



LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE CONTEMPORAIN - REGARDS CROISÉS

Master Droit des affaires, Spécialité Ingénierie des sociétés,

10 mars 2015

Faculté d'Aix-en-Provence

Institut de droit des affaires

Plan

1) L'essor des procédures négociées, en particulier la procédure d'engagement

- a. Présentation du droit français (D. Bosco)
- b. Présentation du droit européen (F. Bien)
- c. Aperçu rapide de la situation en Allemagne (F. Bien)

2) Les actions privées des victimes

- a. Présentation générale : enjeux, développements récents en France (D. Bosco)
- b. La directive européenne sur les action privée en dommages-intérêts pour violation au droit de la concurrence (F. Bien)

Règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Article 9 Engagements

(1) Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son **évaluation préliminaire**, la Commission peut, par voie de décision, **rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises**. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

(2) La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative:

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

Origines:

- *Consent Decree* (Transaction avec l'autorité) du droit antitrust américain
- Aucune disposition explicite dans le règlement n° 17/62.
- En pratique, la Commission délivra parfois, en matière d'entente, des attestations négatives ou des décisions d'exemption en vertu de l'actuel art. 101 al. 3 TFUE **sous réserve du respect des engagements pris** par les entreprises concernées (Ex.: Commission, 7.4.2004, JO 2004 L 362/17, §§ 160- 175 - *Air France/Alitalia*: engagement des parties de mettre à disposition certains créneaux à des concurrents)
- Inspiration du règlement CE sur les concentrations. Cf. l'actuel art. 8 al. 2 du Règlement CE sur les concentrations 139/2004:
*« La Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées se conforment aux **engagements qu'elles ont pris** à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun. »*

La procédure en matière d'engagements (Art. 9 règlement n° 1/2003)

(V. règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004)

- Ouverture de la procédure administrative par la Commission (d'office ou à l'occasion d'une plainte formulée par une entreprise victime du comportement en question)
- Notification de l'évaluation préliminaire (cf. communication des griefs) exposant les préoccupations de la Commission en matière de concurrence.
- Proposition d'engagements par l'entreprise.
- Publication au JO d'une communication résumant l'affaire et la proposition d'engagements, et invitant les tierces parties intéressées à présenter leurs observations (Art. 27 § 4 règlement (CE) n° 1/2003)
- Modification éventuelle des engagements à la suite de l'information de l'entreprise concernée des observations faites par les tierces
- Décision d'acceptation des engagements par la Commission

Avantages de la procédure d'engagement

Commission

- Gains procéduraux (analyse seulement préliminaire, moins approfondie)
- Respect des droits procéduraux des entreprises moins prononcés, car pas de contradictoire
- Rapidité de la procédure et du rétablissement de la concurrence (Google ?)
- **Plus grande liberté dans le « choix » d'un remède efficace**

Entreprises

- Pas de constatation d'une infraction et donc pas de force probatoire dans les procédures civiles en vertu de l'art. 16 règl. n° 1/2003 (cf. art. 9 Directive sur les actions privées), seulement analyse préliminaire
- Pas d'amende
- Rapidité de la procédure

Règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Article 7 Constatation et cessation d'une infraction

(1) Si la Commission, agissant d'office ou saisie d'une plainte, **constate l'existence d'une infraction** aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à **mettre fin à l'infraction constatée**. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour **faire cesser effectivement l'infraction**. [...]

(2) [...]

Règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Article 9 Engagements

(1) Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction [cf. l'art. 7 précité] et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son **évaluation préliminaire**, la Commission peut, par voie de décision, **rendre ces engagements obligatoires** pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

(2) La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative:

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

Les affaires „Windows Media Player“ (2004) et „Internet Explorer“ (2009)

Des abus de position dominante et de pratiques d'évasion semblables

Définition de la vente liée : la vente d'un produit donné (le produit liant) est subordonnée à l'achat d'un autre produit (le produit lié) à l'entreprise dominante

Marchés pertinents :

- Systèmes d'exploitation pour PC (quasi-monopole de Microsoft, produit liant)
- Lecteurs Multimédias (produit lié dans la 1ère affaire)
- Navigateurs web (produit lié dans la 2ème affaire)

Ventes liées

Éléments nécessaires pour conclure à une pratique interdite en vertu de l'art. 102 TFUE :

- (a) Les produits «liant» (système d'exploitation) et «lié» (WMP ou Internet Explorer) sont deux produits distincts (Achat chez des producteurs différents ?),
- (b) l'entreprise dont le comportement est incriminé occupe une position dominante sur le marché du produit liant,
- (c) l'entreprise dont le comportement est incriminé ne propose aux consommateurs d'autre choix que celui d'obtenir le produit lié automatiquement avec le produit liant,
- (d) la vente liée est susceptible de restreindre la concurrence (élément présumé).

COMP/C-3/37.792 „Microsoft I (Windows Media Player)“, Décision du 24.3.2004

Amende : 497.2 millions d'euros.

Mesures correctives (cf. l'actuel art. 7 Règlement n° 1/2003):

- Microsoft devra proposer aux équipementiers (OEM) une version de son système d'exploitation Windows pour PC clients ne comprenant **pas le lecteur WMP**.
- Microsoft conserve le droit d'offrir une version de son système d'exploitation Windows pour PC **équipée du lecteur WMP**. Elle devra cependant s'abstenir de recourir à tout moyen commercial, technique ou contractuel ayant pour effet de rendre moins intéressante ou moins performante la version non liée.

COMP/C-3/39.530 „Microsoft II (Internet Explorer)“, Décision du 16.12.2009

Pas d'amende (seulement plus tard, par décision du 6 mars 2013 pour non-respect des engagements: amende de 561 millions d'euros)

Pas de mesures correctives (Art. 7 Règlement n° 1/2003), mais approbation des engagements de Microsoft (Art. 9 Règlement n° 1/2003)

- Les **fabricants d'ordinateurs** auront la possibilité d'installer des navigateurs concurrents, de configurer ceux-ci comme navigateur par défaut et de désactiver Internet Explorer.
- Microsoft proposera, pour une durée de cinq ans, au sein de l'Espace économique européen (au moyen de la fonction Windows Update), un **écran multi-choix** qui permettra aux **utilisateurs** de Windows [...] de sélectionner le ou les navigateur(s) web qu'ils souhaitent installer en plus du navigateur Internet Explorer de Microsoft, ou à la place de celui-ci.

COMP/C-3/39.530 „Microsoft II (Internet Explorer)“, Décision du 16.12.2009

L'écran multi-choix



Inconvénients et risques inhérents aux procédures d'engagement

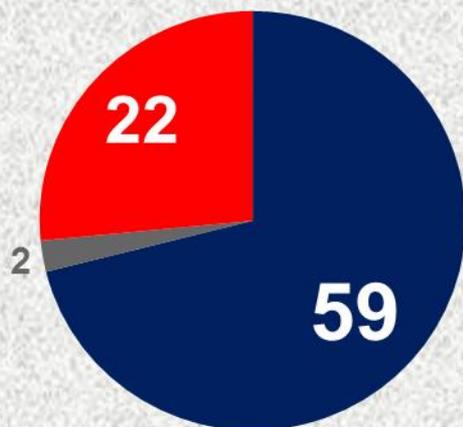
- **Pas de clarification de l'état de droit, pas d'évolution de la jurisprudence, car pas d'appel devant les juridictions (un grand pourcentage d'affaires est traité sur la base de l'article 9 et de l'équivalent allemand, le § 32b de la Loi contre les restrictions à la concurrence - GWB)**
- **Risque d'*under-enforcement*:**
 - Pas d'amende même dans des cas d'infraction apparente (par ex. affaires VISA)
 - Actions privées sont très difficiles, car pas de constatation irréfragable de l'infraction
 - En fin de compte: pas d'absorption des bénéfices illicites.
- **Risque d'*over-enforcement* en raison de remèdes non proportionnés (« chantage »)**
- **Risque d'affectation d'entreprises tierces par des remèdes non proportionnés.**

Importance croissante des procédures d'engagement

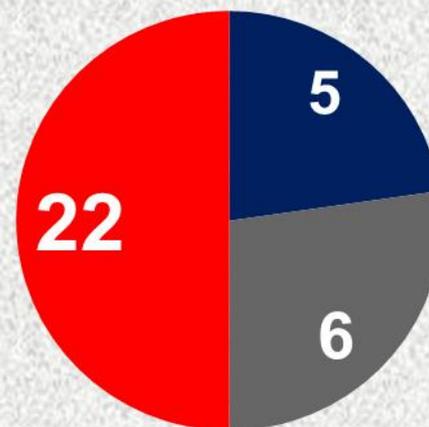
La procédure d'engagement – importance croissante

Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*)

Accords restrictifs



Abus de position dominante



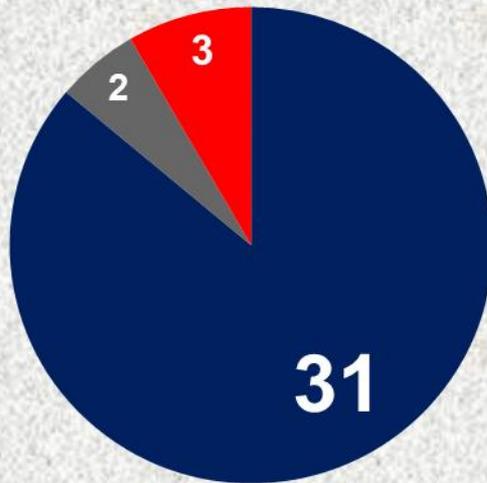
- Décisions infligeant une amende
- Constatations d'une infraction avec injonction de cesser
- Décisions d'engagements

(c) Björn Becker, assistant et doctorant, université de Würzburg (2014)

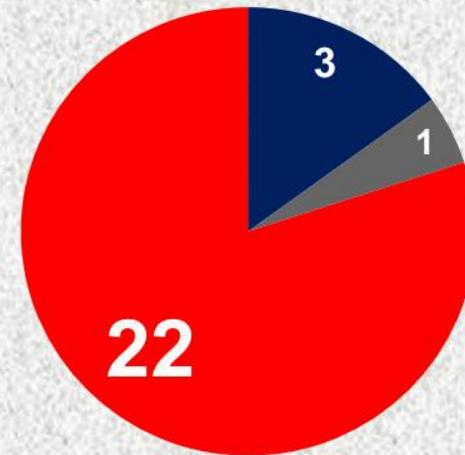
La procédure d'engagement – importance croissante

Autorités fédérées (Landeskartellämter)

Accords restrictifs



Abus de position dominante



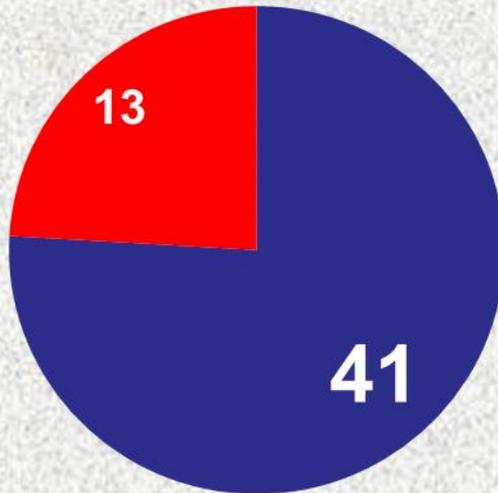
- Décisions infligeant une amende
- Constatations d'une infraction avec injonction de cesser
- Décisions d'engagements

(c) Björn Becker, assistant et doctorant, université de Würzburg (2014)

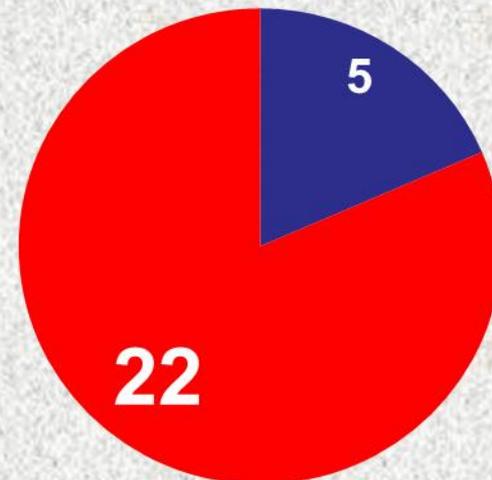
La procédure d'engagement – importance croissante

Commission

Accords restrictifs



Abus de position dominante



- Constatations d'une infraction avec injonction de cesser (en partie combinées avec amende)
- Décisions d'engagements

(c) Björn Becker, assistant et doctorant, université de Würzburg (2014)

Cour d'appel de Düsseldorf, 17.09.2014, VI Kart1/213 (V) – *Kabel Deutschland*
(Cf. TPI, 11.07.2007, T-170/06 ; CJUE, 29.06.2010, C-441/07 P – *Alrosa/Commission*)

Faits et procédure :

- Conclusion d'un contrat sur la diffusion de programmes télévisés entre deux chaînes de télévision privées (*RTL et ProSiebenSat 1*) et le câblo-opérateur "Kabel Deutschland" .
- Objectif: Passage à la diffusion cryptée des programmes télévisés dont l'accès était jusque-là libre et gratuit.
- Le *Bundeskartellamt* ouvrit une procédure administrative à l'encontre des trois parties contractantes (*Kabel Deutschland* inclus).
- L'évaluation préliminaire qui en résulta ne concernait que les chaînes privées et non pas le câblo-opérateur : violation au droit de la concurrence.
- Engagements importants proposés par les deux chaînes.
- Décision du *Bundeskartellamt* : Acceptation des engagements.
- *Kabel Deutschland* saisit la CA de Düsseldorf pour faire annuler la décision.

Cour d'appel de Düsseldorf, 17.09.2014, VI Kart1/213 (V) – *Kabel Deutschland*
(Cf. TPI, 11.07.2007, T-170/06 ; CJUE, 29.06.2010, C-441/07 P – *Alrosa/Commission*)

Réponses donnés par la Cour d'appel de Düsseldorf :

- La demande en annulation du câblo-opérateur n'est même pas recevable à défaut d'une atteinte dans ses intérêts économiques.
- La Cour fait remarquer que les concurrents de *Kabel Deutschland* sont, eux aussi, privés de la possibilité de diffuser les programmes de manière cryptée.

**Cour d'appel de Düsseldorf, 17.09.2014, VI Kart1/213 (V) – *Kabel Deutschland*
(Cf. TPI, 11.07.2007, T-170/06 ; CJUE, 29.06.2010, C-441/07 P – *Alrosa/Commission*)**

Réponses donnés par la CJUE dans l'affaire Alrosa :

- Le recours en annulation du tiers (*Alrosa*) est recevable,
- mais elle est infondée :
 - *Alrosa* n'a pas le statut de partie à la procédure, car la Commission avait initié à l'encontre de De Beers deux procédures distinctes (art. 101 et 102 TFEU).
Donc : pas de droits procéduraux (accès aux dossiers) en faveur d'*Alrosa* dans la 2ème procédure basée sur l'art. 102 TFEU.
 - Contrôle de proportionnalité très réduit. La Commission dispose d'une très grande marge d'appréciation en ce qui concerne l'acceptation des engagements librement proposés par les entreprises concernées. Ceux-ci peuvent aller bien au-delà des mesures qui auraient pu être imposées dans le cadre de l'article 7 du règlement.

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 Etats membres et de l'Union européenne du 5 décembre 2014

Deux objectifs à atteindre par les actions privées en droit de la concurrence :

- Réparation du préjudice causé aux victimes de l'infraction (protection juridique effective des droits subjectifs)
- Dissuasion des potentiels malfaiteurs par une sanction supplémentaire dans l'intérêt public („*enforcement*“)

CJUE Arrêt du 20.9.2001 (C-453/99) - Courage v. Crehan:

Actions privées augmentent l'effet utile des règles sur la concurrence européennes et contribuent de manière considérable au maintien d'une concurrence efficace (n° 27)

Commission, Livre vert sur les actions privées du 19.12.2005 (COM (2005) 672):

Renforcement de l'application du droit de la concurrence (p. 3).

Contexte : Abandon du système d'interdiction avec réserve d'autorisation par la Commission (ancien règlement 17/62) au profit du système d'exemption légale (règl. 1/2003)

→ Nécessité de la coopération des parties privées dans la mise en oeuvre des règles sur la concurrence

Commission, Livre blanc sur les actions privées du 2.4.2008 ((COM(2008) 165)

« L'indemnisation intégrale des victimes est, de loin, le premier principe directeur. »

Plus grande dissuasion n'est présentée que comme reflexe (« deuxième objectif directeur ») de l'objectif premier d'une indemnisation intégrale des victimes :

« Une amélioration des conditions de réparation des victimes produirait donc aussi, intrinsèquement, des effets bénéfiques du point de vue de la **dissuasion** d'infractions futures, ainsi qu'un plus grand respect des règles de concurrence communautaires. »

Motifs qui peuvent expliquer ce changement de la motivation :

- Lutte contre la peur des parties intéressées d'une „américanisation“ du droit européen
- Peu d'actions dites „stand-alone“ (actions indépendantes)

Directive du 5 décembre 2014

- Les deux objectifs dissuasion et réparation sont maintenus.
- Nouvel objectif : Protection des programmes de clémence vis-à-vis des actions privées :
 - « Pour garantir des actions de mise en œuvre effective sur l'initiative de la sphère privée en vertu du droit civil et une mise en œuvre effective par la sphère publique à travers les autorités de concurrence, il est nécessaire que ces deux outils interagissent afin d'assurer une efficacité maximale des règles de concurrence. Il est nécessaire de régler la **coordination de ces deux formes de mise en œuvre de façon cohérente**, par exemple en ce qui concerne les **modalités d'accès aux documents en possession des autorités de concurrence**. [...] » (considérant n° 6)

Une directive contre les actions privées ?

Directive du 5 décembre 2014

- Droit à réparation (Article 3)
- Accès au dossier (Articles 5 à 7) – **Exclusion de l'accès des déclarations faites en vue d'obtenir la clémence**
- Effets des décisions des autorités de la concurrence (art. 9)
- Prescription des droits à indemnisation (Art. 10)
- Responsabilité solidaire (Art. 11) – **Limitation de la responsabilité des bénéficiaire d'un programme de clémence**
- Répercussion des surcoûts (art. 12 à 14)
- Quantification et présomption du préjudice (Art. 17)

Article 3 Droit à réparation intégrale (extrait)

1. Les Etats membres veillent a ce que toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice cause 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 a replacer une personne ayant subi un tel préjudice dans la situation ou elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Elle couvre des lors le droit a une réparation du dommage réel et du manque a gagner, ainsi que le paiement d'intérêts.

Surcoût (x quantité) + gain manqué (diminution des ventes) = préjudice à réparer

Pas de dommages-intérêts punitifs comme aux Etats-Unis

Article 5 Production des preuves (extrait)

1. Les Etats membres veillent à ce que, dans les procédures relatives aux actions en dommages et intérêts intentées dans l'Union a la requête d'un demandeur qui a présente une justification motivée contenant des données factuelles et des preuves raisonnablement disponibles suffisantes pour étayer la plausibilité de sa demande de dommages et intérêts, les juridictions nationales soient en mesure d'enjoindre au défendeur ou a un tiers de **produire des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession**, sous réserve des conditions énoncées au présent chapitre. Les Etats membres veillent a ce que les juridictions nationales puissent, a la demande du défendeur, enjoindre au demandeur ou a un tiers de produire des preuves pertinentes.

Cf. la procédure dite de *prétrail discovery* aux États-Unis.

Cf. articles 11, 138 à 142 du Code de procédure civile français

Article 6 Production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence (extrait)

6. Les Etats membres veillent a ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions nationales **ne puissent a aucun moment** enjoindre a une partie ou à un tiers de produire les preuves relevant des catégories suivantes:

- a) les déclarations effectuées en vue d'obtenir la **clémence**; et
- b) les **propositions de transaction**.

Cf. Loi « Lurel » n° 2012-1270 du 20 nov. 2012 sur la protection ayant introduit l'art. L. 462-3 au Code de commerce (restriction de l'accès aux documents obtenus dans le cadre des programmes de clémence).

Article 9 Effet des décisions nationales (extrait)

1. Les Etats membres veillent a 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 irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts** introduite devant leurs juridictions nationales au titre de l'article 101 ou 102 du traite sur le fonctionnement de l'Union européenne ou du droit national de la concurrence:

Cf. Article 16 Règlement n° 1/2003

Cf. Art. L. 423-17 Code de la consommation (Loi « Hamon » sur l'action de groupe) sur les actions de groupe en matière de concurrence :

« (2) Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3. »

Article 10 Délais de prescription (extrait)

2. Les délais de prescription ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence **ait cesse** et que le demandeur **ait pris connaissance** ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance:

a) du **comportement et du fait qu'il constitue une infraction** au droit de la concurrence; [...]

4. Les Etats membres veillent à ce qu'un délai de prescription soit **suspendu** ou, selon le droit national, **interrompu** par tout **acte d'une autorité de concurrence** visant à l'instruction ou à la poursuite d'une infraction au droit de la concurrence à laquelle l'action en dommages et intérêts se rapporte.

Cf. l'article L. 462-4 du Code de commerce (interruption, plus protecteur pour les victimes que la suspension)

Article 10 Délais de prescription (extrait)

2. Les délais de prescription ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence **ait cessé** et que le demandeur **ait pris connaissance** ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance:

- a) du **comportement et du fait qu'il constitue une infraction** au droit de la c
- b) oncurrence; [...]

3. Les Etats membres veillent à ce que les délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts soient de cinq ans au minimum.

4. Les Etats membres veillent à ce qu'un délai de prescription soit **suspendu** ou, selon le droit national, **interrompu** par tout **acte d'une autorité de concurrence** visant à l'instruction ou à la poursuite d'une infraction au droit de la concurrence à laquelle l'action en dommages et intérêts se rapporte.

Cf. l'article L. 462-4 du Code de commerce (interruption, plus protecteur pour les victimes que la suspension)

Article 11 Responsabilité solidaire (extrait)

1. Les Etats membres veillent a ce que les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint soient solidairement responsables du préjudice cause par l'infraction au droit de la concurrence; ceci a pour effet que chacune de ces entreprises est tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité, et que la partie lésée a le droit d'exiger de chacune d'elles la réparation intégrale de ce préjudice jusqu'a ce qu'elle ait été totalement indemnisée.

4. Par dérogation au paragraphe 1, les Etats membres veillent a 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.

Article 12 Repercussion du surcôt et droit a réparation intégrale (extrait)

1. Afin de garantir la pleine efficacité du droit a réparation intégrale prévu a l'article 3, les Etats membres veillent a ce que, conformément aux règles prévues dans le présent chapitre, il soit possible à toute personne de demander réparation du préjudice subi, que celle-ci soit ou non un acheteur direct ou indirect d'un auteur de l'infraction, et à ce que soient évitées toute réparation d'un préjudice qui serait supérieure au préjudice cause au demandeur par l'infraction au droit de la concurrence, ainsi que l'absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction.

Article 13 Moyen de défense invoquant la répercussion du surcôt

Les Etats membres veillent a ce que le défendeur dans une action en dommages et intérêts puisse invoquer, comme moyen de défense contre une demande de dommages et intérêts, le fait que le demandeur a répercute, en tout ou en partie, le surcôt résultant de l'infraction au droit de la concurrence.

Article 17 Quantification du dommage (extrait)

2. 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.