sup>7</sup> C.J.C.E., 20 février 2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan*, C-453/99.

<sup>8</sup> C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi c/ Lloyd Adriaticu Assicurazioni SpA*, C-295/04.

prescription, ni certains aspects procéduraux tels que les règles relatives à la production de preuve, mais nous focaliserons sur le principe de la réparation intégrale du préjudice<sup>9</sup> (*Restitutio in integrum*), lequel implique l'existence de mécanismes permettant de déterminer et de quantifier ce préjudice. A cet effet, la directive consacre une présomption réfragable de *passing-on*<sup>10</sup>, laquelle était préconisée par la Commission en vue d'éviter « *l'enrichissement sans cause des acheteurs qui ont répercuté le surcoût* »<sup>11</sup> sur leurs propres clients, ainsi qu'une « *réparation multiple injustifiée, par le défendeur, pour les surcoûts illégaux imposés* »<sup>12</sup>. Elle instaure également une présomption, elle aussi réfragable, de préjudice résultant d'une entente<sup>13</sup> et confère enfin au juge national le pouvoir de quantifier le préjudice lorsqu'il est « *pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles* »<sup>14</sup>.

Ce sont ces mécanismes qui seront ici étudiés, en vue de répondre à la question-objet de ce mémoire, celle de savoir si la directive offre de réelles avancées en la matière et si, partant, l'action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence permettra, à l'avenir, une réparation réelle, intégrale et effective du préjudice.

Après avoir, au cours d'un titre préliminaire, brièvement situé l'apparition et la place d'un *private enforcement* au sein du droit européen de la concurrence, défini la notion de « réparation intégrale » et évoqué l'apparition récente d'une sorte de *class action* à la sauce européenne<sup>15</sup>, laquelle jouera un rôle déterminant dans la réparation du préjudice qui nous préoccupe, nous aborderons le premier mécanisme qui nous intéresse : celui de *passing-on defence* (Titre I). Nous distinguerons à cette occasion le *passing-on* défensif, qui constitue un moyen de défense de l'auteur de l'infraction lui permettant d'invoquer la répercussion de l'augmentation du prix par son client direct sur ses propres clients, du *passing-on* offensif permettant à l'acheteur indirect – véritable victime de la pratique anticoncurrentielle – d'obtenir

---

<sup>9</sup> Art. 13 de la directive.

<sup>10</sup> Art. 12 et s. de la directive.

<sup>11</sup> Comm. eur., *Livre blanc, op. cit.*, point 2.6 : « Répercussion des surcoûts ».

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Art. 17, 2 de la directive.

<sup>14</sup> Art.17, 1. de la directive.

<sup>15</sup> Centre européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : Une volonté européenne*, [https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user\\_upload/cec-zev/PDF/documentation/etudes/Etude\\_action\\_de\\_groupe.pdf](https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/cec-zev/PDF/documentation/etudes/Etude_action_de_groupe.pdf). ; Comm. eur., *Recommandation du 11 juin 2013* : « La Commission recommande aux Etats membres de se faire doter de mécanismes de recours collectifs pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice ».

la réparation de son préjudice<sup>16</sup>. Nous verrons également que si le principe du *passing-on defence* présente d'indéniables avantages, il n'est toutefois pas sans limites et suscite en outre quelques critiques<sup>17</sup>. Nous clôturerons ce sujet par l'analyse de la reconnaissance du principe et de sa consécration européenne au titre de présomption, ainsi que de l'effectivité qui lui est conférée *de facto* par l'introduction d'un recours collectif dans les procédures nationales.

Dans un second temps, nous nous pencherons sur la question de la détermination et de la quantification du préjudice proprement dites (Titre II). Concernant sa détermination, nous nous focaliserons essentiellement la nouvelle présomption de préjudice résultant d'une entente. En effet, il suffira désormais pour la victime de l'infraction de faire qualifier la pratique d'entente anticoncurrentielle et d'établir un lien de causalité pour obtenir réparation, sans devoir démontrer l'existence d'un préjudice. Celui-ci sera présumé, à charge pour l'auteur d'apporter la preuve contraire<sup>18</sup>. Concernant enfin sa quantification, problématique pour le moins délicate, nous en évoquerons les différentes méthodes ainsi que les difficultés qu'elles suscitent, avant de nous pencher sur nouvelle compétence conférée au juge national par la directive : celle de l'estimation du montant<sup>19</sup>.

Nous clôturerons enfin notre exposé en tentant de réponse à la question dont fait l'objet le présent écrit : la directive apporte-t-elle de réelles avancées en la matière (Titre III) ?

---

<sup>16</sup> JAUMARD J.-L., « De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defence » pour les consommateurs victimes », in *Le Concurrentialiste, Chroniques de droit économique*, 2012 ; COMBE E., SIMIC I., ROSATI F., « Le Passing-on defence » in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n° 4-2011, pp. 1-8.

<sup>17</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Hanover Shoe & Co c/ United Shoe Machinery Corporation*, 1968.

<sup>18</sup> HUBERT P., « La Directive sur les actions en réparation du fait d'infractions au droit de la concurrence : quelles perspectives ? », 2014, pp. 3-4, <https://www.cliffordchance.com/home.html>.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 3.

## Titre liminaire

### L'action en dommages et intérêts fondée sur des infractions au droit de la concurrence

#### Section I : Un *Private enforcement* en droit européen de la concurrence

« La pleine efficacité de l'article 81 du TCE [101 TFUE] et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »<sup>20</sup>.

Ce principe fondamental a été consacré par la Cour de Justice dans son arrêt *Courage* précité. Toute personne, physique ou morale<sup>21</sup>, victime d'une infraction au droit de la concurrence est donc en droit d'obtenir la réparation du préjudice subi. L'Union européenne elle-même, en tant que personne morale, est également fondée à agir en réparation lorsqu'elle est victime d'une pratique anticoncurrentielle<sup>22</sup>.

Cet arrêt, suivi d'une jurisprudence constante en ce sens<sup>23</sup>, ouvre ainsi la voie à l'apparition, au niveau européen, d'une procédure « privée », en parallèle de l'action « publique » menée par la Commission et les autorités nationales de concurrence<sup>24</sup>. Jusqu'alors, ces actions en réparation étaient en effet du ressort exclusif des règles de droit de la responsabilité civile propre à chaque Etat membre, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité. L'Union européenne a de ce fait longtemps « ignoré » la

<sup>20</sup> C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Courage c/ Crehan*, C-453/99, Recueil 2001, I 6297.

<sup>21</sup> C.J.U.E., 05 juin 2014, *Kone c/ OBB – Infrastruktur*, C-557/12.

<sup>22</sup> C.J.U.E., 06 novembre 2012, *Commission européenne c/ Otis*, C-199/11.

<sup>23</sup> C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi*, *op. cit.*, C.J.C.E. 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, C-360/09 ; C.J.U.E., 06 juin 2013, *Donau Chemie*, C-536/11.

<sup>24</sup> Par la suite :ANC.

problématique du *private enforcement* au profit d'un *public enforcement* mené par la Commission et les ANC, et dont l'objectif premier est de garantir le bon fonctionnement du marché et le respect des articles 101 et 102 du TFUE. « *Le droit de la concurrence protègeait la concurrence, pas les concurrents* »<sup>25</sup>.

Cependant, l'Union européenne a peu à peu pris conscience du rôle essentiel que pourrait jouer l'action privée en droit de la concurrence<sup>26</sup>, tant d'un point de vue dissuasif (A), conformément à son objectif de protection du droit positif, que d'un point de vue réparateur (B), en parfaite cohérence avec sa jurisprudence antérieure, laquelle mettait l'accent sur le rôle de protecteurs de droits subjectifs qui est conféré aux juges nationaux<sup>27</sup>. Forte de cette double prise de conscience, entérinée par l'arrêt *Courage*, la Commission publiera en 2005 son Livre vert, suivi en 2008 par son Livre blanc, dans lesquels elle expose notamment les principaux obstacles au développement de l'action privée en matière concurrentielle (C). Le « paquet *private enforcement* » de 2013 aboutira, en 2014, à la consécration de l'action en réparation d'un préjudice issu de pratiques anticoncurrentielles par la directive qui nous intéresse (D).

#### A. Le *private enforcement* : un objectif dissuasif

Dissuader les entreprises de fausser le jeu de la concurrence via des sanctions pécuniaires n'est pas l'apanage des autorités publiques que sont la Commission et les ANC. Si leur action en ce domaine reste incontestablement fondamentale<sup>28</sup>, les acteurs privés peuvent également, par le truchement d'actions en dommages-intérêts, jouer le rôle de « *vigiles du droit communautaire* »<sup>29</sup>. Vu sous cet angle, la sanction civile, plutôt qu'un instrument réparateur de

---

<sup>25</sup> LUCAS DE LEYSSAC C., « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », in *LPA*, 20 janvier 2005, p. 1965.

<sup>26</sup> IDOT L., « Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *RDC*, 2013 p.1381.

<sup>27</sup> C.J.C.E., 09 février 1978, arrêt *Simmmenthal*, , 106/77, §16.

<sup>28</sup> Comme en témoigne le document suivant : Comm. eur., *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, a), du règlement (CE) n° 1/2003*, 1<sup>er</sup> septembre 2006.

<sup>29</sup> GRANGEON Julie, *La réparation du dommage concurrentiel saisie par le droit de l'Union européenne. Approche comparative*, Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de droit, Equipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185, Lyon, 2014, p.26. ; Voy. aussi Conseil de la Concurrence français, *Avis du 21 septembre 2006* ; LASSERRE-KIESOW V, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2116 s.

préjudice, devient alors un véritable « *instrument régulateur de l'économie de marché* »<sup>30</sup>, œuvrant à la sauvegarde de « *l'ordre public concurrentiel* »<sup>31</sup>.

## B. Le private enforcement : un objectif réparateur

Il ne faut évidemment pas perdre de vue que l'objectif premier du *private enforcement* (du moins en théorie), est d'indemniser la victime du comportement anticoncurrentiel. Il s'agit par conséquent de replacer celle-ci dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de préjudice.

Jusqu'alors, les victimes d'une pratique anticoncurrentielles étaient fondées à intenter une action en réparation du dommage subi, devant leur juge national, selon les procédures civiles propres à leurs ordres juridiques respectifs. Sous cet aspect, le droit de la concurrence ne différait en rien du droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, dans les systèmes belge et français, c'est l'article 1382 des Codes civils respectifs qui était d'application, avec ses exigences bien connues que sont l'établissement d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal. En Italie, ce sont les articles 2043 s. du Code civil qui étaient de mise. Etc.

Toutefois, de par sa nature même, le droit de la concurrence ne saurait se satisfaire du seul droit commun. Outre le fait que certaines de ces procédures étatiques sont inconciliables avec le droit de l'Union<sup>32</sup>, les difficultés propres au droit de la concurrence s'accommodent difficilement des exigences de la procédure civile. Ainsi, la Commission pointait déjà dans son Livre vert la difficulté de prouver la faute, « *notamment lorsqu'il n'y a pas eu auparavant une décision d'une autorité de la concurrence établissant l'existence* »<sup>33</sup> de ladite faute. Or, on le sait, l'établissement de la faute est une exigence majeure des procédures civiles belge et française, entre autres. Quant au préjudice, notre droit de la responsabilité civile enseigne

---

<sup>30</sup> CANIVET G., « L'expertise en droit de la concurrence », in *L'Expertise*, Dalloz, 1995, pp.51-53 ; Voy. également en ce sens de LANZAC P., HOCHART J., « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », in *JCP G*, n° 38, 2013.

<sup>31</sup> HOMOBONO N., « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n° 3-2013, p. 6.

<sup>32</sup> Citons à titre d'exemple C.J.U.E., 5 juin 2014, *Konec c/ OBB-infrastruktur*, C-557/12, arrêt dans lequel la Cour a soulevé l'incompatibilité de l'article 1295 du Code civil autrichien avec le droit de l'Union, au motif que la procédure en réparation contenue dans cet article imposait, pour l'obtention de cette réparation, un lien contractuel direct entre les contrevenants et la victime.

<sup>33</sup> Comm. eur., *Livre vert*, *op. cit.*

traditionnellement qu'il doit être direct, actuel et certain. Or, en droit de la concurrence, en fonction de leur place dans la chaîne de distribution, les victimes sont bien souvent lésées de manière indirecte<sup>34</sup>. Ce préjudice n'est pas non plus toujours facilement démontrable avec certitude. Il arrive en effet que les tribunaux le déterminent sur une base purement hypothétique<sup>35</sup>. Enfin, le caractère actuel du préjudice est également sujet à discussion en droit de la concurrence, dès lors que ce dernier a pu évoluer avec le marché entre le moment de la condamnation publique et l'appréciation du préjudice lors du jugement « privé »<sup>36</sup>.

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît évident que des aménagements au droit commun de la responsabilité civile vont devoir être apportés en matières d'infractions au droit de la concurrence, tenant compte des spécificités propres à ce contentieux.

### C. Le private enforcement : difficultés

Comme déjà précisé *supra*, la *ratio legis* de l'intervention européenne dans le contentieux privé de la concurrence est issue du constat du faible nombre d'actions en dommages et intérêts initiées par des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les motifs de ce faible engouement sont dans un premier temps d'ordre « sociétal ». L'esprit européen a en effet toujours privilégié le *public enforcement* et les sanctions publiques consistant en de lourdes amendes. Nous avons tous à l'esprit les millions d'euros d'amendes infligés à plusieurs reprises par la Commission à *Microsoft*. Cette conception publique du contentieux concurrentiel est à l'inverse de la vision américaine, laquelle a toujours accordé une place prépondérante à l'action privée. A titre exemplatif, en 2006, les Etats européens comptaient seulement 10% d'actions privées contre 90% d'actions publiques, la tendance étant parfaitement inverse aux Etats-Unis : 90% d'actions privées contre 10% d'actions publiques<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> C'est notamment le cas des consommateurs finaux, victimes indirectes de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle.

<sup>35</sup> CHARTOUNY A., *Les rôles respectifs du « public enforcement » et du « private enforcement » en droit de la concurrence. Etude comparée Etats-Unis/Europe*, Mémoire rédigé sous la direction de Louis VOGEL, Université Panthéon-Assas, Institut de droit comparé, 2013, p.40.

<sup>36</sup> JUSTIER S., « 3 questions : droit de la concurrence et private enforcement », in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 23, 07 juin 2012.

<sup>37</sup> ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, *op cit.* ; RIFFAULT-SILK J., « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », in *RLC*, n° 6, 200 ; SCHULZE R., *Compensation of private losses : the evolution of torts in European business law*, European Law Publishers, 2011, p.157.

Mais les différences de mentalités ne pourraient à elles seules justifier ce faible nombre d'actions privées. D'autres raisons essentielles sont à chercher dans une série d'obstacles 'pratico-juridiques' qui découragent bien souvent les victimes à chercher à obtenir la réparation de leur préjudice. Ces obstacles ont été listés par la Commission dans son Livre vert et catégorisés par la doctrine. Il s'agit d'obstacles liés à la problématique de la preuve, « *cauchemar actuel des rares entreprises s'étant lancées dans de telles procédures*<sup>38</sup> ; d'obstacles issus de l'incompatibilité du droit de la concurrence avec les procédures civiles étatiques telle que relatée *supra* ; d'obstacles d'ordre pratique tels que la problématique de la détermination et la quantification du préjudice à réparer<sup>39</sup> ou encore celle des délais de prescription différents d'un Etat à l'autre ; et enfin d'obstacles d'ordre financier. Nous reviendrons plus en détails sur cette dernière catégorie par la suite, lorsque nous nous intéresserons à l'introduction de l'action de groupe au sein des Etats membres. En effet, pour contrer cette difficulté d'ordre financier, nous verrons que l'action de groupe s'avère être une arme potentiellement très efficace, raison pour laquelle la Commission encourage vivement les Etats membres à se doter de ce mécanisme procédural<sup>40</sup>.

#### D. Le *private enforcement* : un « paquet » suivi d'une directive

Désormais consciente de l'importance de l'action privée en droit de la concurrence ainsi que des divers obstacles qu'il convient de lever afin de donner une pleine effectivité à cette action, la Commission a publié, en 2013, ce qu'on a appelé le « paquet *private enforcement* »<sup>41</sup>, composé de cinq documents que sont :

- Une proposition de directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne<sup>42</sup> ;

---

<sup>38</sup> LEONARD T., « Violation de la concurrence et dommages et intérêts : une réparation bientôt plus aisée », in *Droit et technologies*, 2015, <http://www.droit-technologie.org/actuality-1696/violation-de-la-concurrence-et-dommages-et-interets-une-reparation-b.html>.

<sup>39</sup> Cfr *infra*, Titre II.

<sup>40</sup> Cfr *infra*, §3.

<sup>41</sup> REYMOND D., *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat soutenue le 08 juillet 2014, sous la direction de Mme Laurence IDOT, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé ; AMARO R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles – Etude des contentieux autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014, p. 50.

<sup>42</sup> <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

- Une communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>43</sup> ;
- Un guide pratique accompagnant ladite communication<sup>44</sup> ;
- Une communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions « vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs »<sup>45</sup> ;
- Une recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union<sup>46</sup>.

Enfin, ces nombreuses réflexions relatives au contentieux privé de la concurrence ont finalement mené à l'adoption de la directive<sup>47</sup>, dont les dispositions tiennent compte, tant que faire se peut, des directions fournies par la Commission. Dans le cadre du présent mémoire seront donc analysées les dispositions de la directive spécifiques au principe de la réparation intégrale. Notre réflexion ira toutefois au-delà des seules dispositions figurant dans la directive, dans la mesure où celle-ci n'en comporte aucune relative à l'action de groupe. Or, nous le verrons, l'importance de cette dernière en la matière est telle qu'on ne pourrait raisonnablement pas en faire l'économie. En effet, un mécanisme tel que le *passing-on defence* par exemple, ne saurait être appréhendé sans avoir à l'esprit que c'est l'action de groupe qui pourra lui donner une pleine effectivité en incitant les victimes indirectes frileuses à tenter une action en réparation à l'intermédiaire d'une association protectrice des consommateurs.

---

<sup>43</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0613%2804%29>.

<sup>44</sup> [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf).

<sup>45</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52013DC0401>.

<sup>46</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32013H0396>.

<sup>47</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>.

## **Section II : La réparation intégrale : « Tout le préjudice, rien que le préjudice »**

Le droit à la réparation intégrale, martelé à de multiples reprises par les instances européennes, tant au niveau de la jurisprudence de la Cour que des actes de *soft law* précités émis par la Commission, est consacré par la directive en son article 3 :

*« 1. Les États membres veillent à ce que toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice.*

*2. La réparation intégrale du préjudice consiste à replacer une personne ayant subi un tel préjudice dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Elle couvre dès lors le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts.*

*3. La réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts ».*

Le libellé de cet article est, on le perçoit d'emblée, parfaitement fidèle aux diverses réflexions menées par l'Union antérieurement à la directive<sup>48</sup>. Il s'agit de réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Cela signifie, et l'article 3 est sans équivoque à cet égard, que tant les pertes que le manque à gagner doivent être compensés, mais qu'à l'inverse, aucun intérêt dit « punitif », sanction si chère au système américain (*treble damage*)<sup>49</sup>, ne peut être infligé.

**§ 1 : « Tout le préjudice... »**

---

<sup>48</sup> Cfr, supra section I.

<sup>49</sup> *Clayton Antitrust Act*, 1914, art. 4.

Le préjudice subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles est généralement, voire exclusivement, un préjudice économique, tel que défini par le Professeur Laurent AYNES<sup>50</sup>, à savoir « *le pure economic loss, qui s'identifie à la perte pécuniaire indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens de la victime* »<sup>51</sup>. Cette notion de perte est en réalité plus large que la simple perte concrètement subie. Dans son arrêt *Manfredi* précité, la Cour affirme en effet que « *la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (damnum emergens) mais également du manque à gagner (lucrum cessans), ainsi que le paiement d'intérêts* »<sup>52</sup>.

Notons que l'article 3 de la directive reste assez opaque concernant la perte de chance. Toutefois, on le retrouve de manière non équivoque en son considérant 13 *in fine* : « *Sans préjudice de la réparation de la perte d'une chance, la réparation intégrale dans le cadre de la présente directive ne devrait pas aboutir à une réparation excessive, que ce soit à travers des dommages et intérêts punitifs, multiples ou autres* ».

S'agissant du *lucrum cessans*, il était déjà reconnu dans une grande partie des Etats membres. Il est toutefois intéressant de noter que certains Etats y sont plus réticents que d'autres. Ainsi, « *à la différence de la conception française du préjudice, le système juridique britannique est plus réticent à admettre une indemnisation pour la perte d'une chance de gain* »<sup>53</sup>. Des intérêts peuvent également être calculés, conformément aux droits civils de la plupart des Etats membres.

En son article 11, la directive prévoit une responsabilité solidaire des participants à une entente illicite. Bien que cela ne constitue pas sa finalité première, cette disposition participe également, de manière indirecte, au principe de la réparation intégrale, en ce que la victime pourra se retourner contre l'entreprise de son choix, le cas échéant la plus solvable, afin d'être certaine d'obtenir la totalité de sa créance. Et par conséquent une réparation intégrale.

---

<sup>50</sup> Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne, avocat et arbitre français.

<sup>51</sup> AYNES L., « La réparation du préjudice économique. Quelques données juridiques » in *Conférence de la Cour de Cassation 2007 « Risques, assurances, responsabilités »*, 26 avril 2007, p. 1. [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/26-04-2007/26-04-2006\\_aynes.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/26-04-2007/26-04-2006_aynes.pdf) ; LAPOYADE DESCHAMPS, *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, R.T.D.C. 1998, pp. 367 – 381.

<sup>52</sup> Point 95 de l'arrêt.

<sup>53</sup> GRANGEON Julie, *La réparation du dommage concurrentiel saisie par le droit de l'Union européenne. Approche comparative*, *op. cit.*, p. 35.

Cette responsabilité solidaire existait déjà en droit allemand. Elle est prévue aux paragraphes 830 et 404 BGB<sup>54</sup> et réaffirmée par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt de la Cour fédérale dit *ORWI*, ci-après plus amplement étudié<sup>55</sup>. Elle existait également en Italie, à l'article 2055, al. 1<sup>er</sup> du Code civil. Seules les dérogations à cette solidarité prévues aux paragraphes 2 et 4 de l'article 11 de la directive, paragraphes relatifs aux cas des PME et des bénéficiaires d'immunité ou de clémence<sup>56</sup>, nécessiteront une transposition adaptée en droit italien. En France et en Belgique, elle existe également sous la forme prétorienne de la responsabilité *in solidum*. En effet, si aucune disposition légale ne prévoit de solidarité en la matière, les juges belges et français ont la faculté d'établir que la participation, fût-elle minime, d'une des parties à l'infraction, a joué un rôle prépondérant de sorte que, sans cette participation, le préjudice n'aurait pas eu lieu, ou du moins pas de manière aussi conséquente.

## §2 : « ... rien que le préjudice »

Considérés comme contraire à l'ordre public dans la majorité des Etats membres, les intérêts dits punitifs, typiques du droit américain, sont expressément prohibés par l'article 3 de la directive, lequel stipule que la réparation intégrale « *n'entraîne pas de réparation excessive,*

---

<sup>54</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch*. Il s'agit du Code civil allemand.

<sup>55</sup> BIEN F., « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n° 2-2015, p. 15.

<sup>56</sup> « 2. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres veillent à ce que, sans préjudice du droit à réparation intégrale prévu à l'article 3, lorsque l'auteur de l'infraction est une petite ou moyenne entreprise (PME) au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission [\(8\)](#), il n'est responsable qu'à l'égard de ses propres acheteurs directs et indirects lorsque:

a) sa part de marché sur le marché concerné est inférieure à 5 % à quelque moment que ce soit de la durée de l'infraction au droit de la concurrence; et

b) l'application des règles habituelles de la responsabilité solidaire compromettrait irrémédiablement la viabilité économique de l'entreprise concernée et ferait perdre toute valeur à ses actifs.<sup>3</sup> La dérogation prévue au paragraphe 2 ne s'applique pas lorsque:

a) la PME a été l'instigatrice de l'infraction au droit de la concurrence ou a contraint d'autres entreprises à participer à celle-ci; ou

b) la PME a précédemment été convaincue d'infraction au droit de la concurrence.<sup>4</sup> Par dérogation au paragraphe 1, les États membres veillent à ce que les bénéficiaires d'une immunité soient solidairement responsables du préjudice comme suit:

a) à l'égard de leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects; et

b) à l'égard d'autres parties lésées uniquement lorsqu'une réparation intégrale ne peut être obtenue auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction au droit de la concurrence. Les États membres veillent à ce que tout délai de prescription applicable aux cas visés au présent paragraphe soit raisonnable et suffisant pour permettre aux parties lésées d'introduire de telles actions ».

*que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts »<sup>57</sup>.*

Il convient toutefois de préciser que l'évolution du droit européen tend vers un regard de plus en plus favorable aux intérêts punitifs, se rapprochant ainsi *mutatis mutandis* du modèle américain, en faisant du contentieux subjectif un axe complémentaire à l'action objective menée par la Commission et les ANC. Plusieurs voix s'élèvent en effet en ce sens<sup>58</sup>. En France, un avant-projet de réforme du droit des obligations<sup>59</sup> mettait en exergue cette évolution de manière on ne peut plus claire, dès lors qu'il prévoyait de la consacrer dans le Code civil. Les Professeurs Muriel CHAGNY<sup>60</sup> et Suzanne CARVAL<sup>61</sup> regrettent que la directive n'ait pas été dans ce sens, « *dans la mesure où la plupart des infractions concurrentielles relèvent de la catégorie des fautes dites « lucratives », pour lesquelles les dommages-intérêts punitifs semblent particulièrement bien adaptés »<sup>62</sup>. Toujours est-il que, dans la pratique, il n'est pas rare de voir certains juges évaluer à la hausse certains préjudices, donnant ainsi au contentieux réparateur « *une coloration punitive »<sup>63</sup> contraire au prescrit de l'article 3 de la directive. Il n'est dès lors pas interdit de penser que les juges pourront, à l'avenir, nonobstant l'interdiction expresse de la directive, continuer à user de ce genre d'artifices afin de contourner la disposition une fois celle-ci transposée en droit interne.**

Notons par ailleurs que le droit britannique admet quant à lui déjà les dommages-intérêts punitifs. En effet, « *la principale différence (ndlr : du droit britannique) avec le droit français, et plus globalement avec tous les systèmes continentaux de la responsabilité civile, réside dans*

---

<sup>57</sup> art. 3, 3 de la directive.

<sup>58</sup> CHAGNY M., « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », in *Lamy Concurrence*, n° 4, 2005, p. 186 ; CHAGNY M. *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence*, JCP G 2006. I., p. 149. ; BOUTHINON-DUMAS H., « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », in *Lamy Concurrence*, n° 28, 2011, p. 151 ; JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », in *Lamy Concurrence*, n° 28, 2011, p. 157.

<sup>59</sup> Projet dit « Catala »

<sup>60</sup> Professeur et directrice du *Master Contrats Concurrence* à l'Université de Versailles Saint-Quentin.

<sup>61</sup> Professeur à l'Université de Rouen.

<sup>62</sup> CHAGNY M., CARVAL S., « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », in *Bulletin de droit économique*, Université Laval, 2015, p. 8.

<sup>63</sup> AMARO R., « La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n° 2-2015, p. 21. ; CARVAL S. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

le possible octroi de dommages et intérêts punitifs »<sup>64</sup>. Le montant de ceux-ci est, le cas échéant, proportionnel à la gravité de la faute<sup>65</sup>. Le droit britannique se rapproche ainsi du *Clayton Antitrust Act* américain de 1914<sup>66</sup>, lequel prévoit en son article 4 la possibilité pour la victime d'obtenir trois fois le montant du dommage subi (*treble damage*).

Nous étudierons le principe de *passing-on* en détail au cours de notre titre II. Cependant, il nous semble opportun de d'ores et déjà en dire un mot dans le cadre de la réparation intégrale du préjudice. Le *passing-on* est une technique commerciale consistant, dans le chef d'une entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle, à reporter le surcoût généré par cette pratique sur ses propres clients. Compte tenu du principe de la réparation intégrale et de son interdiction d'indemniser la victime au-delà du préjudice subi (« tout le préjudice, rien que le préjudice »), cette victime directe ne pourrait raisonnablement pas demander réparation, puisqu'elle n'a *in fine* subi aucun préjudice, ce dernier ayant été supporté en réalité par le consommateur final (victime indirecte). Nous verrons plus loin que la solution retenue par la jurisprudence et la doctrine, afin d'éviter cette problématique, est la théorie de l'enrichissement sans cause ou, en Allemagne, de la péréquation des avantages.

Une autre difficulté concernant le préjudice réside dans son évaluation. Celle-ci nécessite en effet « une analyse factuelle et économique très complexe »<sup>67</sup> à laquelle n'est généralement pas adaptée la formation des juges<sup>68</sup>. Nous reviendrons plus en détails sur cette problématique dans la partie spécifiquement consacrée à la quantification du préjudice<sup>69</sup>.

### **Section III : Impact de l'émergence de l'action de groupe en droit européen**

---

<sup>64</sup> GRANGEON Julie, *La réparation du dommage concurrentiel saisie par le droit de l'Union européenne. Approche comparative*, op. cit., p. 35.

<sup>65</sup> JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », in *LPA*, n° 232, 2002, p. 8.

<sup>66</sup> Art. 4 : « any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee ».

<sup>67</sup> SIMIC I., « La répercussion des surcoûts », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n° 4-2011, p.5.

<sup>68</sup> BECKER R. « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n°2-2009, p. 6.

<sup>69</sup> Cfr. *infra*, Titre II, Chapitre II.

L'introduction d'une action de groupe au sein des Etats membres – nous l'avons furtivement évoqué, joue un rôle considérable en matière de réparation du préjudice issu de pratiques anticoncurrentielles. En effet, comme précisé *supra*, un des obstacles à l'introduction d'une action en réparation dans ces matières est la disproportion entre le coût d'une telle procédure et la valeur du préjudice à réparer<sup>70</sup>. Aussi, l'action de groupe pourrait être un incitateur à ce que plusieurs consommateurs, dont les préjudices individuels sont relativement minimes, se regroupent au sein d'une association compétente, afin d'introduire une demande globale dont la valeur sera suffisamment élevée au regard du coût de la procédure<sup>71</sup>. En d'autres termes, « le jeu en vaudra la chandelle ».

Si la directive ne dispose d'aucune disposition relative à l'action de groupe – ce que regrettent par ailleurs certains auteurs<sup>72</sup> – il n'en est pas moins un fait acquis que le législateur européen encourage de longue date les Etats membres à intégrer cette procédure dans leurs droits internes. En témoignent la communication et la recommandation de la Commission précitées<sup>73</sup>.

Chez nous, c'est la loi du 28 mars 2014<sup>74</sup> qui « fera date »<sup>75</sup>. Il s'agit de la loi insérant l'action de groupe dans notre Code de droit économique. Celle-ci fait ainsi son entrée en droit belge. Le législateur a opté pour une procédure différenciée selon qu'il s'agit de consommateurs

---

<sup>70</sup> HOMOBO NO N., « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », *op. cit.*, p.5 : « Dans le cas de l'entente dans la téléphonie mobile entre 2000 et 2002, le dommage a été estimé à plus d'un milliard d'euros, mais la perte pour chaque abonné se chiffrait à quelques dizaines d'euros. Seulement 12 000 plaintes ont été déposées dans le cadre de l'action conjointe engagée par l'association de consommateurs UFC Que choisir, alors que le nombre d'abonnés était d'environ 30 000 clients. Ce décalage entre l'ampleur des dommages causés par l'entente et les obstacles à une juste réparation vient alimenter chez les consommateurs un sentiment d'impuissance et de défiance qui nuit au bon fonctionnement de l'économie ».

<sup>71</sup> JENNY F., « L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », in *JCP G*, 2012, n° 979. ; HOMOBO NO N., « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », *op. cit.*, p.5. CATALA MARTY J., « Réflexion autour de l'action de groupe en droit de la concurrence, in *Gaz. Pal.*, 2014, p.11.

<sup>72</sup> PRIETO C., BOSCO D., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1455.

<sup>73</sup> Comm. eur., *Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions « vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52013DC0401> ; Comm. eur., *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union* », <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32013H0396>.

<sup>74</sup> Loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre 1<sup>er</sup> du Code de droit économique, vig. 1<sup>er</sup> septembre 2014.

<sup>75</sup> BALATE E., « L'action en réparation collective enfin adoptée en droit belge », 06 juin 2014, <http://www.justice-en-ligne.be/article634.html>.

belges ou étrangers. Il s'agira d'une procédure *opt out* pour les consommateurs belges, *opt in* pour les étrangers<sup>76</sup>.

En France, l'action de groupe a été consacrée par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation<sup>77</sup>, laquelle a inséré un article L423-1 dans le Code de la Consommation<sup>78</sup>. Celle-ci permet donc désormais à une organisation représentative des consommateurs d'intenter une action en réparation d'un préjudice, en ce compris un préjudice issu d'une pratique anticoncurrentielle<sup>79</sup>. La loi limite toutefois exclusivement cette action de groupe aux consommateurs, en aucun cas aux entreprises. Le projet de loi précédant l'entrée en vigueur de celle-ci prévoyait en effet que « *plusieurs consommateurs victimes de la même pratique illégale pourront confier à une association de consommateurs compétente le soin de constituer le dossier, puis d'introduire l'action en justice. Les consommateurs lésés pourront par cette voie obtenir réparation du préjudice subi. Les montants concernés, pris dans leur ensemble, pourront représenter des sommes importantes. L'action de groupe aura pour effet de réinjecter ces montants, indument captés, vers les consommateurs* »<sup>80</sup>. Cette limitation aux personnes physiques se justifie par un souci d'efficacité, à savoir « *la nécessité de couvrir des contentieux de masse caractérisés par des victimes qui sont dans des situations de fait ou de droit identiques ou très largement similaires* »<sup>81</sup>, ce qui est difficilement concevable s'agissant de personnes morales. Il convient encore de préciser que la loi française apporte une autre limite à l'action de groupe, à savoir qu'elle a opté pour une action exclusivement de type *follow on*, c'est-à-dire impérativement précédée d'une décision d'une ANC. Cette exigence se justifie par le fait que le juge national ne dispose pas forcément des

---

<sup>76</sup> Articles XVII. 42 et 43 du Code de droit économique ; BALATE E., « L'action en réparation collective enfin adoptée en droit belge », *op. cit.*

<sup>77</sup> Loi dite « Loi Hamon ».

<sup>78</sup> « *Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles :*

*1° A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;*

*2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

*L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».*

<sup>79</sup> AMARO R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles – Etude des contentieux autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, *op. cit.*, p. 223 – 230.

<sup>80</sup> <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/renforcer-les-droits-des-consommateurs-3-questions-a-benoit-hamon>.

<sup>81</sup> HOMOBONO N., « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », *op. cit.*, p.2.

connaissances et de l'expertise nécessaires aux spécificités du contentieux concurrentiel<sup>82</sup>. Par ailleurs, comme le souligne Nathalie HOMOBONO, « *une action en stand alone*<sup>83</sup> engagée contre une entreprise peut entraîner – avec la médiatisation de l'affaire – un risque de disparition des preuves, l'entreprise assignée pouvant chercher à faire disparaître toutes pièces probantes avant que l'Autorité de la concurrence soit éventuellement saisie par le juge civil »<sup>84</sup>.

Nonobstant ce caractère limité, la loi a néanmoins le mérite d'ouvrir l'action de groupe au droit de la concurrence en France<sup>85</sup>. On ne peut que s'en réjouir. Cela étant dit, à l'heure actuelle, et bien que certaines actions de groupe aient déjà été intentées à l'initiative d'associations de consommateurs, aucune action mettant en cause des pratiques anticoncurrentielles n'a encore à ce jour été mise en œuvre.

L'Allemagne a également connu une évolution en la matière. En effet, si la modification de la GWB<sup>86</sup> de 2005 avait introduit dans le droit allemand une disposition facilitant l'action en réparation d'un préjudice issu d'infraction au droit de la concurrence, elle ne s'appliquait qu'aux actions individuelles<sup>87</sup>. Or, depuis 2013, le paragraphe 33 (2) de la GWB ouvre la voie à l'action de groupe en matières concurrentielles par le truchement d'actions en cessation et du mécanisme de la cession de créance<sup>88</sup> (jonction d'actions individuelles). Toutefois, si cette possibilité existe sur le papier, la jurisprudence allemande ne l'a pas encore entériné à ce jour<sup>89</sup>.

En Italie, l'action de groupe existe depuis la loi n° 244 du 24 décembre 2007 portant loi de finances pour 2008<sup>90</sup>. Cette loi n'est toutefois jamais entrée en vigueur et c'est en 2009, avec la loi n° 99 relative au développement et à l'internationalisation des entreprises et à l'énergie du

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>83</sup> C'est-à-dire sans décision préalable d'une autorité.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>85</sup> LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris PUF, 2002.

<sup>86</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Il s'agit de la loi de 1909 sur la concurrence déloyale.

<sup>87</sup> G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrecht ?*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2011, p. 44-45.

<sup>88</sup> BGB § 134.

<sup>89</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 18 février 2015, Az. VI U 3/14, 3.2.2. ; DEFFAINS B. et FERREY S., « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? A propos de l'affaire du Cartel du ciment allemand », in *Revue d'économie industrielle*, n°131, France, 2010, pp. 51 – 68.

<sup>90</sup> Art. 2 de la loi.

23 juillet 2009<sup>91</sup>, que l'*azione di classe* s'est vue conférer une pleine effectivité<sup>92</sup>. Il convient toutefois de tempérer. Comme le souligne à juste titre le Professeur Silvia PIETRINI<sup>93</sup>, « (...) s'il est vrai que quelques dizaines d'actions ont été lancées, celles qui ont abouti ne constituent qu'une poignée de cas »<sup>94</sup>. Notons également que le système italien est plus restrictif que ce que préconise la Commission, en ce qu'il limite l'action de groupe aux seules actions visant à protéger les consommateurs et celles visant à protéger les services publics. Notons que d'autres Etats, tels que la Finlande et la Pologne ont également un régime plus restrictif<sup>95</sup>.

Évoquons encore le cas de la Grande Bretagne, laquelle, depuis le *Consumer Rights Act 2015*, a franchi un pas supplémentaire en instaurant la possibilité d'une action de groupe sous la forme d'actions *opt-in*, incluant donc automatiquement tout consommateur victime de la faute concernée, à moins qu'il ne s'en exclue lui-même volontairement.

## Conclusion du Titre liminaire

Sous l'impulsion de la Commission, l'action en réparation du préjudice issu d'infraction au droit de la concurrence a donc connu un véritable essor. Qu'il s'agisse de renforcer l'action publique ou d'indemniser adéquatement les victimes, l'Europe tend de plus en plus à se rapprocher du système américain et à mettre ces procédures privées au cœur de son action en matière concurrentielle. Le nombre de procédures a de ce fait fortement évolué au cours des dernières années, et il est permis de croire, compte tenu des développements précédents, que l'introduction d'une action de groupe dans les procédures étatiques ne fera que renforcer ce phénomène.

---

<sup>91</sup> Art. 49 de la loi.

<sup>92</sup> Sénat de France, *Étude de législation comparée n° 206 - mai 2010 - Les actions de groupe*, Service des études juridiques, <https://www.senat.fr/lc/lc206/lc2065.html>.

<sup>93</sup> Maître de conférence à l'Université de Lille.

<sup>94</sup> PIETRINI S., « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n° 2-2015, p. 17.

<sup>95</sup> HOMOBONO N., « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », *op. cit.*, p. 3.

## Titre I

### Le *Passing-on defence*

#### ***Chapitre I – La notion de Passing-on***

Pour pouvoir déterminer et, *a fortiori*, quantifier le préjudice issu d'une infraction, encore faut-il que ce préjudice soit réel. Or, il appert que dans un certain nombre de cas, la victime directe de l'infraction, généralement un producteur ou un distributeur, a répercuté le surcoût engendré par la pratique anticoncurrentielle sur ses propres clients (victimes indirectes),

ne subissant par conséquent elle-même aucun préjudice réel. Cette technique de répercussion est couramment désignée par le terme anglais *passing-on*.

## Section I : Définition

Le Professeur Emmanuel COMBE, Vice-Président de l'Autorité de la Concurrence française<sup>96</sup>, Professeur à l'Université Paris-I et Professeur affilié à ESCP Europe, définit le *passing-on* comme étant « *la capacité dont dispose la victime directe d'une pratique anticoncurrentielle à reporter sur ses propres clients (dénommés victimes « indirectes ») tout ou partie du surprix qu'elle a elle-même supporté* »<sup>97</sup>.

On perçoit d'emblée que si ce surcoût reste un gain illicite dans le chef de l'auteur de la pratique, l'octroi d'une réparation à cette victime directe entraînerait *de facto* un enrichissement sans cause de cette dernière, le préjudice ayant en réalité été supporté par une victime indirecte, telle qu'un autre distributeur en aval de la chaîne de distribution<sup>98</sup> ou encore le consommateur final, victime pouvant être qualifiée, quelle que soit sa situation dans la chaîne de distribution, d'« *agents économiques qui ne sont liés qu'indirectement au vendeur dont le comportement est anticoncurrentiel* »<sup>99</sup>. C'était d'ailleurs, on s'en souvient, ce caractère indirect du lien entre parties qui rendait incompatible le droit de la responsabilité civile autrichien avec les prescrits du droit de l'Union.

La technique consistant à soulever l'argument de *passing-on* devant le juge est ainsi qualifiée de *passing-on defence*. Entendue au sens large, cette appellation englobe tout moyen consistant à soulever la répercussion du surcoût, que ce moyen soit soulevé par l'auteur de la pratique à l'encontre de son client direct (*passing-on* défensif) ou par la victime indirecte de la pratique anticoncurrentielle voulant obtenir réparation (*passing-on* offensif). Entendue au sens strict, l'appellation *passing-on defence* ne vise que l'hypothèse du *passing-on* défensif<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Par la suite : ACF.

<sup>97</sup> COMBE E., « Une introduction économique », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, *op. cit.*, p.1.

<sup>98</sup> Un concessionnaire, un franchisé, ou tout autre distributeur, pour autant qu'il n'ait pas lui-même répercuté ce surcoût sur ses propres clients.

<sup>99</sup> VOGEL L., *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, *op. cit.* p. 42.

<sup>100</sup> COMBE E., « Une introduction économique », *op. cit.*, p. 3.

## **Section II : *Passing-on* défensif (ou *passing-on shield*)**

Le *passing-on* défensif est donc le moyen dont dispose l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle à l'encontre des prétentions de son cocontractant, victime directe de la pratique en question. Comme nous le verrons ultérieurement, l'indemnisation de la victime directe ayant répercuté le surcoût sur ses clients entraîne un enrichissement sans cause de cette dernière. C'est afin d'éviter cet enrichissement sans cause que la plupart des Etats membres ont, comme nous le verront ci-après, admis ce moyen de défense avant même la publication de la directive.

## **Section III : *Passing-on* offensif (ou *passing-on sword*)**

Si le *passing-on* défensif ne suscite globalement aucune difficulté à être retenu par les juridictions étatiques, il en va tout autrement du *passing on* offensif, permettant à la victime indirecte d'intenter une action, non pas contre son propre cocontractant, mais bien contre l'auteur originaire de la pratique, avec lequel elle n'a aucun lien contractuel. L'exemple de l'incompatibilité du Code civil autrichien avec le droit de l'union précité est un bon indicateur du fait que c'est essentiellement en ce domaine qu'une harmonisation sera la bienvenue.

## ***Chapitre II – Analyse critique du moyen de Passing-on***

### **Section I : Objectifs et avantages du moyen de *passing-on***

#### ***§1 : Eviter l'enrichissement sans cause de l'acheteur direct***

Rappelons que l'enrichissement sans cause est un quasi-contrat d'origine jurisprudentielle visant un « *transfert d'une certaine valeur d'un patrimoine à un autre, sans qu'il n'y ait de justification ou de contrepartie* »<sup>101</sup>. Est donc visée l'hypothèse de l'augmentation du patrimoine d'une partie, ayant pour corollaire une diminution du patrimoine de la partie adverse sans justification ni contrepartie aucune.

---

<sup>101</sup> JADOUL P., *Droit des obligations*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2010-2011, p.117.

L'octroi d'une indemnisation à une victime de pratique anticoncurrentielle ayant répercuté les surcoûts engendrés sur ses propres clients entre *a priori* dans le champ d'application de cette définition, dans la mesure où résulte de cette indemnisation une augmentation du patrimoine de la victime directe couplée à une diminution du patrimoine de l'auteur de l'infraction sans justification légitime, la victime indemnisée n'ayant en réalité subi aucun préjudice.

Eviter l'enrichissement sans cause est ainsi la finalité première du *passing-on* défensif. Cet argument était déjà pointé par la Commission dans son Livre blanc de 2008. Elle y soulignait en effet que le fait de ne pas prendre en compte la répercussion des surcoûts de la victime directe de l'infraction sur ses propres clients entraînerait inmanquablement l'enrichissement sans cause de cette dernière, qui se verrait de la sorte indemnisée d'un préjudice subi en réalité par ses clients et non par elle-même<sup>102</sup>. La Commission y propose dès lors expressément que « *les défendeurs soient en droit d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts* »<sup>103</sup>, proposition qui, nous le verrons, se situe aux antipodes de la conception américaine.

Soulignons que l'interdiction de l'enrichissement sans cause est un principe général ancré dans le droit de l'Union européenne<sup>104</sup>, régulièrement rappelé par la jurisprudence<sup>105</sup>, laquelle précise également qu'un tel enrichissement peut, le cas échéant, entraîner une action *de in rem verso* en ces termes : « *Selon les principes communs aux droits des États membres, une personne ayant subi une perte qui améliore le patrimoine d'une autre personne sans qu'il y ait un quelconque fondement juridique à cet enrichissement a, en règle générale, droit à une restitution, jusqu'à concurrence de cette perte, de la part de la personne enrichie* »<sup>106</sup>. La Cour laisse par ailleurs au juge national le soin de veiller à ce que l'application du droit de l'Union, en ce compris les règles de concurrence, n'aboutisse pas à un enrichissement sans cause d'un

---

<sup>102</sup> Comm. eur., *Livre Blanc, op. cit.*, point 2.6. : « Répercussion du surcoût » ; JAUMARD J.-L., « De l'opportunité de la reconnaissance du *passing-on defence* pour les consommateurs victimes » in *Le Concurrentialiste, Chroniques de droit économique*, 2012, p. 2.

<sup>103</sup> Comm. eur., *Livre Blanc, op. cit.*

<sup>104</sup> C.J.C.E., 10 juillet 1990, *Grèce c. Commission*, C-259/87, in *Rec. C.J.C.E.* p. I-2845, point 26.

<sup>105</sup> T.P.I. C.E., 10 octobre 2001, *Corus UK c. Commission*, T-171/99, in *Rec. C.J.C.E. 1990*, p. I-2967, point 55 ; T.P.I. C.E., 03 avril 2003, *Vieira en Vieira Argentina c. Commission*, T-44/01, T119/01 et T126/01 in *Rec. C.J.C.E. 2003*, p. II-1209, point 86.

<sup>106</sup> C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Masdar (UK) Ltd c. Commission*, C-47/07 P, in *Rec. C.J.C.E. 2008*, p. I-09761.

justiciable<sup>107</sup>. Bien que le principe soit d'origine jurisprudentielle, Ghislain LONDERS, Premier Président de la Cour de cassation de Belgique de 2007 à 2011, nous fait utilement remarquer que « *le concept de l'enrichissement injustifié se retrouve aussi explicitement dans la législation communautaire, entre autre dans l'article 54 du règlement 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire et dans l'article 26 du règlement 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires* »<sup>108</sup>. Le Parlement européen a également argumenté en ce sens dans une Résolution du 27 avril 2007, estimant que « *l'indemnisation reconnue aux requérants devrait avoir un caractère compensatoire et ne pas dépasser la perte subie (« damnum emergens ») et le manque à gagner effectifs (« lucrum cessans ») pour éviter un enrichissement sans cause* »<sup>109</sup>.

La plupart des Etats membres connaissent déjà l'interdiction de l'enrichissement sans cause dans leur droit interne. L'intérêt du *passing-on defence* à cet égard est donc en parfaite adéquation avec le but poursuivi par ces législations étatiques. En Belgique, cette théorie quasi-contractuelle est également d'origine jurisprudentielle. Une doctrine largement majoritaire (mais pas unanime) s'accorde à énumérer cinq conditions pour invoquer l'enrichissement sans cause, à savoir un enrichissement, un appauvrissement, un lien causal entre ces deux phénomènes s'appréciant *in concreto*, l'absence de cause valable<sup>110</sup> et un caractère subsidiaire impliquant que l'enrichissement sans cause ne puisse être invoqué qu'en l'absence d'autres moyens de droit.

Dans son avis relatif aux actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence, la Commission de la Concurrence, organe du Conseil Central de l'économie belge<sup>111</sup>, présidée par Joseph BOURGEOIS, y fait allusion, estimant que le moyen de *passing-*

---

<sup>107</sup> C.J.C.E., *Ireks-Arkady c. Conseil et Commission*, 04 octobre 1979, 238/78, in *Rec. C.J.C.E. 1979*, p. 2955, n°14 ; C.J.C.E., 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, in *Rec. C.J.C.E. 2000*, p. I-7145, n° 31.

<sup>108</sup> LONDERS G., MOSSELMANS S., BOSSUYT A., « Deux principes généraux du droit issus du droit national et du droit communautaire : l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié et l'interdiction de l'abus de droit », in *1957 – 2007, Actes du Colloque pour le cinquantième anniversaire des traités de Rome : L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des Etats membres sur l'interprétation du droit communautaire*, Luxembourg, 26 mars 2007, p. 106.

<sup>109</sup> Parl. eur., *Résolution du 25 avril 2007 sur le Livre vert intitulé "Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante"*, 2006/2207, (INI), Cons L.17 ; Voy. également LECLERCQ M., *Les Class actions, Du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012.

<sup>110</sup> Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p.272 ; Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p.491. ; Liège, 29 septembre 2004, *J.T.*, 2005, p.522 ; Mons, 24 mai 2005, *J.T.* 2005, p. 521.

<sup>111</sup> Par la suite : CCE. Le Conseil Central de l'Économie est un établissement public de droit belge créé par la *loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie*, dont les dispositions y relatives ont toutefois été

*on defence* ne permet pas à l'auteur de l'infraction « *de se libérer de sa responsabilité, mais garantit le principe que des dommages et intérêts ne peuvent être demandés que dans la mesure où la partie lésée a effectivement subi un préjudice* »<sup>112</sup>.

## §2 : Permettre la réparation intégrale du préjudice subi par l'acheteur indirect

Du côté du *passing-on* offensif, l'avantage incontesté de sa reconnaissance est de permettre à l'acheteur indirect d'intenter une action à l'encontre de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle afin d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice, nonobstant l'absence de lien contractuel direct entre les parties. « (...) *le simple fait d'être 'concerné' comme concurrent ou autre intervenant sur le marché suffit* »<sup>113</sup>. C'est l'argument principal des défenseurs du *passing-on sword*<sup>114</sup>.

## §3 : Eviter une indemnisation multiple

La reconnaissance du moyen de *passing-on*, qu'il soit appréhendé sous son aspect offensif ou défensif, a également le mérite d'éviter une indemnisation multiple, à savoir celle de l'acheteur direct et celle des acheteurs indirects. Cela serait en effet potentiellement le cas dans l'hypothèse où « *tant les acheteurs directs que les acheteurs indirects auraient décidé de se tourner contre les membres du cartel* (ndlr : ou de l'entreprise ayant abusé de sa position dominante) *pour les mêmes livraisons*<sup>115</sup>. L'invocation du moyen de *passing-on* permet que

---

abrogées par la loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XIII "Concertation", dans le Code de droit économique. Ces dispositions se retrouvent désormais aux articles XIII.1<sup>er</sup> à XIII.17 CDE. Cet établissement est constitué d'organes politiques et d'organes techniques, et a pour mission de rendre des avis et des rapports au gouvernement concernant des sujets divers touchant à l'économie. La commission de la concurrence en est un organe technique chargé des questions liées exclusivement au droit de la concurrence. Pour plus de développements relatifs au CCE, voy. CCE, *Une institution au service de la concertation sociale*, Bruxelles, <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/presentation2fr.pdf>.

<sup>112</sup> CCE, Commission de la Concurrence, *Avis relatif aux actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence*, Bruxelles, 2016, p.11.

<sup>113</sup> BIEN F., « Jurisprudences européennes et étrangères », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n° 1-2012, p.231.

<sup>114</sup> CHAGNY M., CARVAL S., « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, p. 6. ; PACE L., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2013, pp. 299-306.

<sup>115</sup> BIEN F., « Jurisprudences européennes et étrangères », *op. cit.*, p.233.

seule la véritable victime soit indemnisée, à savoir l'acheteur indirect si la répercussion est avérée<sup>116</sup>, l'acheteur direct si ce dernier parvient à établir l'absence de répercussion<sup>117</sup>.

## **Section 2 : Limites et critiques du moyen de *passing-on***

### **§1 : Le rejet américain**

La solution prônée par les Etats-Unis s'agissant du principe de *passing-on* est le rejet pur et simple de celui-ci. Deux célèbres affaires témoignent de ce refus américain d'accepter la répercussion du surcoût issu de pratiques anticoncurrentielles sur les clients indirects. Il convient toutefois de nuancer ce double rejet, tempéré par un document émanant de l'*Antitrust Modernization Commission* d'une part, et par un cas d'espèce atténuant la jurisprudence antérieure d'autre part.

### **L'affaire *Hanover Shoe*<sup>118</sup> : interdiction du *passing-on shield***

En l'espèce, la société *Hanover Shoe*, productrice de chaussures, avait intenté une action en réparation d'un préjudice issu d'une pratique anticoncurrentielle à l'encontre de la société *United Shoe Machinery Corp.*, productrice d'appareils technologiques servant à la fabrication de chaussures. Cette dernière avait alors soulevé le fait que le surcoût résultant de la pratique incriminée avait en réalité été répercuté par *Hanover Shoe* sur ses propres clients. La Cour suprême a cependant rejeté le moyen, fondant sa décision sur deux motifs<sup>119</sup> :

Dans un premier temps, la Cour souligne la difficulté qu'il y aurait à déterminer et surtout à quantifier la part de surcoût ayant effectivement été répercutée. Ensuite, elle estime que, dans l'hypothèse où l'argument de *passing-on* devait être reçu, *quod non*, il ne pourrait légitimement l'être qu'à l'initiative d'un client indirect, véritable victime de la pratique, aux

---

<sup>116</sup> L'acheteur direct ne pourrait en effet être indemnisé compte tenu de l'interdiction de l'enrichissement sans cause développé *supra*.

<sup>117</sup> L'acheteur indirect ne pourrait alors être indemnisé pour les mêmes raisons relatives à l'enrichissement sans cause.

<sup>118</sup> Cour Suprême des Etats-Unis, *Hanover Shoe c/ United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 1968.

<sup>119</sup> Voy AFFERNI G., « La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario », in *Concorrenza e Mercato, Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 16/2008, Giuffrè Editore, 2009, p. 497.

fins de réparation, et non pas en tant que moyen de défense du défendeur dans l'intérêt de minimiser sa responsabilité.

La Cour Suprême américaine rejette donc expressément le principe de *passing-on* défensif, mais laisse une porte ouverte au *passing-on* offensif, sans toutefois le reconnaître. Ce dernier sera néanmoins également rejeté quelques années plus tard, dans l'arrêt *Illinois Brick*<sup>120</sup>, lequel « *refuse aux acheteurs indirects un droit d'agir* »<sup>121</sup> estimant que si moyen de *passing-on* il devait y avoir, *quod non*, seules les victimes directes seraient fondées à y prétendre.

L'on notera toutefois utilement que certains États sont allés à contre-courant de cette jurisprudence, par la voie législative, en permettant aux victimes indirectes d'agir à l'encontre de l'auteur de l'infraction<sup>122</sup>, ce qui, comme le souligne à juste titre l'avocat français Igor SIMIC, « *aboutit à un environnement juridique chaotique, où un même comportement peut donner lieu à plusieurs procédures devant différentes juridictions, dont seules certaines reconnaissent la qualité pour agir des victimes indirectes et où d'autres rejettent d'office la défense tirée de la répercussion du surcoût illégal en aval* »<sup>123</sup>. Cette problématique n'a pas échappé à l'*Antitrust Modernization Commission* qui formulera, en 2007, une série de recommandations en ces termes :

« *Direct and indirect purchaser litigation would be more efficient and more fair if it took place in one federal court for all purposes, including trial, and did not result in duplicative recoveries, denial of recoveries to persons who suffered injury, and windfall recoveries to persons who did not suffer injury. To facilitate this, Congress should enact a comprehensive statute with the following elements :*

- *Overrule Illinois Brick and Hanover Shoe to the extent necessary to allow both direct and indirect purchasers to sue to recover for actual damages from violations of federal antitrust law. Damages in such actions could not exceed the overcharges (trebled) incurred by direct purchasers. Damages should be apportioned among all*

---

<sup>120</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Illinois Brick c/ Illinois*, 431 U.S. 720, 1977.

<sup>121</sup> AMARO R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, op. cit., p.

<sup>122</sup> VOGEL L., *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, op. cit., p. 47.

<sup>123</sup> SIMIC I., « La répercussion des surcoûts », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n°4-2011, p.6.

*purchaser plaintiffs—both direct and indirect—in full satisfaction of their claims in accordance with the evidence as to the extent of the actual damages they suffered.*

- *Allow removal of indirect purchaser actions brought under state antitrust law to federal court to the full extent permitted under Article III.*
- *Allow consolidation of all direct and indirect purchaser actions in a single federal forum for both pre-trial and trial proceedings.*
- *Allow for certification of classes of direct purchasers, consistent with current practice, without regard to whether the injury alleged was passed on to customers of the direct purchasers »<sup>124</sup>.*

La doctrine italienne<sup>125</sup> souligne également l'incompatibilité de la « solution américaine » consistant à rejeter *a priori* le *passing-on* offensif, incompatible selon elle avec la jurisprudence européenne estimant que quiconque est fondé à obtenir la réparation intégrale du préjudice issu d'une infraction au droit de la concurrence<sup>126</sup>.

## §2 : Complexification de l'estimation du préjudice

Certains auteurs rejettent quant à eux le moyen de *passing-on* au nom de l'efficacité de l'action<sup>127</sup>, estimant que celui-ci « *conduirait à complexifier l'estimation du préjudice et à diluer l'incitation à mener une action en réparation* »<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, 2 April 2007, 269.

<sup>125</sup> Voy. AFFERNI G., « La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario », *op. cit.*, p.502 ; PARDOLESI R., « La quantificazione del danno antitrust », in *Il private enforcement des diritto comunitario della concorrenza : ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Atti des Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 juin 2007, pp. 122 s.

<sup>126</sup> C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Courage c. Crehan*, C-453/99, in *Rec. C.J.C.E.* 2001, p. I-06297, n°26 ; C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SPA*, C-295/04 et C-198/04, in *Rec. C.J.C.E.* 2006, p. I-06619, n°56.

<sup>127</sup> LANDES W., POSNER R., « Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust laws ? An economic analysis of the rule of Illinois Brick », in *University of Chicago Law Review*, 1979, pp. 308-323.

<sup>128</sup> COMBE E. « Une introduction économique », *op. cit.*, p.4.

### *§3 : Partage du montant de la réparation entre victimes directes et indirectes*

D'autres auteurs tels que Gregory J. WERDEN et Marius SCHWARTZ<sup>129</sup> vont plus loin. Ils estiment pour leur part que le *passing-on defence* doit être rejeté au motif que, les victimes directes et indirectes se retrouvant *de facto* en concurrence au niveau du partage de la réparation, « *l'incitation à agir des victimes directes est plus faible que lorsqu'elles se voient octroyer l'exclusivité de l'action en réparation* »<sup>130</sup>

## ***Chapitre III – La reconnaissance du passing-on par les Etats membres et sa consécration par l'Union Européenne***

### **Section 1 : Passing-on au sein des Etats membres**

---

<sup>129</sup> WERDEN G., SCHWARTZ M., « Illinois Bick and the deterrence of antitrust violations : an economic analysis », in *Hastings Law Journal*, 1984, pp. 629-668.

<sup>130</sup> COMBE E. « Une introduction économique », *op. cit.*, p.4.

## §1 : En France

Antérieurement à la directive, le principe de *passing-on defence* n'était pas reconnu dans le droit positif français mais néanmoins appliqué par la jurisprudence. Concrètement, deux décisions françaises l'ont cependant explicitement reconnu, l'une – émanant du Tribunal de Nanterre – le présument<sup>131</sup>, l'autre – de la Cour de cassation – exigeant qu'il soit établi<sup>132</sup>.

Jean-Loup JAUMARD, juriste d'entreprise français, souligne utilement que si le principe est *de facto* reconnu par la jurisprudence française, il ne l'est toutefois que de manière défensive. La jurisprudence française ne comporte pas encore de cas d'espèce ayant vu le *passing-on* validé de manière offensive. L'auteur suggère dès lors – et nous nous rallions à son avis – que le droit français aille plus loin notamment en consacrant le *passing-on* offensif, ce qui « *permettrait de renforcer considérablement l'efficacité des actions de groupe dans l'hypothèse d'une éventuelle admission de ce mode de recours collectif* »<sup>133</sup>. Ce sera chose faite avec l'arrivée de la directive.

Dans son avis du 21 septembre 2006 « relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles », le Conseil de la Concurrence français<sup>134</sup> n'était pas sensiblement favorable à la reconnaissance du moyen de *passing on*, estimant que celui-ci compliquerait le traitement des dossiers par le juge. Le consommateur se verrait en effet contraint, non seulement d'établir que la répercussion a réellement eu lieu, mais également de « *produire des éléments de preuve permettant d'évaluer l'ampleur de la répercussion* »<sup>135</sup>. La double problématique de la détermination du préjudice et de sa quantification, objet du Titre II du présent mémoire, se pose donc.

Or, à cet égard, l'ANC française pointe « *la difficulté pour le consommateur final de prouver que, si la victime directe a augmenté le prix de ses produits, c'est parce qu'elle a répercuté le surcoût illégal sur les tiers et d'établir le lien de causalité entre le comportement*

---

<sup>131</sup> Trib. Com. Nanterre, 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ Sté Roche.

<sup>132</sup> Cass. Com., 15 juin 2010, *Ajinomoto Eurolysine c/ Doux aliments Bretagne*, n° 09-15816.

<sup>133</sup> JAUMARD J.-L., « De l'opportunité de la reconnaissance du "passing-on defence" pour les consommateurs victimes », *op. cit.*, 2012, p.6., <http://leconcurrentialiste.com/2012/11/30/reconnaissance-du-passing-on-defence>.

<sup>134</sup> Ancienne dénomination de l'Autorité de la Concurrence.

<sup>135</sup> JAUMARD J.-L., « De l'opportunité de la reconnaissance du *passing-on defence* pour les consommateurs victimes », *op. cit.*, p.3.

*anticoncurrentiel et le dommage. Une telle démonstration requiert la possession de données relatives au fonctionnement du marché qu'il lui est quasiment impossible de rassembler (éléments relatifs à la demande, à la structure du marché et à la fonction de coût) »<sup>136</sup>. L'ANC française ne manque en outre pas de préciser que cet avis s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle américaine, laquelle, on s'en souvient, est globalement opposée au *passing-on*, estimant « qu'accepter ce moyen conduirait à diluer la responsabilité des auteurs de l'entente sans pour autant permettre aux consommateurs victimes indirectes de rapporter la preuve de la réalité de leur préjudice »<sup>137</sup>.*

## §2 : En Allemagne

Jusqu'en 2011, le juge allemand refusait de recevoir l'argument de *passing-on* au titre de moyen de défense de l'auteur de l'infraction<sup>138</sup>. Mais l'Allemagne a toutefois connu, en matière d'action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence, et particulièrement s'agissant du *passing-on defence*, un important revirement de jurisprudence opéré suite à un arrêt de principe rendu par la Cour fédérale : l'arrêt *ORWI* du 28 juin 2011.

En l'espèce, la société *ORWI*, active dans le domaine de la papeterie, se fournissait en « papier autocopiant » auprès d'un cartel de grossistes, condamnés en 2001 par la Commission à plusieurs amendes, dont le montant total est de 313,7 millions d'euros, pour entente illicite<sup>139</sup>. L'un des grossistes en question avait introduit un recours contre cette décision devant le Tribunal de Première Instance<sup>140</sup>, suivi d'un pourvoi devant la Cour de justice de l'UE<sup>141</sup>, ces recours ayant été tous deux rejetés.

---

<sup>136</sup> Conseil de la Concurrence, *Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*.

<sup>137</sup> JAUMARD J.-L., « De l'opportunité de la reconnaissance du *passing-on defence* pour les consommateurs victimes », *op. cit.*, p.3.

<sup>138</sup> Trib. rég. Karlsruhe, 11 juin 2010, Az. 6 U 118/05 Kart. ; Trib. rég. Berlin, 1<sup>er</sup> octobre 2009, Az. 2 U 10/03 Kart.

<sup>139</sup> Comm. eur., 20 décembre 2001, COMP/E1/36.212.

<sup>140</sup> 26 avril 2007, T-109/02.

<sup>141</sup> C.J.C.E., 03 septembre 2009, C-322/07 P.

Suite à cette condamnation « publique », le cessionnaire des droits de la société *ORWI*<sup>142</sup> intenta une action « privée » à l'encontre des membres du cartel devant le juge civil allemand<sup>143</sup>, la demande portant sur un dédommagement des surcoûts engendrés par l'entente, supportés par *ORWI* et estimés par cette dernière à quelques 223.540,26 euros<sup>144</sup>. La partie défenderesse invoqua dès lors l'argument de *passing-on*, affirmant qu'*ORWI* n'avait en réalité subi aucun préjudice réel dans la mesure où ces surcoûts avaient été répercutés sur les clients de celle-ci. L'affaire aboutit en degré de cassation devant la Cour fédérale de justice qui admit le *passing-on* comme moyen de défense de l'auteur d'une pratique anti-concurrentielle à l'encontre de la victime directe. La Cour fonde sa décision, non pas sur la théorie de l'enrichissement sans cause, mais sur celle de la « péréquation des avantages » (*Vorteilsausgleichung*). Selon Florian BIEN, Professeur à l'Université de Würzburg, « elle le justifie essentiellement par un équilibre entre l'examen du préjudice subi par un acheteur bénéficiaire, d'une part, et l'analyse de la répercussion des surcoûts dans le cadre de la péréquation des avantages, d'autre part »<sup>145</sup>.

Cette jurisprudence apporte également un enseignement fondamental s'agissant du *passing-on* offensif, en reconnaissant aux victimes indirectes la possibilité d'agir en dommages et intérêts, alors que le droit de la responsabilité allemand en matière de concurrence ne reposait jusqu'alors que sur le droit commun de la responsabilité civile, lequel « ne reconnaissait la qualité d'agir en justice qu'à la victime directement ciblée (...) »<sup>146</sup> par la pratique en question.

### §3 : En Italie

Deux décisions fondamentales alimentent la jurisprudence italienne relative au *passing-on defence*. La plus célèbre fut rendue par le 6 juillet 2000 par la Cour d'appel de Turin et opposait la société *Incentive Company S.R.L.* à la *Juventus F.C. S.P.A.* La partie demanderesse affirmait en l'espèce être victime d'un abus de position dominante de la part du célèbre club de

---

<sup>142</sup> Laquelle avait entre-temps été déclarée en faillite.

<sup>143</sup> *Landgericht* Mannheim, Jugement du 29 avril 2005 – Aff. 22 O 74/04 Kart.

<sup>144</sup> BIEN F., « Jurisprudences européennes et étrangères », *op. cit.*, p. 232.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 233. ; BIEN F., « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », *op. cit.*, p. 15.

<sup>146</sup> BIEN F., « Jurisprudences européennes et étrangères », *op. cit.*, p. 232.

football. Celui-ci aurait profité de sa position dominante pour contraindre la société *Incentive Company* à acquérir des billets de voyages destinés à être ensuite vendus aux supporters du club et comprenant à la fois le vol et l'hébergement. La Cour estimera toutefois que le coût de ces billets est *in fine* supporté, non pas par la demanderesse, mais par les 'supporters-acheteurs' sur qui celle-ci aura transféré le surcoût. Reconnaisant ainsi le principe de *passing-on*, elle motive sa décision en ces termes :

« *Nel nostro ordinamento l'azione risarcitoria ha indubitabile natura compensativa, valendo a ripristinare lo status quo ante, priva essendo della funzione sanzionatoria o deterrente propria di altri ordinamenti, onde legittimato attivo ad essa e` il soggetto che abbia concretamente subito un danno. Di contro, e` privo di legittimazione attiva sostanziale il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e cosi` ai consumatori finali* »<sup>147</sup>.

La seconde décision, antérieure et également relative à une affaire d'abus de position dominante, a quant à elle été rendue par la Cour d'appel de Cagliari le 23 janvier 1999. Il s'agit de l'affaire *Unimare S.R.L.C. c. Geasar S.P.A.* La société *Gesar* était la concessionnaire exclusive du service de *handling* de l'aéroport d'Olbia. Selon la société *Unimare*, celle-ci aurait profité du bénéfice de cette concession exclusive pour lui imposer des prix monopolistiques dans le cadre de prestations de transport vers la base militaire américaine située sur l'Île de la Maddalena. A nouveau, la Cour va fonder sa décision sur le principe de *passing-on*, estimant en l'espèce que les surcoûts en question seront en réalité répercutés sur les clients finaux américains :

« *In secondo luogo si deve considerare che l'aumento delle tariffe aeroportuali operato dalla Geasar S.p.a. non ha inciso direttamente sugli interessi della Unimare S.r.l. Infatti, da un lato le nuove tariffe hanno colpito indistintamente tutti i soggetti interessati nella gestione dell'aeroporto di Olbia Costa Smeralda e non solo l'attrice. Per altro verso, dato il particolare tipo di rapporto esistente tra la Unimare S.r.l. ed il Naval Service Order, gli aumenti dei costi di gestione sono andati a gravare unicamente sull'ente statunitense, che, come e` pacifico in causa, provvedeva al rimborso delle spese vive sopportate dalla sua intermediatrice. [...] Per*

---

<sup>147</sup> App. Torino, 6 juillet 2000, in *Dano e resp.*, 2001, p.46, commentaires de BASTIANON S. et ROSCIONI G.

*cui appare evidente la mancanza di un nesso di causalita` diretta tra gli aumenti tariffari in questione ed i danni lamentati dall'attrice »<sup>148</sup>.*

Ces deux affaires restaient toutefois muettes s'agissant du droit des victimes indirectes à agir en réparation (*passing-on* offensif). La Cour suprême de cassation italienne finira par le reconnaître expressément en 2005 par le truchement d'une Chambre spéciale appelée *Sezioni Unite* et composée d'un nombre importants magistrats à ladite Cour<sup>149</sup>.

### Conclusion

Au regard des divergences évoquées ci-avant s'agissant du *passing-on* defence, il apparaît évident qu'une harmonisation des législations en ce domaine est la bienvenue.

## **Section 2 : Consécration par l'Union Européenne**

### §1 : Une nouvelle présomption réfragable de *passing-on*

Dans son Livre vert, la Commission évoquait le danger qu'il y aurait à reconnaître le *passing-on defence* en laissant en l'état la charge de la preuve, à savoir l'impunité des auteurs d'infractions qui ne dédommageront *in fine* ni les victimes directes – car elles auront répercuté les surcoûts – ni les victimes indirectes – car elles seront dans l'impossibilité matérielle de démontrer qu'elles ont subi un préjudice et d'en établir le *quantum*<sup>150</sup>. L'article 13 de la directive élève donc le *passing-on* au titre de présomption, afin de renverser la charge de la preuve. Ce sera désormais, dans le cas *du passing-on* offensif, non plus sur le demandeur, mais sur l'auteur du comportement anticoncurrentiel (défendeur à l'action), de que repose la charge de la preuve.

---

<sup>148</sup> App. Cagliari, 23 janvier 1999, in *Giur. It.*, 2000, p. 346, commentaire de BERTOLOTTI A.

<sup>149</sup> SALONICO T., « The Italian Supreme Court recognizes the right of consumers for claim for damages in case of violation of antitrust rules », in *e-Competitions*, n° 27, 4 February 2005.

<sup>150</sup> SIMIC I., « La répercussion des surcoûts », *op. cit.*, p.7.

Ainsi, en Italie, l'article 2697 du Code civil qui impose que « *l'acheteur indirect doit prouver et évaluer le préjudice subi et établir le lien causal entre celui-ci et la pratique anticoncurrentielle* »<sup>151</sup> devra tenir compte de cette nouvelle présomption et être adapté.

En France et en Belgique, cette présomption devra également être intégrée dans la loi, notamment aux fins de conformité au principe *Actori incumbit probatio* qui veut que la charge de la preuve repose sur le demandeur<sup>152</sup>. À cet égard, la jurisprudence française a d'ores et déjà abondé en ce sens, en estimant que, dans l'hypothèse d'une demande en réparation initiée par un acheteur direct, le défendeur devait également établir l'absence de répercussion, si « *la répercussion des coûts est la pratique commerciale habituelle et normale* »<sup>153</sup>. Cette solution prétorienne ne présume certes pas encore le *passing-on*, mais fait de ce dernier une sorte d'« usage commercial », qui s'en rapproche quant à la finalité recherchée.

### §3 : Effectivité renforcée par l'action de groupe

Comme nous le signalions au début de notre exposé, l'introduction de l'action de groupe au sein des ordres juridiques des Etats membres, sous l'impulsion préalable de la Commission, aura inévitablement pour effet d'inciter les procédures en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence et, partant, de renforcer l'effectivité du *passing-on*. En effet, dès lors que les victimes indirectes d'un comportement anticoncurrentiel, fussent-elles dans un lien contractuel avec des distributeurs (victimes directes) différents, se regroupent au sein d'une association protectrice, les bénéfices escomptés à l'arrivée pourront être supérieurs au coût de la procédure. *Passing-on* offensif et action de groupe sont, partant, étroitement liés.

---

<sup>151</sup> PIETRINI S., « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », *op. cit.*, p. 19.

<sup>152</sup> AMARO R., « La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français », *op. cit.*, p.24.

<sup>153</sup> Comm. fr., 15 mai 2012, inédit, n° 11-18495.

## Titre II

### La détermination et la quantification du préjudice réel

#### *Chapitre I : Détermination du préjudice*

##### **Section I : Catégories de préjudices pouvant être déterminés**

Les types de préjudices pouvant être déterminés en cas d'infractions aux articles 101 et 102 TFUE sont énumérés dans le guide pratique précité de la Commission, faisant partie du « paquet *private enforcement* » de 2013. Ils seront succinctement énumérés ci-après. Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur audit guide pratique.

##### *§1 : Hausse de prix entraînant un surcoût pour le client ou une baisse de la demande et un manque à gagner pour le concurrent*

*« Les infractions peuvent entraîner une hausse des prix payés par les clients des entreprises qui en sont l'auteur. Parmi les infractions qui génèrent ce type d'effets figurent les infractions à l'article 101 du TFUE commises sous la forme d'ententes ayant par exemple pour objet de fixer les prix, de répartir les marchés ou de limiter la production. Les pratiques abusives au sens de l'article 102 du TFUE peuvent aussi avoir le même effet ».*

*Des prix plus élevés sont synonymes de surcoût pour les clients qui achètent le produit ou le service concerné. En outre, une augmentation de prix peut aussi entraîner une baisse de la demande et, par voie de conséquence, un manque à gagner pour les clients qui utilisent le produit en cause pour les besoins de leurs propres activités commerciales<sup>154</sup>.*

---

<sup>154</sup> Comm. eur., *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union*

## § 2 : Exclusion d'un marché ou réduction des parts du marché

« Les entreprises peuvent également commettre une infraction aux articles 101 et 102 du TFUE en recourant à des pratiques illégales qui excluent des concurrents d'un marché ou réduisent leur part de marché. Parmi les exemples classiques figurent les abus de position dominante au moyen de compressions de marges, prix prédateurs ou ventes liées, ou certains accords d'exclusivité verticaux entre fournisseurs et distributeurs contraires au droit de la concurrence. De telles pratiques ont des conséquences non négligeables pour les concurrents, qui subissent un préjudice du fait qu'ils sont privés de débouchés commerciaux et de bénéfices sur le marché concerné. Lorsque des entreprises arrivent à évincer des concurrents du marché et que la pression concurrentielle diminue, il en résulte également un préjudice pour les clients, qui prend généralement la forme d'une hausse des prix »<sup>155</sup>.

### **Section II : La nouvelle présomption réfragable de préjudice résultant des ententes**

La jurisprudence allemande avait déjà ouvert la voie à cette présomption mais de manière assez floue. Elle se basait sur les premiers éléments de preuve du préjudice. Il ne fallait donc pas prouver l'existence même du préjudice mais la simple « possibilité de survenance d'un préjudice »<sup>156</sup>. Il était ensuite possible, dans le chef du défendeur, de renverser cette preuve *prima facies*, « en invoquant des faits pouvant justifier la possibilité de survenance d'un préjudice pour des cas isolés. Tandis que la présomption du préjudice prévue dans la directive ne peut être renversée qu'au moyen d'une preuve certaine »<sup>157</sup>.

Le droit italien contenait également les germes de cette présomption. Celle-ci se fondait sur un préalable : une décision de l'ANC. En effet, la Cour de cassation italienne a affirmé, dans son arrêt du 27 mars 2014, qu' « en invoquant la décision de l'autorité de concurrence,

---

*Européenne*, *op. cit.*, p.14. Voy. aussi CHAGNY M., «Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », in *Communication Commerce électronique*, n° 12, déc. 2010, p. 122.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> Kammergericht Berlin, arrêt *Berliner Transportbreton* du 1<sup>er</sup> octobre 2009, 2 U 10/03 (Kart.), Wu W/E-R 2773s., § 38 et s.

<sup>157</sup> BIEN F., « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », *op. cit.*, p. 16.

*on apporte non seulement la preuve de l'existence d'un comportement anticoncurrentiel et de son aptitude à causer un dommage aux consommateurs, mais aussi la preuve du fait que ce dommage a été concrètement causé aux consommateurs »<sup>158</sup>.*

L'article 17§2 de la directive vient consacrer cette présomption :

*« Il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice. L'auteur de l'infraction a le droit de renverser cette présomption ».*

---

<sup>158</sup> PIETRINI S., « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », *op. cit.*, p. 19. ; Cass. it., 27 mars 2014, commentaire de PIETRINI S., « La Cour de Cassation italienne revient sur l'articulation entre *private enforcement* et *public enforcement* en admettant un aménagement de la preuve des conditions de responsabilités en vue de la réparation du préjudice subi par les consommateurs », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n° 3-2014, p. 211.

## **Chapitre 2 : Quantification du préjudice**

*« Les États membres veillent à ce que ni la charge ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne rendent l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement impossible ou excessivement difficile »<sup>159</sup>.*

### **Section I: Méthodes et difficultés**

#### **§1 : Difficultés et expertise**

Les difficultés liées à la quantification du préjudice sont évoquées par la directive en son considérant 45. Ainsi est pointé le fait que *« ce processus repose sur un grand nombre de données factuelles et peut nécessiter l'application de modèles économiques complexes »*. C'est dans cette optique que fut publié en 2013, par la Commission, le *Guide pratique* précité définissant différentes méthodes d'estimation du préjudice. Ces méthodes étant de nature plus économique que juridique, nous ne les passeront que succinctement en revue ci-après.

Afin de surmonter ces difficultés, les ANC se voient conférer par la directive le rôle d'experts. L'article 17 §3 prévoit en effet que *« Les Etats membres veillent à ce que, dans le cadre d'une procédure relative à une action en dommages et intérêts, une autorité nationale de concurrence puisse, à la demande d'une juridiction nationale, aider ladite juridiction nationale en ce qui concerne la quantification du montant des dommages et intérêts lorsque cette autorité nationale de concurrence estime qu'une telle aide est appropriée »*. L'opportunité de cette expertise est donc laissée à la libre initiative des ANC qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

#### **§2 : Une notion préalable essentielle : Le « scénario contrefactuel »**

##### **hypothétique**

---

<sup>159</sup> Art. 17 §1 de la directive.

À nouveau, nous nous référons aux termes du guide pratique pour définir ce scénario relevant plus de l'économie que du droit, et renvoyons le lecteur intéressé audit guide pour le surplus.

Ainsi, « *Lorsqu'il s'agit de quantifier le préjudice subi du fait de pratiques anticoncurrentielles, la question principale est de déterminer ce qui se serait vraisemblablement produit si l'infraction n'avait pas été commise. Cette situation hypothétique ne peut pas être observée directement et il est nécessaire de procéder à des estimations pour construire un scénario de référence avec lequel la situation réelle peut être comparée. On appelle ce scénario de référence le «scénario sans infraction» ou «scénario contrefactuel» («counterfactual scenario» en anglais) »<sup>160</sup>*

### **§3 : Les méthodes**

#### **A. Les méthodes comparatives**

##### **1. Intérêt**

*« L'intérêt des méthodes comparatives dans leur ensemble réside dans le fait qu'elles s'appuient sur des données réelles observées sur le même marché ou sur un marché analogue. Ces méthodes se fondent sur le postulat de base que le scénario de comparaison peut être considéré comme représentatif de la situation qui aurait vraisemblablement prévalu en l'absence d'infraction (scénario contrefactuel) et que les écarts constatés entre les données observées pendant l'infraction et celles choisies aux fins de la comparaison sont imputables à l'infraction. Les caractéristiques du marché qui peuvent être importantes pour déterminer si deux marchés sont suffisamment similaires sont le degré de concurrence et de concentration sur les marchés considérés, les caractéristiques des coûts et de la demande et les barrières à l'entrée. La question de savoir si le niveau de similitude entre la période d'infraction ou le marché affecté par l'infraction et la période ou le marché de comparaison est considéré comme suffisant pour que les résultats d'une telle comparaison puissent être utilisés pour quantifier le préjudice dépend des systèmes juridiques nationaux.*

---

<sup>160</sup> Comm. eur., *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, op. cit., p.11.

*Lorsque des différences significatives existent entre les périodes ou les marchés considérés, diverses techniques peuvent être utilisées pour tenir compte de ces différences »<sup>161</sup>*

## **2. Techniques**

### a) Comparaison dans le temps sur un même marché

*« Une méthode fréquemment utilisée consiste à comparer la situation réelle au cours de la période pendant laquelle l'infraction a produit ses effets avec la situation sur le même marché avant qu'elle ne produise ses effets ou après leur disparition. À titre d'exemple, supposons qu'une entreprise ait abusé de sa position dominante en évinçant un concurrent du marché pendant les années 2004 et 2005; la méthode envisagée consisterait à comparer les bénéfices réalisés par le concurrent en question au cours de la période d'infraction avec ceux qu'il avait réalisés en 2002 et 2003, lorsque l'infraction n'existait pas encore. On peut aussi prendre l'exemple d'une entente ayant pour objet de fixer les prix (...) qui aurait duré de 2005 à 2007 et pour laquelle la méthode consisterait à comparer le prix payé par les clients des membres de l'entente pendant la durée de l'infraction avec celui payé au cours d'une période postérieure à celle de l'infraction, par exemple en 2008 et 2009 »<sup>162</sup>.*

Il y a ainsi trois points de référence possibles : comparaison « avant/pendant », comparaison « pendant/après », comparaison « avant/pendant/après ». L'avantage des trois réside dans le fait que les caractéristiques du marché (degré de concurrence, structure du marché, caractéristiques des coûts et de la demande) se prêtent davantage à la comparaison. L'écueil se trouve lui dans le fait que certains écarts entre la situation pendant l'infraction et celle avant ne sont pas dus exclusivement à l'infraction, surtout si elle est de longue durée (évolution des prix, des pratiques comptables, etc.).

On notera utilement que cette méthode a été appliquée par le juge allemand dans l'affaire ORWI précédemment analysée, en constatant en l'espèce que « *la différence résultant du prix*

---

<sup>161</sup> Comm. eur., *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, op. cit., pp.18-19.

<sup>162</sup> *Ibid.* p. 19.

*du cartel et du prix concurrentiel hypothétique s'obtient par la moyenne entre les prix exigés par les participants au cartel et le prix plus bas qui était pratiqué avant la conclusion de l'entente sur les prix du papier autocopiant »<sup>163</sup>.*

b) Comparaison avec des données concernant des marchés géographiques distincts mais analogues (« méthode étalon » ou « méthode transversale »)

*« Une autre méthode comparative consiste à examiner les données observées sur un marché géographique distinct aux fins de l'estimation d'un scénario contrefactuel. Ces données peuvent concerner l'ensemble du marché géographique de comparaison ou certains acteurs du marché uniquement. À titre d'exemple, dans le cas du cartel de la farine décrit ci-dessus (...) les prix payés pendant la période d'infraction par la boulangerie ayant introduit une demande de dommages et intérêts pourraient être comparés avec ceux payés par des boulangeries analogues sur un marché géographique distinct, non concerné par l'infraction. Le même type de comparaison peut être fait pour toute autre variable économique, par exemple les parts de marché, les marges bénéficiaires, le taux de rendement du capital, la valeur des actifs ou le niveau des coûts d'une entreprise. Une comparaison avec les résultats commerciaux d'entreprises opérant sur un autre marché géographique non concerné par l'infraction sera particulièrement utile dans les cas de pratiques d'éviction »<sup>164</sup>.*

c) Comparaison avec des données concernant des marchés de produits distincts mais analogues (également « méthode étalon » ou « méthode transversale »)

*« Une approche analogue à la comparaison entre deux marchés géographiques distincts consiste à s'intéresser à un marché de produits différent ayant des caractéristiques similaires. À titre d'exemple, dans le cas d'un comportement d'éviction empêchant partiellement une entreprise de vendre un produit, la marge bénéficiaire réalisée par cette dernière sur le marché affecté par l'infraction pourrait être comparée avec celle réalisée pour un autre produit*

---

<sup>163</sup> BIEN F. « Jurisprudences européennes et étrangères », *op. cit.*, p.232.

<sup>164</sup> Comm. eur., *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p.22.

échangé (par cette même entreprise ou par une entreprise similaire) sur un marché de produits distinct mais analogue »<sup>165</sup>

**d) Combinaison des comparaisons dans le temps et entre marchés (« méthode des doubles différences »).**

« Lorsque l'on dispose de suffisamment de données, il est possible de combiner des comparaisons dans le temps avec des comparaisons entre marchés. On parle parfois, dans ce cas, de «méthode des doubles différences» du fait que l'exercice consiste à examiner l'évolution de la variable économique considérée (par exemple, le prix de la farine) sur le marché affecté par l'infraction au cours d'une certaine période (différence dans le temps sur le marché affecté par l'infraction) et de la comparer avec l'évolution de la même variable au cours de la même période sur un marché de comparaison non concerné par l'infraction (différence dans le temps sur le marché non concerné par l'infraction). La comparaison fait ainsi apparaître la différence entre ces deux différences dans le temps. On peut ainsi estimer la part d'évolution de la variable qui a été induite par l'infraction et exclure tous les facteurs qui ont influencé de la même manière le marché affecté par l'infraction et le marché de comparaison. Cette méthode constitue donc un moyen d'isoler les effets de l'infraction des autres influences agissant sur la variable considérée comme commune aux deux marchés »<sup>166</sup>.

**B. Les méthodes autres que comparatives**

Le guide pratique présente encore d'autres types de méthodes<sup>167</sup>. Nous ne faisons ici que les citer pour mémoire :

- 1. La méthode fondée sur des modèles économiques adaptés au marché réel**
- 2. La méthode fondée sur les coûts et méthode fondée sur des approches financières.**
- 3. Autres méthodes**

---

<sup>165</sup> Ibid. p.24.

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Ibid. p.38 s.

## Section II : Mesure du « taux de passing-on »

Si la quantification du préjudice n'est pas chose aisée en soi, elle est d'autant plus complexe lorsque le surcoût a été répercuté. Des paramètres d'ordre économiques, tels que l'effet volume et *l'augmentation de la marge réalisée par le client direct sur les unités vendues* »<sup>168</sup> doivent être pris en compte. Le *quantum* du surcoût est déterminé selon un calcul relativement complexe débouchant sur un « taux de *passing-on* ». A nouveau, vu la complexité de la matière, il ne nous sera pas possible d'étudier ces mécanismes dans le cadre du présent mémoire et renvoyons le lecteur intéressé à l'excellent article de Francesco ROSATI<sup>169</sup> intitulé « Le Passing-on defence. Les critères d'évaluation économique »<sup>170</sup>.

## Section III : La nouvelle compétence du juge national pour quantifier le préjudice

*« Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles »*<sup>171</sup>.

La directive laisse ainsi une large place à l'estimation, notion peu connue de la plupart des droits internes des Etats membres. On n'en trouve aucune définition en droit belge, pas plus en droit français<sup>172</sup>. Or, si l'on s'en tient à la conception classique de la notion d'estimation, on se heurte à un important principe du droit de la responsabilité civil qui rejette l'approximation et impose que *« la somme due au titre des dommages-intérêts doit correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable »*<sup>173</sup>. Toutefois, en

---

<sup>168</sup> ROSATI F., « Le Passing-on defence. Les critères d'évaluation économique », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n° 4-2011, p.8.

<sup>169</sup> Économiste.

<sup>170</sup> OSATI F., « Le Passing-on defence. Les critères d'évaluation économique », *op. cit.*, pp. 8-10.

<sup>171</sup> Art. 17 §1 *in fine* de la directive ; voy également CLIFFORD CHANCE, *La Directive sur les actions en réparation du fait d'infractions au droit de la concurrence : quelles perspectives ? op. cit.*

<sup>172</sup> Voy. À cet égard CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels – Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile, in *Recueil Dalloz* 1290, 2015.

<sup>173</sup> VINEY G., JOURDAIN P., *Les effets de la responsabilité*, n° 57, Paris, LGDJ, 2010, p.156.

matières concurrentielles, ce principe est assoupli dès lors que, comme le rappellent les Professeurs Muriel CHAGNY et Suzanne CARVAL précités, « *l'appréciation du préjudice ne peut (...) être effectuée qu'à l'aide d'hypothèses, que l'on formule grâce à des méthodes de comparaison ou de modélisation* »<sup>174</sup> et que, comme on l'a vu, « *leur mise en œuvre est elle-même tributaire de données factuelles disponibles. Les résultats auxquels conduisent ces méthodes sont nécessairement affectés d'une marge d'erreur plus ou moins importante suivant la cas d'espèce* »<sup>175</sup>.

En Allemagne, la transposition de cette disposition ne sera pas nécessaire dans la mesure où ce pouvoir d'estimation par le juge est déjà ancré en droit interne par le paragraphe 287 ZPO<sup>176</sup>.

Le Code civil italien permet déjà lui aussi au juge italien de statuer en équité, et partant d'estimer le montant du préjudice, *à condition qu'il soit impossible de prouver le montant exact du préjudice subi* »<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> S'agissant de ces méthodes, nous renvoyons aux développements effectués *supra*.

<sup>175</sup> CHAGNY M., CARVAL S., « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, p. 8.

<sup>176</sup> BIEN F., « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », *op. cit.*, p. 15.

<sup>177</sup> PIETRINI S., « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », *op. cit.*, p. 19.

### Titre III

#### *Restitutio in integrum* : des avancées ?

### ***Chapitre 1 : Une avancée qui répondra à de nombreuses demandes***

Les divergences entre États membres en matière d'action en réparation, qu'il aurait été trop long d'aborder en détails dans le cadre du présent mémoire, ont suscité de nombreuses demandes, tant de la part des spécialistes que des particuliers, en vue de faciliter ces actions en matière concurrentielle et de permettre une réparation intégrale du préjudice.

Ainsi, s'agissant du *passing-on defence*, la Commission proposait déjà dans son Livre blanc d'éluder ces problèmes en instaurant une présomption réfragable selon laquelle la totalité du surcoût a été répercutée. Les acheteurs directs se verraient alors systématiquement opposer l'argument par l'auteur de la pratique. Les victimes indirectes seraient fondées à obtenir réparation, étant donné que préjudice est présumé, sauf si l'auteur de la pratique prouve que son client direct n'a pas répercuté le surcoût.

La directive répond positivement à cette attente en consacrant une présomption de *passing-on*.

## ***Chapitre 2 : Un nouveau cadre légal en perspective au sein des Etats membres***

L'un des premiers constats émis dans le cadre du présent écrit était, on s'en souvient, le fait que les Etats membres allaient inmanquablement devoir adapter leur droit de la responsabilité aux spécificités du droit de la concurrence. Ainsi, la directive apporte-t-elle une avancée à cet égard ? Concernant l'établissement de la faute, la Directive ne consacre pas le fait que la faute concurrentielle correspondrait à la faute civile au sens du droit commun. Bien que cette équation « faute concurrentielle-faute civile » soit généralement reconnue par la doctrine et la jurisprudence<sup>178</sup>, elle n'est nullement bétonnée dans un texte légal. Rien n'oblige par conséquent le juge national à considérer qu'un comportement illicite sur le plan concurrentiel constitue une faute pouvant engager une action en responsabilité civile telle qu'organisée par le droit commun<sup>179</sup>. La Cour de cassation française l'a d'ailleurs expressément confirmé dans son arrêt *Lectiel*, déclarant que « même si l'autorité nationale de la concurrence a établi l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence, le juge de fond est encore tenu de rechercher si la faute génératrice du préjudice résulte bien des pratiques retenues comme constitutives de l'infraction au droit de la concurrence »<sup>180</sup>.

La difficulté d'établir la faute n'est donc pas éludée par la directive.

Ceci vaut du moins en ce qui concerne les cas où le comportement n'a pas donné lieu à une condamnation préalable d'une ANC. En effet, concernant ce cas de figure, la directive apporte une avancée majeure qui facilitera l'action en réparation dans la mesure où les décisions des ANC lieront désormais le juge national. En d'autres mots, si une autorité établit l'existence d'une faute dans le cadre d'un comportement anticoncurrentiel, celle-ci sera définitivement

---

<sup>178</sup> CA Paris, 25<sup>ème</sup> chambre A, 28 juin 2002, *SARL Philippe Streif Motorsport e.a. c/ SAS Speedy* : « La violation des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce (ndlr : équivalents français des articles 101 et 102 TFUE) constitue des fautes délictuelles justifiant l'action en réparation engagée (...) sur le fondement de l'article 1382 du Code civil » ; CLAUDEL E., « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n° 2-2009, p. 29 ; CHAGNY M., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », in *Communication Commerce Electronique* n° 12, 2010, point 122.

<sup>179</sup> AMARO R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, op. cit., p. 126.

<sup>180</sup> Cass. fr., *Lectiel c/ France Télécom*, 23 mars 2010, 08-20427.

établie et le juge national ne pourra conclure à l'absence de faute. La décision d'une ANC devient ainsi une présomption irréfutable de faute, et ce en vertu de l'article 9 de la Directive :

*1. Les États membres veillent à ce qu'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou par une instance de recours soit considérée comme établie de manière irréfutable aux fins d'une action en dommages et intérêts introduite devant leurs juridictions nationales au titre de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou du droit national de la concurrence.*

*2. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une décision définitive visée au paragraphe 1 est prise dans un autre État membre, cette décision finale puisse, conformément au droit national, être présentée devant leurs juridictions nationales au moins en tant que preuve prima facie du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise et, comme il convient, puisse être examinée avec les autres éléments de preuve apportés par les parties.*

*3. Le présent article s'entend sans préjudice des droits et obligations des juridictions nationales découlant de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

Cet article constitue donc une avancée majeure en matière d'incitation à l'action en réparation. Mais qu'en est-il des apports concrets de la directive en matière de détermination et de quantification du préjudice ? Les trois grandes nouveautés apportées par cette dernière se situent au niveau de l'établissement d'une présomption de *passing-on* (section I), d'une présomption de préjudice résultant d'une entente (Section II) et du nouveau pouvoir de quantification conféré au juge national (Section III).

## **Section I : Une présomption de *passing-on***

Comme cela a été précisé *supra*, le *passing-on* défensif consiste, dans le chef l'auteur de l'infraction, à soulever ce moyen afin d'établir que la victime directe n'a subi aucun préjudice, celui-ci ayant été reporté sur une victime indirecte. Jusqu'alors, la charge de la preuve reposait sur la victime directe, qui devait prouver la non répercussion du surcoût afin d'établir l'existence

de son préjudice. Dorénavant, comme le souligne à juste titre Frédéric PUEL, « la directive facilite la tâche des victimes directes étant donné qu'elle fait reposer la charge de la preuve de la répercussion du surcoût sur le défendeur (c'est à dire sur l'auteur de l'infraction) »<sup>181</sup>. On l'a vu précédemment, le moyen était déjà reconnu, contrairement aux Etats-Unis, dans la plupart des ordres juridiques internes aux Etats membres. Mais des divergences subsistaient, notamment s'agissant de la charge de la preuve. En France par exemple, la jurisprudence estime qu'il revient à la victime directe, dans le cadre du *passing-on* défensif, de prouver la non répercussion du préjudice, à l'inverse de ce que préconise l'article 13 de la Directive<sup>182</sup>.

Mais c'est essentiellement du côté du *passing-on* offensif que la directive vient bouleverser les procédures. En effet, bien qu'il était jusqu'alors d'ores et déjà considéré par certaines juridictions étatiques comme un « usage commercial »<sup>183</sup>, la directive franchit un pas supplémentaire en conférant désormais au *passing-on* le statut de présomption, dispensant ainsi le consommateur final, victime indirecte et réelle de la pratique, de prouver que son cocontractant a reporté sur lui le surcoût issu de l'entente ou de l'abus de position dominante. La directive facilite par conséquent l'action des consommateurs finaux, ceux-ci ne devant désormais plus prouver le préjudice subi par un report de surcoût. Il leur suffira en effet d'établir qu'ils se sont fournis auprès d'une victime directe de l'auteur, lequel est présumé avoir reporté le surcoût.

Si un bémol subsiste, il se situe au niveau de la « production des preuves d'achat par les acheteurs indirects » qui restera un écueil dans le chef de ces derniers.<sup>184</sup>

## Section II : Une présomption de préjudice résultant des ententes

« Il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice. L'auteur de l'infraction a le droit de renverser cette présomption »<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> PUEL F., « La Directive 2014/104 : Un nouvel outil dans l'arsenal des autorités de concurrence », in *Fidal, Avis d'experts en droit des affaires*, 2016, <http://www.fidal-avocats-leblog.com/2016/07/directive-2014104-nouvel-outil-larsenal-autorites-concurrence/>.

<sup>182</sup> « la charge de la preuve (...) incombe au défendeur, qui peut raisonnablement exiger la productions d'informations par le demandeur ou par des tiers ».

<sup>183</sup> *Cfr. Supra*.

<sup>184</sup> PUEL F., « La Directive 2014/104 : Un nouvel outil dans l'arsenal des autorités de concurrence », *op. cit.*

<sup>185</sup> Art. 17§2 de la Directive.

Cette nouveauté apportée par la directive facilitera largement la détermination du préjudice dans les cas de cartels. Elle existait déjà en droit hongrois et avait déjà été appliquée par la jurisprudence allemande<sup>186</sup>. Les Etats membres devront désormais adapter leur droit à cette exigence. Une différence subsiste par exemple en France, où « *contrairement à la directive, qui énonce une présomption simple, la formulation de la règle prétorienne paraît exclure toute possibilité de rapporter la preuve contraire* »<sup>187</sup>.

### **Section III : Une nouvelle prérogative dans le chef du juge**

Nous avons ciblé ci-avant la réelle difficulté que constitue la quantification du dommage et avons vu que la directive conférait un nouveau pouvoir de quantification au juge, lorsqu'il est « *pratiquement impossible ou excessivement difficile de le quantifier avec précision sur la base des éléments de preuve disponibles* »<sup>188</sup>. Là aussi, les Etats membres sont amenés à adapter leurs procédures judiciaires civiles respectives et à « *assouplir, si nécessaire, l'exigence de certitude du dommage qui est généralement consacrée par leurs droits nationaux. Si le demandeur ne peut établir l'exact quantum de son préjudice, il suffit qu'il en fournisse une estimation. Il en va, comme le répètent inlassablement les autorités européennes, de l'effectivité du droit de l'UE* »<sup>189</sup>.

Notons enfin qu'une certaine doctrine s'interroge, et pour cause, quant à la licéité de ce pouvoir exorbitant du juge au regard du droit au procès équitable<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> CHAGNY M., CARVAL S., « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, p.6.

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> Art. 17 de la Directive.

<sup>189</sup> CHAGNY M., CARVAL S., « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, p.8.

<sup>190</sup> HUBERT P., « La Directive sur les actions en réparation du fait d'infractions au droit de la concurrence : quelles perspectives ? », *op. cit.*

## Conclusion

Nous pouvons à présent conclure de notre exposé que la directive apporte de toute évidence une réelle avancée en matière de réparation du préjudice issu d'infractions au droit de la concurrence.

La présomption de *passing-on*, qu'elle instaure, couplée à l'introduction d'une action de groupe sous l'impulsion des recommandations de la Commission, permettra aux victimes, d'une part un accès plus facile à la justice, et d'autre part d'obtenir, le cas échéant, une réparation intégrale du dommage subi. L'on peut cependant regretter que le législateur européen ne soit pas allé plus loin à deux égards.

En premier lieu, si l'action de groupe joue un rôle majeur, les Etats membres ne sont toutefois nullement tenus à une harmonisation et restent libres de suivre ou non les règles de *soft law* de la Commission.

Par ailleurs, la question de l'interdiction des intérêts punitifs peut également nous laisser perplexes compte tenu de l'objectif dissuasif poursuivi par l'Union via l'action en dommage et intérêts ainsi que de l'évolution de l'esprit européen en ce sens. Sans doute n'aurait-il pas été bienvenu d'imposer aux États une harmonisation en la matière. Mais nous pensons pour notre part, nous ralliant ainsi à une certaine doctrine, qu'il eût probablement été judicieux de laisser auxdits Etats membres la liberté de ce choix au sein de leurs droits de la responsabilité civile respectifs, tel que ce fût le cas au Royaume-Uni.

S'agissant de la détermination du préjudice, nous avons vu que l'instauration d'une présomption de préjudice résultant d'une entente était elle aussi une avancée incontestable qui permettra désormais aux victimes de simplement faire établir par le juge national l'existence d'une faute, en l'occurrence une entente illicite, pour obtenir réparation de son préjudice dans même devoir établir l'existence dudit préjudice, lequel était précisément très compliqué à établir. Là aussi, l'apport de la directive est véritablement le bienvenu.

Enfin, la problématique de la quantification reste pour le moins délicate. Le guide pratique de 2013 posait pour sa part de bons jalons permettant au juge de disposer de méthodes de quantification sommes toutes assez complexes mais tout-à-fait appropriées. La directive n'apporte toutefois rien de fondamental à cet égard, si ce n'est un pouvoir de ce que nous qualifierons de « libre quantification » du juge lorsque ce *quantum* est presque impossible à déterminer. Outre le fait que ce pouvoir exorbitant laisse interrogative une partie de la doctrine – à laquelle nous nous rallions – au regard du droit à un procès équitable, il appert que le juge ne dispose d'aucun nouvel outil autre que le guide pratique et que le manque de formation des magistrats à cet égard continue à poser problème.

Toujours est-il que, nonobstant certains bémols évoqués, l'Union européenne a par cette directive apporté une réelle plus value au *private enforcement*, cela est indéniable. Les dispositions concernées ont à présent été intégrées aux différents droits nationaux. Reste à voir dans la pratique l'usage que feront les magistrats des outils ainsi mis à leur disposition. Dès lors, la jurisprudence évoluera, l'Europe s'adaptera et le droit privé de la concurrence se façonnera.

# BIBLIOGRAPHIE

## 1. Législation, avis et recommandations

### A. Au niveau international

- O.C.D.E., *Lutte contre les ententes injustifiables. Effets dommageables, sanction efficaces et programme de clémence*, rapport 2002, p. 98.

### B. Au niveau européen

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, C 326/01, 26 octobre 2012, art. 101 et 102,  
<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>.
- Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 349/1, 26 novembre 2014,  
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2014.349.01.0001.01.FRA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.349.01.0001.01.FRA).
- Comm. eur., *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 20 décembre 2005,  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A126120>.
- Comm. eur., *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008,  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A126124>.
- Recommandation de la Commission Européenne du 11 juin 2013 : « La Commission recommande aux Etats membres de se faire doter de mécanismes de recours collectifs pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice »,  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A126124>.

- Comm. eur., *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, 2014, Bruxelles, p. 16 et s., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A126124>.
- Comm. eur., Communiqué de presse : « Ententes et abus de position dominante : la Commission de félicite de l'adoption par le Conseil de la directive relative aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence », 10 novembre 2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A126124>.
- Parl. eur., *Résolution sur le Livre vert intitulé "Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante"*, 25 avril 2007, n° 2006/2207, Cons L.17.

### C. Au sein des ordres juridiques étrangers

- Art. 1382 et s. C. civ. fr.
- Art. 2043 et s. C. civ. ital.
- Art. 162 C. civ. néerl.
- Art. 33, al. 3 C. civ. all.
- Loi française du 17 mars 2014 relative à la consommation, n° 2014-344, *J.O.R.F.*, 18 mars 2014.
- Antitrust Modernization Commission (USA), *Report and Recommendations*, 2 April 2007, 269.
- Conseil de la Concurrence français, *Avis relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 21 septembre 2006, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>.
- Position de France Télécom SA. sur le livre vert de la Commission Européenne du 20 décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

### D. Au niveau belge

- Art. 1382 et s. C. civ.
- Loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 29 septembre 2006.
- Loi du 3 avril 2013 portant insertion du Livre IV « Protection de la concurrence » et du Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013.
- Loi du 28 mars 2014 portant insertion du titre 2 « De l'action en réparation collective » dans le Livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique, *M.B.*, 29 avril 2014.
- C.C.E., Commission de la Concurrence, *Avis relatif aux actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence*, Bruxelles, 2016, p.11.

## 2. Jurisprudence

### A. Au niveau européen

- C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62.
- C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77.
- C.J.C.E., 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady c. Conseil et Commission*, 238/78, in *Rec. C.J.C.E. 1979*, p. 2955.
- C.J.C.E., 10 juillet 1990, *Grèce c. Commission*, C-259/87, in *Rec. C.J.C.E.* p. I-2845.
- C.J.C.E., 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, in *Rec. CJCE 2000*, p. I-7145.
- C.J.C.E., 20 février 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, C-453/99, in *Rec. C.J.C.E. 2001*, p. I-06297.
- C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriaticu Assicurazioni SpA*, C-295/04. et C-198/04, in *Rec. C.J.C.E. 2006*, p. I-06619.
- C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Masdar (UK) Ltd c. Commission*, C-47/07 P, in *Rec. C.J.C.E. 2008*, p. I-09761.

- C.J.U.E., 3 septembre 2009, *ORWI*, C-322/07 P.
- C.J.U.E., 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis*, C-678/10.
- C.J.U.E., 5 juin 2014, *Kone c/ OBB- Infrastruktur*, C-557/12.
- T.P.I. C.E., 10 octobre 2001, *Corus UK c. Commission*, T-171/99, in *Rec. C.J.C.E 1990*, p. I-2967.
- T.P.I. C.E., 3 avril 2003, *Vieira en Vieira Argentina c. Commission*, T-44/01, T119/01 et T126/01 in *Rec. CJCE 2003*.
- Cour eur. D.H., *Wendenburg et al. v. Deutschland*, 6 février 2003, req. n° 71630/01.
- Comm. eur., décision du 20 décembre 2001, COMP/E1/36.212.

#### B. Au niveau des juridictions étrangères

- Cour suprême des Etats-Unis, 1968, *Hanover Schoe & Co c. United Schoe Machinery Corporation*, 392 U.S. 481.
- Cour suprême des Etats-Unis, 1977, *Illinois Brick Co. c. State of Illinois*, 431 U.S. 720.
- Cass.. fr., 15 juin 2010, *Ajinomoto Eurolysine c/ Doux aliments Bretagne*, n° 09-15816.
- Paris, 22 octobre 1997, *SA Concurrence c/ Sony*, R.G. n° 09/894.
- Paris, 30 septembre 1998, R.G. n° 98/022264.
- Paris, 22 octobre 2001, R.G. n° 2001-157128.
- Paris, 23 juin 2004, R.G. n° 2004-247697.
- Paris, 10 juin 2009, R.G. n°07/10478.
- T. Com. Nanterre, 11 mai 2006, *SA Laboratoires c. Sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche*.
- Hof Amsterdam, 12 novembre 2010, NJ 2010/683, LJN: BO3908.
- Landgericht Mannheim, 29 avril 2005, Az. 22 O 74/04 Kart.
- Langericht Düsseldorf, 9 mars 2006, *Cartel damage Claim SA c. Cemex*, Az. 34 O147/05 Kart.

- Trib. rég. Karlsruhe, 11 juin 2010, Az. 6 U 118/05 Kart.
- Trib. rég. Berlin, 1<sup>er</sup> octobre 2009, Az. 2 U 10/03 Kart.
- App. Cagliari, 23 janvier 1999, *Unimare S.R.L.C. c. Geasar S.P.A.* in *Giur. It.*, 2000, p. 346.
- App. Torino, 6 juillet 2000, *Incentive Company S.R.L. c. Juventus F.C. S.P.A.*, in *Dano e resp.*, 2001, p.46.

### C. Au niveau belge

- Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272.
- Cass., 23 décembre 1943, *Pas.*, 1944, I, p. 123.
- Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 491.
- Cass., 17 avril 1975, I, p. 286.
- Cass., 19 novembre 1982, *Pas.* 1983, I, p. 338.
- Cass., 8 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 638.
- Liège, 29 septembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 522.
- Liège, 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 557.
- Mons, 24 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 521.

### D. Doctrine

- C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, p. 1406.
- ACTUALITÉ DU DROIT BELGE, « La directive européenne relative aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence », <http://www.actualitesdroitbelge.be/droit-des-affaires/droit-des-affaires-abreges-juridiques/la-directive-europeenne-relative-aux-actions-en-dommages-et-interets-pour->

[infraction-au-droit-de-la-concurrence/la-directive-europeenne-relative-aux-actions-en-dommages-et-interets-pour-infraction-au-droit-de-la-concurrence.](#)

- AFFERNI G., « La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario », in *Concorrenza e Mercato, Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 16/2008, Giuffrè Editore, 2009, p. 497 et s.
- ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, comparative report, 31 août 2004.
- BECKER L., « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », in *Concurrences*, n°2, 2009, p. 6.
- BIEN F., PIETRINI S. et RODA J.-C., « Jurisprudences européennes et étrangères » in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, France, 2012, Institut de droit de la concurrence, pp. 231-242.
- BOUTARD LABARDE M., CANIVET G. et CLAUDEL E., « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », in *L.G.D.J., « Droit des affaires »*, 2008, p. 77 et s.
- BOUTHINON-DUMAS M., « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », in *Lamy Concurrence*, n° 38, 2011, p. 151.
- CATALA MARTY J., *Réflexion autour de l'action de groupe en droit de la concurrence*, 1<sup>er</sup> mars 2014, p. 11.
- CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels – Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 129.
- C.C.E., *Une institution au service de la concertation sociale*, Bruxelles, <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/presentation2fr.pdf>.
- C.C.I. Paris-Ile-de-France, *Pratiques anticoncurrentielles : Comment améliorer l'indemnisation des préjudices ? Proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence*, Rapport de KREPPER L.-B., 31 octobre 2013, pp. 9-10.
- Centre européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : Une volonté européenne*, [https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user\\_upload/cec-zev/PDF/documentation/etudes/Etude\\_action\\_de\\_groupe.pdf](https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/cec-zev/PDF/documentation/etudes/Etude_action_de_groupe.pdf).

- CHAGNY M., « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », in *Revue Lamy de la concurrence*, n° 4, 2005, p. 186.
- CHAGNY M., « Les beaux jours de la responsabilité civile dans le droit des pratiques anticoncurrentielles ? », in *Revue Lamy de la concurrence*, n° 6, 2006, p. 177 et s.
- CHAGNY M., « La notion de dommages-intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », in *Revue Lamy de la concurrence*, n° 5, 2006, p. 210.
- CHAGNY M., *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*, Paris, 21 Juin 2006, p. 149 et s.
- COMBE E., « A la recherche de la sanction optimale », in *Concurrences*, n°4, 2006, p. 10 et s.
- COMBE E., « Une introduction économique », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n° 4-2011 : Le « Passing-on defence », pp. 1-5.
- COMBE E., SIMIC I. et ROSATI F., « Le Passing-on defence » in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, France, 2011, Institut de droit de la concurrence, pp. 1-8.
- DE CORDT Y., DELFORGE C., LEONARD T. et POULLET Y., *Manuel de Droit commercial*, 2011, Limal, Anthemis, pp. 233-502.
- DEFFAINS B. et FERREY S., « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? A propos de l'affaire du Cartel du ciment allemand », in *Revue d'économie industrielle*, n° 131, France, 2010, pp. 51-68.
- HUBERT P., « La Directive sur les actions en réparation du fait d'infractions au droit de la concurrence : quelles perspectives ? », 2014, [http://www.cliffordchance.com/briefings/2014/04/la\\_directive\\_surlesactionsenreparation\\_d1.html](http://www.cliffordchance.com/briefings/2014/04/la_directive_surlesactionsenreparation_d1.html).
- IDOT L., *Droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- JADOUL P., *Droit des obligations*, 2010-2011, Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 117.
- JAUMARD J.-L., « De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defence » pour les consommateurs victimes » in *Le Concurrentialiste, Chroniques de droit économique*, 2012, pp. 1-5, <http://leconcurrentialiste.com/2012/11/30/reconnaissance-du-passing-on-defence>.
- JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », in *Concurrences*, n° 28, 2011, p. 157.

- JENNY F., « L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », in *J.C.P.G.* n° 37, 10 sept. 2012, p. 979 et s.
- JENNY F., CONNOR J.-M. et COMBE E., « L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique », in *Concurrences* n°4, 2006, p. 10.
- LANDES W. et POSNER R., « Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust laws ? An economic analysis of the rule of Illinois Brick », in *University of Chicago Law Review*, pp. 608 – 625.
- LECLERCQ M., *Les Class actions, Du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 98 et s.
- LEONARD T., « Violation de la concurrence et dommages et intérêts : une réparation bientôt plus aisée », in *Droit et technologies*, 2015, <http://www.droit-technologie.org/actuality-1696/violation-de-la-concurrence-et-dommages-et-interets-une-reparation-b.html>.
- LONDERS G., MOSSELMANS S., BOSSUYT A., « Deux principes généraux du droit issus du droit national et du droit communautaire : l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié et l'interdiction de l'abus de droit », in *1957 – 2007, Actes du Colloque pour le cinquantième anniversaire des traités de Rome : L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des Etats membres sur l'interprétation du droit communautaire*, Luxembourg, 26 mars 2007, p. 106 et s.
- PARDOLESI R., « La quantificazione del danno antitrust », in *Il private enforcement des diritto comunitario della concorrenza : ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Atti des Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 juin 2007, p. 122 et s.
- PRIETO C. et BOSCO D., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, pp. 1406-1447.
- RIFFAULT-SILK J., « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », in *R.L.C.*, 2006, n° 6, p. 85 et 88.
- ROSATI F., « Les critères d'évaluation économiques », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n° 4-2011 : Le « Passing-on defence », p. 8-10.
- SAINT-ESTEBEN R., « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence : Point de vue d'un juriste français », 25 avril 2007, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/26-04-2007/26-04-2007\\_st\\_esteben.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/26-04-2007/26-04-2007_st_esteben.pdf).
- SALONICO T., « The Italian Supreme Court recognizes the right of consumers for claim for damages in case of violation of antitrust rules », in *e-Competitions*, n° 27, 4 February 2005.

- SIMIC I., « La répercussion des surcoûts », in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n°4-2011 : Le « Passing-on defence », p. 6.
- SIMON D., « La légitimité du juge communautaire », in Sénat, *L'office du juge*, colloque, Paris, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006.
- VINEY G., « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », in *L.P.A.* 2002, n° 232, p. 66 et s.
- VINEY G. et JOURDAIN P., « Les effets de la responsabilité », in « *Traité de droit civil* », Paris, 2010, p. 156.
- VOGEL L., « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », in *Rev. Conc. Consom.* n° 115, mai-juin 2000, p. 6 et s.
- VOGEL L., *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, éditions Panthéon-Assas, collection Droit GLOBAL Law, Paris, 2013, p. 42 et 47.

## Table des matières

Introduction.....	7
<b>Titre liminaire.....</b>	<b>11</b>
<b>L'action en dommages et intérêts fondée sur des infractions au droit de la concurrence.....</b>	<b>11</b>
Section I : Un <i>Private enforcement</i> en droit européen de la concurrence .....	11
Section II : La réparation intégrale : « Tout le préjudice, rien que le préjudice » .....	14
Section III : Impact de l'émergence de l'action de groupe en droit européen .....	18
<b>Titre I.....</b>	<b>21</b>
<b>Le <i>Passing-on defence</i> .....</b>	<b>21</b>
Chapitre I – La notion de <i>Passing-on</i> .....	21
Section I : Définition .....	21
Section II : <i>Passing-on</i> défensif (ou <i>passing-on shield</i> ) .....	22
Section III : <i>Passing-on</i> offensif (ou <i>passing-on sword</i> ) .....	22
Chapitre II – Analyse critique du moyen de <i>Passing-on</i> .....	24
Section I : Avantages .....	24
Section 2 : Limites et inconvénients.....	28
Chapitre III – La reconnaissance du <i>passing-on</i> par les Etats membres et sa consécration par l'Union Européenne .....	33
Section 1 : <i>Passing-on</i> au sein des Etats membres .....	33

Section 2 : Consécration par l'Union Européenne .....	37
<b>Titre II</b> .....	<b>39</b>
<b>La détermination et la quantification du préjudice réel</b> .....	<b>39</b>
Chapitre I : Détermination du préjudice .....	39
Section I : Catégories de préjudices pouvant être déterminés.....	39
Section II : Effets.....	41
Chapitre 2 : Quantification du préjudice.....	43
Section I: Méthodes et difficultés .....	44
Section II : Mesure du « taux de passing-on » .....	56
Section III : La nouvelle compétence du juge national pour quantifier le préjudice .....	57
<b>Titre III</b> .....	<b>60</b>
<b><i>Restitutio in integrum</i> : des avancées ?</b> .....	<b>60</b>
Chapitre 1 : Une avancée qui répondra à de nombreuses demandes .....	60
Chapitre 2 : Un nouveau cadre légal en perspective au sein des Etats membres .....	61
Section I : Une présomption de passing-on .....	62
Section II : Une présomption de préjudice .....	63
Section III : Une nouvelle prérogative dans le chef du juge.....	64
<b>Conclusion</b> .....	<b>66</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>68</b>

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)



