

**Observations de l'APDC sur les avant-projets d'ordonnance et de décret de transposition
de la Directive 2014/104 UE du 26 novembre 2014 relatives aux actions
en dommages-intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles**

Les observations ci-jointes portent sur des questions générales (I) et sur les différentes dispositions des avant-projets, présentés, sous forme de tableaux, en regard de chacun des articles et dans l'ordre de ceux-ci (II).

L'APDC s'est efforcée, le cas échéant, de suggérer des propositions de rédaction alternatives.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1) Les questions des dispositions du projet d'ordonnance et du décret allant au-delà de ce que prévoit la Directive

Elles posent des interrogations de procédure (a) et de principe (b).

a) Procédure

- Le projet de loi d'habilitation (art. 49 du projet de loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation) habilite le gouvernement à prendre toute mesure pour « **assurer la transposition de la directive** ». Or, certaines dispositions importantes du projet d'ordonnance vont **au-delà** de ce que prévoit la directive.

On peut s'interroger déjà sur les « *pratiques prohibées* » (L. 466-1) qui ne se limitent pas, contrairement à la directive (cf. considérants 1 et 2), aux pratiques interdites par les articles 101 et 102 du TFUE et leur équivalent en France (L. 420-1 et L. 420-2, alinéa 1^{er}) à savoir les ententes et abus de position dominante.

On observera cependant que les articles 1 et 3 de la Directive visent les " *infraction(s) au droit de la concurrence*" défini par l'article 2 1^o comme « *une infraction aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou au droit national de la concurrence* ». Or, au sens du Livre IV, Titre II du Code de commerce, les articles L. 420-2, alinéa 2, L.420-2-1 et L.420-5 sont des "*pratiques anticoncurrentielles*" et à ce titre le législateur français serait peut-être légitime à vouloir élargir le champ des pratiques concernées à la réparation des pratiques visées à ces articles.

En revanche, l'extension est incontestable pour ce qui est de la présomption de préjudice (art. 466-3) qui est étendue à toute « *pratique prohibée* » visée à ce même article L. 466-1 et ne se limite pas aux ententes, contrairement à l'article 17 § 2 de la directive. Le considérant 47 donnait même les raisons pour lesquelles « *il convient de limiter cette présomption réfragable aux ententes (...) compte tenu de leur nature secrète qui accroît l'asymétrie d'information et rend plus difficile pour la demanderesse l'obtention des preuves nécessaires*

pour démontrer l'existence d'un préjudice ». On peut donc s'interroger sur la base juridique de ces dispositions, alors que le Conseil d'Etat exerce un contrôle strict de la conformité de l'ordonnance à la loi d'habilitation (v. par ex. CE 24 nov. 1961, *Fédération Nationale des Syndicats de police*, rec. Lebon p. 658).

- Sur l'étude d'impact accompagnant le projet de loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation

Une étude d'impact accompagne le projet de loi précité sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation. Son contenu pourrait paraître lacunaire s'agissant de l'étude de l'impact des dispositions relatives à la transposition de la Directive 2014/104 (art. 49). Toutefois le Conseil d'État, dans son avis du 24 mars 2016, qui a critiqué l'étude d'impact sur plusieurs points, n'a pas relevé expressément d'insuffisance particulière s'agissant de ces dispositions, sans que l'on soit assuré de leur exhaustivité.

Le Conseil d'État a relevé que « *L'étude d'impact du projet transmise par le Gouvernement est apparue, pour beaucoup de dispositions, lacunaire ou insuffisante* » et a constaté que « *dans plusieurs cas, l'étude d'impact qui accompagne ce projet de loi reste en-deçà de ce qu'elle devrait être, de sorte qu'il incombe au Gouvernement de l'améliorer encore avant le dépôt du projet de loi au Parlement* ». Mais il n'a pas pointé d'insuffisance s'agissant spécifiquement de la transposition de la Directive 2014/104.

b) Questions de principe soulevées par l'extension au regard de la loi d'habilitation

La directive et l'ordonnance, afin de faciliter l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, objectif que l'APDC a toujours approuvé, établit à cette fin des règles qui dérogent à certains principes et règles de notre droit de la responsabilité civile et de la procédure, par exemple, la charge de la preuve... Ainsi dans la mesure où le projet d'ordonnance, comme évoqué ci-dessus, étend à toutes les pratiques prohibées le champ de **la présomption de préjudice** (art. L466-3), que la directive limitait expressément aux seules « *ententes* » (art.17 § 2 et considérant 47) entendues même comme « *ententes entre concurrents* » (Directive, article 2 § 14), le renversement de la charge de la preuve, qui, par principe, pèse sur le demandeur, se voit ainsi étendu à toutes « *les pratiques prohibées* », et non aux seules ententes, dans une mesure qui soulève certaines interrogations au plan des principes et d'opportunité.

Ainsi, s'il est admis (voir considérant 47 de la directive) que les cartels créent dans la grande majorité des cas, sinon systématiquement un dommage (la Commission dans sa proposition de directive du 11 juin 2013, p. 21, écrivait « *plus de 9 ententes sur 10* »), ce qui répond à l'exigence de « *plausibilité* » des hypothèses sur lesquelles doit se fonder une présomption selon le juge européen (voir arrêt du T.U.E. du 26 mai 2016, aff. T-479/11 et T-157/12, *IFP v. Commission*), il peut en être différemment pour les autres « *pratiques prohibées* », qui sont de nature différente et diverses. Ainsi, par exemple, l'octroi d'un droit exclusif (art. L. 420-2-1-) ne crée pas nécessairement un dommage à une personne déterminée. De même, une pratique de prix prédateurs **avantage** immédiatement le client acheteur direct ou indirect, contrairement à un cartel de prix (voir proposition de la Commission sus mentionnée). L'extension est donc incontestable.

L'extension de la présomption de préjudice au-delà des ententes horizontales serait d'autant plus malvenue que les pratiques anticoncurrentielles peuvent être qualifiées même si elles

sont simplement susceptibles de restreindre la concurrence, au vu de leur simple objet ou d'effets potentiels. L'APDC préconise donc une modification de l'article L. 466-2 (voir tableau ci-après).

Un examen comparatif des transpositions envisagées montre que :

- le Luxembourg a uniquement retenu la présomption réfragable d'existence d'un préjudice **pour les ententes** en ces termes « *il est présumé de manière réfragable que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice* » (article 3).
- la Belgique suggère de retenir la même chose. L'avis du Conseil Central de l'Économie du 19 mai 2016 rendu au gouvernement belge sur son projet de loi, souligne de plus que la notion d'entente visée à l'article 17§2 de la Directive ne concerne que les cas d'ententes horizontales et non verticales. Cet avis juge pertinent de maintenir cette distinction en relevant que, selon l'étude d'impact de la Commission européenne accompagnant le projet de Directive, les ententes horizontales causent quasi systématiquement un préjudice, contrairement aux infractions verticales (Avis CCE 2016-1150). Cet avis semble d'ailleurs cohérent avec l'article 2§14 de la Directive qui définit la notion d'entente comme un accord entre « *deux ou plusieurs concurrents* », ainsi qu'avec la version anglaise de la Directive qui, à l'article 17§2 vise les « *cartels* ».

Sans doute de manière générale, comme le souhaite l'APDC, d'une part, le droit français doit répondre aux vœux du législateur européen de faciliter les actions indemnitaires liées aux pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, il est souhaitable de voir les contentieux internationaux être soumis le plus souvent possible à la juridiction française. Pour autant, cela doit-il être au prix d'une rupture trop importante de l'équilibre et de la cohérence de notre droit civil ?

2) Rôle du juge et extension des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence (art. R. 466-1)

Outre la force de présomption irréfragable accordée aux décisions de l'Autorité de la concurrence, le projet de décret (art. R. 466-1), conformément à l'article 17 § 3 de la directive, prévoit la possibilité pour le juge de l'indemnisation de solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence sur l'évaluation du préjudice. Cette disposition étend le champ d'intervention de l'Autorité de la concurrence à un domaine étranger à ses compétences, à savoir celui, relevant du contentieux privé, de l'évaluation du préjudice subi par une entreprise.

Si l'Autorité de la concurrence est le juge de la régulation de la concurrence, elle n'est pas le juge de la quantification du préjudice particulier et des intérêts entre personnes privées. Les évaluations d'ailleurs souvent plus qualitatives que quantitatives de dommages causés à l'économie que peut faire l'Autorité de la concurrence, ne se confondent pas avec la notion de préjudice commercial entre opérateurs privés, ce que l'Autorité (et les juridictions de contrôle) rappellent de manière constante.

Les pièces en possession de l'Autorité concernent donc essentiellement l'étude d'impact global d'une infraction sur un marché sans contenir les éléments permettant d'identifier et encore moins de quantifier le préjudice subi par une entreprise dénommée à raison d'un ou de plusieurs co-auteurs également identifiés.

Par ailleurs, l'APDC s'interroge sur l'impartialité objective de l'Autorité dans l'avis qui lui sera demandé sur l'évaluation même du préjudice, dès lors qu'elle aurait dans sa décision de condamnation, qualifié les pratiques en questions de grave, très grave, particulièrement grave et nocives à l'économie. Ne sera-t-elle pas tentée de transposer cette appréciation sur la quantification du préjudice particulier et individuel, alors que, encore une fois, il s'agit d'une question radicalement différente.

L'APDC suggère donc de modifier cette disposition. Sa suggestion figure dans le tableau ci-dessous, à l'article R. 466-1 du Code de commerce.

En outre, cette possibilité de saisine pour avis de l'Autorité ne doit évidemment pas priver le juge du pouvoir de solliciter dans tous les cas l'avis d'un technicien, spécialisé dans ces questions, conformément aux articles 232 et s. du code de procédure civile.

En tout état de cause, l'avis de l'Autorité de la concurrence est textuellement limité à l'« **évaluation du préjudice** » à l'**exclusion de toute autre question telle qu'en particulier celle du lien de causalité**. Elle doit donc encore une fois veiller à ne pas tirer des conséquences injustifiées de sa propre décision, spécialement au regard **du lien de causalité** qui échappe au pouvoir consultatif prévu par la directive et le projet de décret.

Enfin, eu égard à la spécificité de cette intervention de l'Autorité de la concurrence, le principe du contradictoire conduit à ce que cet avis ne puisse pas être adopté sans que les parties n'aient été entendues, ce qui suppose un bref allongement du délai (voir ci-après, art. R. 466-1).

3) La question de la juridiction compétente

La question de la **juridiction compétente** n'est pas directement abordée par les projets de textes de transposition.

L'APDC comprend qu'il a été considéré que le champ d'application de l'article L. 420-7 du Code de commerce relatif aux juridictions spécialisées était suffisamment large pour que les dispositions dudit article s'appliquent au contentieux privé de la concurrence, conformément d'ailleurs à ce qui se vérifie dans la pratique jurisprudentielle.

La transposition de la Directive pourrait cependant être l'occasion d'acter la spécialisation du juge des référés relevant de l'une des juridictions spécialisées. C'est du reste ce qu'a jugé le juge des référés d'Albi qui a considéré que les pratiques anticoncurrentielles invoquées devant échapper à la compétence de sa juridiction, seul le juge des référés siégeant dans la juridiction spécialisée étant compétent selon lui¹.

Par ailleurs, s'il est vrai que la rédaction de l'article L. 420-7 du Code de commerce est suffisamment large pour y inclure le contentieux privé de la concurrence, il semblerait préférable *a minima* de prévoir un renvoi au sein du Titre VI ter, voire d'inclure une disposition obligeant les juridictions à relever d'office leur incompétence lorsque le litige relève de la juridiction spécialisée.

L'APDC s'interroge donc sur le point de savoir si la sécurité juridique ne serait pas renforcée si, soit une disposition parallèle à l'article L. 420-7 du Code de commerce, soit une modification de cet

¹ T. com. Albi, ord. Réf., 28 oct. 2009, RG n02009/004733, *Siac c/ Renault*

article, était intégrée aux textes de transposition pour intégrer une référence à la procédure de référé.

L'APDC s'interroge par ailleurs sur les risques d'engorgement de la Cour d'appel de Paris et sur la nécessité qu'il y aurait de conserver la compétence exclusive de cette Cour, alors même qu'en cas d'action consécutive à une décision de l'Autorité, elle se serait éventuellement déjà prononcée sur le fond. De ce fait, le risque de divergences de jurisprudence entre Cours d'appel serait plus limité. Quoi qu'il en soit, L'APDC serait plus à même d'approuver la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris, qui présente l'avantage d'unifier la compétence pour le contrôle des décisions de l'Autorité et les actions indemnitaires, si elle était assurée que les moyens de la Cour d'appel de Paris étaient renforcés, comme elle le demande depuis sa création.

*

*

*

EXAMEN DES DISPOSITIONS DES PROJETS

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
Ordonnance	
Article 2 insérant dans le livre IV du code de commerce un titre VI ainsi rédigé	
TITRE VI ter – Des actions en responsabilité	
Chapitre 1 – De la responsabilité	
Section 1 – Des conditions de la responsabilité	
<p>« Art. L. 466-1. – Toute entreprise ou tout organisme est responsable du dommage causé par la commission d’une pratique prohibée aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu’aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne.</p>	<p>Art. L. 466-1, 3 observations :</p> <p>1°) L’APDC considère que l’Ordonnance n’instaure pas un régime de responsabilité tout à fait spécifique par rapport au droit commun en la matière et notamment à l’article 1382 (article 1240 nouveau) du code civil. Il conviendrait d’apporter une précision à cet égard (voir proposition ci-dessous).</p> <p>2°) Ensuite, en droit français, on ne voit pas comment une « entreprise » peut être « responsable » civilement du dommage causé puisque l’« <i>entreprise</i> » n’a pas de personnalité morale, selon une jurisprudence constante. Or, seule une personne dotée de la personnalité juridique peut être titulaire de droits et obligations et donc être « <i>responsable</i> » civilement. Le texte comporte donc une incertitude en l’état actuel du droit qui est aggravée par l’article L. 466-2 (voir <i>infra</i>).</p> <p>Le texte doit être précisé pour viser des personnes juridiques ayant commis l’infraction. Il convient de rappeler à cet égard que la Cour de Justice elle-même a déclaré que la notion de personnalité juridique est essentielle en</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>matière de responsabilité civile (arrêt de la Cour de Justice du 18 juillet 2015, <i>Schindler Holding Ltd.</i>, aff. C-501/11P).</p> <p>Une solution assurant la cohérence des règles relatives à la responsabilité pourrait être trouvée en reprenant pour l'essentiel la disposition qui existe déjà en matière de « <i>responsabilité</i> », dans l'article L. 442-6 du code de commerce qui n'a pas semble-t-il, depuis les longues années où se texte a été introduit dans notre droit, suscité de difficulté sur ce point (contrairement à d'autres).</p> <p>3°) Enfin, une lecture combinée des articles L. 466-1 et -2 peut laisser penser que les « <i>entreprises</i> » susceptibles d'être poursuivies et de se voir appliquer ce nouveau régime de responsabilité, ne se limitent pas aux « <i>auteurs</i> » ou « <i>co-auteurs</i> » des pratiques, mais incluent aussi leurs sociétés mères qui se seraient vues imputer la responsabilité des comportements de leurs filiales, ou même toute personne morale membre du groupe de sociétés (société sœurs...).</p> <p>Rédaction proposée pour l'Art. L. 466-1 : « <u>Conformément à l'article 1382 (1240 nouveau) du code civil et en application des conditions qui suivent, toute entreprise ou tout producteur, commerçant, industriel, personne immatriculée au répertoire des métiers ou organisme est responsable du dommage qu'il a causé en tant qu'auteur ou co-auteur par la commission d'une pratique prohibée aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</u> »</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-2. – Une pratique prohibée est présumée établie de manière irréfragable lorsqu'elle est qualifiée à l'égard de la personne mentionnée à l'article L. 466-1 dans une décision définitive prononcée par l'Autorité de la concurrence pour la partie relative à l'établissement de cette pratique ou par la juridiction de recours.</p> <p>« Une pratique prohibée est présumée établie jusqu'à preuve contraire lorsqu'elle est qualifiée dans une décision définitive prononcée par une autorité de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne pour la partie relative à l'établissement de cette pratique ou par une juridiction de recours.</p>	<p>Art. L. 466-2.</p> <p>Sur le premier alinéa, 3 observations :</p> <p>1°) On peut considérer, et donc approuver, la référence à la notion de « <i>qualification</i> » pour transposer celle d'infraction « <i>constatée</i> » (Directive art. 9). Ces notions paraissent largement synonymes. On relève que l'ordonnance vise « la pratique » qualifiée, ce qui exclut tout effet liant au regard d'autres éléments de la responsabilité civile tels que le lien de connexité ou les effets au regard du préjudice (cf. directive, cons. 34 évoqué <i>infra</i>).</p> <p>2°) « (...) <i>qualifiée à l'égard de la personne mentionnée à l'article l. 466-1</i> ». Comme on l'a vu ci-dessus, l'article L. 466-1 ne « <i>mentionne</i> » pas de « <i>personne</i> ». La modification suggérée pour l'art. L. 466-1 devrait régler la difficulté (voir <i>supra</i>).</p> <p>3°) Conformément à l'article L. 623-24 du code de la consommation, le projet se réfère à la décision « <i>définitive (...) pour la partie relative à l'établissement de cette pratique ou par la juridiction de recours</i> ». Ceci semble bien correspondre substantiellement à la directive qui vise la « constatation définitive de l'infraction » (art. 9). L'on rappellera cependant qu'en droit interne français, seul le dispositif d'une décision est doté de l'autorité de chose jugée, à l'exclusion de ses motifs ; les motifs peuvent cependant « éclairer le dispositif ». Dans le domaine analogue de l'effet des décisions de la Commission Européenne (R¹ 1/2003, art. 16 § 1, le Tribunal a rappelé que les juridictions doivent se fonder sur « <i>les termes clairs du dispositif</i> » de la décision... « <i>Le libellé du dispositif d'une décision constatant une infraction (...) peut être déterminant (...)</i> ». Il devrait en être de même pour les décisions de l'Autorité.</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>Par ailleurs, le considérant 34 de la directive limite l'effet de la constatation d'une infraction à la concurrence à la nature de l'infraction, sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale, c'est-à-dire au marché concerné, sa durée et l'auteur de l'infraction (voir aussi en ce sens, spécialement pour le lien de causalité, arrêt de la Cour, grande chambre 6/11/2012, C-199/11).</p> <p>Rédaction proposée pour l'Art. L. 466-2. : <i>« Une pratique prohibée est présumée établie de manière irréfragable lorsqu'elle est qualifiée à l'égard de la personne mentionnée à l'article L. 466-1, en tant qu'auteur ou coauteur, dans le dispositif d'une décision définitive prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours, éventuellement éclairé par ses motifs, pour la partie relative à l'établissement de cette pratique ».</i></p> <p>Sur le second alinéa, 1 observation :</p> <p>Présomption « <i>jusqu'à preuve du contraire</i> » : La directive, à l'article 9-2, se bornait à indiquer que la décision étrangère devait pouvoir être « <i>présentée (...) au moins en tant que preuve « prima facie » et être examinée avec les autres éléments de preuve apportés par les parties</i> ». Le projet d'ordonnance reprend l'esprit et l'objectif de la directive mais en allant un peu plus loin, établissant une « <i>présomption</i> » simple. Au plan de la loi d'habilitation, cette extension ne souffre pas de difficulté puisque la directive établissait un minimum (« <i>au moins</i> »).</p> <p>L'on rappellera cependant, dans le domaine de la reconnaissance et effets des jugements étrangers, qu'il est possible de s'opposer à la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un autre Etat</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>membre de l'Union, notamment en cas d'incompatibilité avec l'ordre public international, en particulier dans l'hypothèse d'une violation des droits de la défense (cf. Règlement 44/2001 refondu par le Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012).</p> <p>En outre, le juge doit, comme pour les jugements des autres États membres, s'assurer de l'authenticité de la « <i>décision</i> » invoquée par une partie privée demanderesse, et résoudre également les difficultés éventuelles de traduction et/ou translittération (voir dans le cas de la reconnaissance et exécution des jugements, Règlement 2015/2012, art. 37).</p> <p><i>A fortiori</i>, cette possibilité devrait être laissée ouverte s'agissant d'une décision administrative, ce que permettrait la notion de « <i>preuve prima facie</i> » retenue précisément par la directive que l'ordonnance a pour objet de transposer.</p> <p>En effet, laissant une plus grande latitude d'appréciation du juge, la qualification de preuve <i>prima facie</i> permettrait de s'opposer ainsi à ce qu'une décision d'une autorité étrangère laisse présumer l'existence d'une infraction à la concurrence lorsqu'elle a été rendue au mépris de règles fondamentales de procédure (l'hypothèse n'est pas d'école puisqu'elle est envisagée pour les jugements par le Règlement 1215/2012), ou que son authenticité ou son sens exact n'est pas établi... Hypothèses qui, cependant, devraient être exceptionnelles, même si elles ne peuvent pas être totalement exclues, comme elles ne le sont pas pour les jugements d'autres États membres eux-mêmes.</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>En revanche, il n'est pas certain que l'on puisse limiter la portée d'une décision d'une autorité étrangère à son dispositif, puisque le principe selon lequel seul le dispositif est doté de l'autorité de chose jugée est une règle de droit interne français qui n'est pas nécessairement connue de tous les droits des États membres. Là encore, la preuve « <i>prima facie</i> », évite cette difficulté.</p> <p>Rédaction proposée pour l'Art. L. 466, 2^e alinéa :</p> <p>« (...) Une pratique prohibée est présumée établie jusqu'à preuve contraire lorsqu'elle est qualifiée dans une décision définitive prononcée par une autorité de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne pour la partie relative à l'établissement de cette pratique ou par une juridiction de recours.</p> <p><u>Une décision définitive pour la partie relative à l'établissement de l'infraction, d'une autorité de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne peut être présentée en tant que preuve <i>prima facie</i> du fait qu'une infraction à la concurrence a été commise et est examinée avec les autres éléments de preuve apportés par les parties ».</u></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-3. – Il est présumé jusqu’à preuve contraire qu’une pratique prohibée cause un préjudice ; il peut notamment être constitué de :</p> <p>« 1° La perte subie, dont le surcoût, constitué par la différence entre le prix effectivement payé et celui qui aurait prévalu en l’absence de commission de la pratique prohibée, lorsque ce surcoût n’a pas été répercuté sur l’acheteur du demandeur ;</p> <p>« 2° Le gain manqué, dont la diminution du volume des ventes en raison de la répercussion partielle ou totale du surcoût ;</p> <p>« 3° La perte de chance, dont celle de réaliser des gains ;</p> <p>« 4° Le préjudice moral.</p>	<p>Art. L. 466-3, 4 observations :</p> <p>1°) La présomption ne concerne dans la directive que les ententes (<i>cf.</i> art. 17§2 de la directive). Les ententes sont définies comme ententes horizontales (art. 2 § 14), voir <i>supra</i> Observations générales.</p> <p>2°) En toute hypothèse cette présomption ne porte que sur l’existence d’un préjudice en général et non, malgré le verbe « cause », le lien de causalité entre la pratique en cause et le dommage individuel invoqué par le demandeur.</p> <p>Selon le considérant 11 de la directive, le lien de causalité n’est pas visé par la présomption.</p> <p>Aussi, même dans l’hypothèse d’une entente horizontale en particulier, si un préjudice est présumé, le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice précis invoqué par le demandeur devra être établi au cas d’espèce.</p> <p>L’on rappellera que le lien de causalité est contrôlé par la Cour de cassation. Le jeu des présomptions (du caractère d’une infraction à la concurrence et de l’existence d’un préjudice) tel qu’il résulte des dispositions de la directive restreint déjà le rôle du juge judiciaire et de la Cour de cassation.</p> <p>Intégrer le lien de causalité dans le domaine des présomptions restreindrait encore et sans doute de manière excessive le rôle du juge judiciaire.</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>3°) Il ne semble pas opportun qu'un même article concerne la présomption d'existence d'un préjudice dont on a vu qu'il ne portait pas sur le lien de causalité, ni donc sur le préjudice individuel précis invoqué par le demandeur, et les éléments constitutifs de ce dernier préjudice. Ceci peut créer une confusion entre le principe, d'un préjudice en général, et le préjudice individuel, qui doit être en lien de causalité avec l'infraction. .</p> <p>L'APDC suggère donc que les éléments du préjudice individuel réparable fassent l'objet d'une disposition distincte, par un article nouveau, qui provisoirement porterait le numéro L. 466-3-1 (voir proposition ci-après).</p> <p>De ce fait, l'article L. 466-3-1 se limiterait au seul énoncé de la présomption d'un préjudice.</p> <p>Rédaction proposée pour l'Art. L. 466-3 (présomption d'un préjudice): <i>« Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice. Pour autant, un lien de causalité direct et certain doit être établi entre cette entente [ou cette pratique prohibée] et le préjudice invoqué par le demandeur</i></p> <p>il peut notamment être constitué de :</p> <ul style="list-style-type: none"> « 1° La perte subie, dont le surcoût, constitué par la différence entre le prix effectivement payé et celui qui aurait prévalu en l'absence de commission de la pratique prohibée, lorsque ce surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur du demandeur ; « 2° Le gain manqué, dont la diminution du volume des ventes en raison de la répercussion partielle ou totale du surcoût ; « 3° La perte de chance, dont celle de réaliser des gains ; « 4° Le préjudice moral.».

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>4°) Sur les postes de préjudice L.466-3-1 nouveau :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sur le <u>préjudice moral</u>, compte tenu de la nature économique des pratiques et donc du préjudice, celui-ci devrait être assez exceptionnel contrairement aux autres éléments cités, sans cependant que l'on puisse l'exclure. En conséquence, une modification est proposée relative à l'éventualité du préjudice moral. • L'APDC observe que la question <u>des intérêts</u> n'est pas évoquée dans la mesure où il est sans doute renvoyé au droit commun en la matière, ce qu'elle approuve. <p>Rédaction proposée pour un nouvel article L. 466-3-1 : <i>« Le <u>préjudice à réparer</u> peut être constitué, notamment, de :</i> 1° <i>La perte subie, dont le surcoût, constitué par la différence entre le prix effectivement payé et celui qui aurait prévalu en l'absence de commission de la pratique prohibée, lorsque ce surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur du demandeur ;</i> 2° <i>Le gain manqué, dont la diminution du volume des ventes en raison de la répercussion partielle ou totale du surcoût ;</i> 3° <i>La perte de chance, dont celle de réaliser des gains ;</i> 4° <i>Éventuellement le préjudice moral ».</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-4. – I. – Le demandeur qui a acheté directement auprès de l’auteur de la pratique prohibée le bien ou le service concerné par cette pratique et qui prétend avoir payé un surcoût, doit en prouver l’existence et l’ampleur.</p> <p>« II. – Le demandeur qui n’a pas acheté directement auprès de l’auteur de la pratique prohibée le bien ou le service concerné par cette pratique, ou un bien ou service dérivé de ce dernier ou le contenant et qui prétend avoir payé un surcoût, doit prouver l’existence et l’ampleur de la répercussion de ce surcoût à son encontre.</p> <p>« Toutefois, cet acheteur indirect est réputé avoir apporté la preuve de l’existence de cette répercussion lorsqu’il justifie que :</p> <p>« 1° Le défendeur a commis une pratique prohibée ;</p> <p>« 2° La pratique prohibée a entraîné un surcoût pour l’acheteur direct ;</p> <p>« 3° Il a acheté des biens ou services concernés par la pratique prohibée, ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant.</p> <p>« Le défendeur peut cependant démontrer que le surcoût n’a pas été répercuté sur l’acheteur indirect, ou qu’il ne l’a été que partiellement.</p> <p>« Art. L. 466-5. – Le demandeur, acheteur direct ou indirect, est réputé n’avoir pas répercuté le surcoût sur ses propres acheteurs. Le défendeur peut rapporter la preuve que le demandeur a répercuté le surcoût, en tout</p>	<p>Art. L. 466-5, 2 observations :</p> <p>1°) L’APDC s’interroge sur l’articulation procédurale par rapport à l’article 12 et à l’article 15 § 2 de la Directive qui prévoient l’adoption de « <i>règles procédurales appropriées pour garantir que la réparation du dommage</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p style="text-align: center;"><i>« Sous-section 1 « L'incidence de la pluralité de responsables</i></p> <p>« Art. L. 466-7. – Lorsque plusieurs personnes ont concouru à la réalisation d'une pratique prohibée, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant.</p>	<p>Art. L. 466-7, 3 observations :</p> <p>1°) La disposition correspond substantiellement à l'article 11 § 1 de la directive pour ce qui est du principe de la solidarité. Il y a lieu de relever qu'il modifie le droit positif, tel que résultant de la pratique prétorienne, qui n'établissait semble-t-il qu'une responsabilité « <i>in solidum</i> ».</p> <p>2°) Cet article substitue l'expression « <i>pratique prohibée</i> » à celle de « <i>infraction au droit de la concurrence</i> », figurant dans la directive : v. observation générale sur l'extension (Observations générales et art. L. 466-1), ce qui est en cohérence avec l'extension donnée par l'article L. 466-1, évoqué ci-dessus, l'ordonnance ne se limitant pas au droit de la concurrence <i>stricto sensu</i>.</p> <p>3°) Le projet ne reprend pas, ce que l'on peut admettre, les dispositions qui sont conformes au droit positif en matière de solidarité, spécialement pour le recours en contribution. Cependant, l'art. 11 § 5 de la directive précisait que la part contributive de chaque obligé solidairement devait être déterminée « <i>eu égard à leur responsabilité relative dans le préjudice causé</i> ». Si l'ordonnance renvoie ainsi implicitement au droit commun, celui-ci devra être apprécié et interprété conformément à la directive (règle de l'interprétation conforme). Pour éviter toute difficulté, l'ordonnance</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-8. – Par dérogation à l’article L. 466-7, une petite ou moyenne entreprise n’est tenue solidairement de réparer que le préjudice subi par ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects lorsque :</p> <p>« 1° Sa part de marché sur le marché pertinent [<i>calculée en valeur et subsidiairement en volume,</i>] est inférieure à 5% pendant toute la durée de la commission de la pratique prohibée ;</p> <p>(...)</p>	<p>pourrait le préciser en reprenant l’article 11 § 5. Quoi qu’il en soit, le juge devra tenir compte des critères relatifs à la « <i>responsabilité relative de l’auteur</i> » d’une infraction figurant au considérant 37 de la directive (chiffre d’affaires, part de marché, rôle joué), qui cependant ne sont pas exhaustifs.</p> <p>L’APDC suggère donc l’ajout d’un article L. 466-7-1.</p>
	<p>Rédaction proposée pour un article L. 466-7-1 :</p> <p>« <i>L’auteur de la pratique prohibée peut récupérer auprès de tout autre auteur de la pratique une contribution dont le montant est déterminé eu égard à leur responsabilité relative au préjudice causé par la pratique, sous réserve des articles L. 466-9 et L. 466-10</i> ».</p>
	<p>Art. L. 466-8. 1°), 1 observation :</p> <p>S’agissant du marché pertinent, et en l’absence de toute disposition dans la directive, une option est ouverte entre détermination en valeur ou volume (mais celui-ci à titre subsidiaire). Comme il n’est pas précisé dans quels cas il serait permis de faire jouer cette subsidiarité, il semble plus simple et clair d’écrire « <i>en principe en valeur sauf si la détermination en volume est plus appropriée au regard des caractéristiques de l’activité en cause</i> ».</p>
<p>Rédaction proposée pour l’Art. L. 466-8. 1°) :</p> <p>« <i>Par dérogation à l’article L. 466-7, une petite ou moyenne entreprise n’est tenue solidairement de réparer que le préjudice subi par ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects lorsque :</i></p> <p>« 1° Sa part de marché sur le marché pertinent, <u>calculée en principe en valeur sauf si la détermination en volume est plus appropriée au regard des caractéristiques de l’activité en cause</u> », calculée en valeur et</p>	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-9. – Par dérogation à l'article L. 466-7, une personne ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence n'est tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects que si ces victimes n'ont pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et vainement poursuivis.</p>	<p>subsidiarement en volume, est inférieure à 5% pendant toute la durée de la commission de la pratique prohibée.</p>
	<p>Art. L. 466-9, 3 observations :</p> <p>1°) L'ordonnance reprend, en les simplifiant de manière heureuse, les dispositions de l'article 11 de la directive, spécialement sur le régime spécial de solidarité applicable aux bénéficiaires d'une exemption complète d'amende dans le cadre d'une procédure de clémence.</p> <p>2°) La notion de « <i>vainement poursuivis</i> » est vague : s'agit-il d'une décision de première instance, d'appel, de cassation ? L'APDC suggère de préciser, dans l'ordonnance, le stade du recours vain, à partir duquel les victimes de l'infraction peuvent agir directement contre un co-auteur bénéficiaire d'une exemption complète. Il s'agirait de décision définitive et concernerait tous les coauteurs, autres que celui bénéficiant de l'exemption.</p> <p>3°) Le projet ne prévoit pas la modalité de détermination de la part contributive. On renvoie ci-dessus aux observations relatives à l'art. L. 466-7-1° (nouveau).</p>
	<p>Rédaction proposée pour un article L. 466-9-1 nouveau : « Par dérogation à l'article L. 466-7, une personne ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence n'est tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects que si ces victimes n'ont pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et <u>vainement poursuivis sans succès et de façon définitive</u> ».</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-10. – Dans le cadre du recours en contribution, la part contributive du codébiteur ayant bénéficié d’une exonération totale de sanction pécuniaire en application d’une procédure de clémence est fixée de la manière suivante :</p> <p>« 1° Lorsque les victimes indemnisées sont les acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects des codébiteurs solidaires, la part contributive de ce codébiteur ne peut excéder le montant du préjudice subi par ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects ;</p> <p>2° Lorsque les victimes indemnisées ne sont pas les acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects des codébiteurs solidaires, la part contributive de ce codébiteur est fixée conformément aux règles du droit commun.</p>	<p>Article L.466-10 :</p> <p>Sur le 1° : l’ordonnance ne prévoit pas, contrairement à la directive, que la part contributive du bénéficiaire de l’exonération totale est calculée en fonction de la responsabilité respective de chaque co-auteur dans le préjudice causé.</p> <p>Sur le 2° : Il en est de même dans le 2° qui vise la fixation conformément aux règles de droit commun. L’APDC suggère là encore de reprendre la formule de la Directive (art. 11 § 6), comme dans le 1°.</p> <p>Ces modifications pourront permettre de prendre en considération dans ses recours en contribution le fait, par exemple, que le bénéficiaire de l’exemption ait été le leader et / ou le principal animateur de l’entente.</p> <p>Proposition de rédaction de l’article L. 466-10 :</p> <p>« 1° Lorsque les victimes indemnisées sont les acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects des codébiteurs solidaires, la part contributive de ce codébiteur <u>calculée en fonction de sa responsabilité relative dans le préjudice</u> ne peut excéder le montant du préjudice subi par ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects ;</p> <p>2°. Lorsque les victimes indemnisées ne sont pas les acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects des codébiteurs solidaires, la part contributive de ce codébiteur est fixée conformément aux règles du droit commun, <u>en fonction de la responsabilité respective de chaque co-auteur dans le préjudice causé</u> ».</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p style="text-align: center;">« <i>Sous-section 2</i> « <i>L'incidence des transactions</i></p> <p>« <i>Art. L. 466-11.</i> – La victime qui a conclu une transaction avec l'un des codébiteurs solidaires ne peut réclamer aux autres codébiteurs non parties à la transaction que le montant de son préjudice diminué de la part du préjudice imputable au codébiteur partie à la transaction. Les codébiteurs non parties à la transaction ne peuvent réclamer au codébiteur partie à celle-ci une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime.</p> <p>« Sauf convention contraire des parties, la victime partie à la transaction ne peut réclamer au codébiteur cocontractant le paiement du solde de son préjudice qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi les autres codébiteurs solidaires.</p> <p>« <i>Art. L. 466-12.</i> – Pour fixer la part contributive de chaque codébiteur solidaire, le juge tient compte de l'ensemble des indemnités déjà versées en exécution d'une transaction antérieurement conclue avec l'un des codébiteurs.</p>	<p>Art. L. 466-11, 1 observation :</p> <p>Le texte, ici encore, ne précise pas comment est calculée la « <i>part du préjudice imputable au codébiteur partie à la transaction</i> ».</p> <p>L'APDC propose, pour ce faire, de renvoyer au nouvel article L. 466-7-1° proposé ci-dessus.</p> <p>Art. L. 466-12. 1 observation :</p> <p>Compte tenu du caractère le plus souvent confidentiel des transactions, il conviendrait de prévoir une obligation pour le demandeur, d'informer les parties et le juge de toutes les indemnités transactionnelles déjà versées en exécution d'une transaction. Le texte devrait ajouter : « (...) <i>Le demandeur est tenu de déclarer les indemnités déjà versées</i> ».</p> <p>Rédaction proposée pour l'Art. L. 466-12. :</p> <p>« Pour fixer la part contributive de chaque codébiteur solidaire, le juge tient compte de l'ensemble des indemnités déjà versées en exécution d'une transaction antérieurement conclue avec l'un des codébiteurs.</p> <p><u><i>Le demandeur est tenu de déclarer les indemnités déjà versées</i></u> ».</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
Chapitre II – De la prescription des actions	
<p>« Art. L. 466-13. – L’action en responsabilité mentionnée à l’article L. 466-1 se prescrit à l’expiration d’un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative :</p> <p>« 1° Les actes ou faits constitutifs d’une pratique prohibée, et le fait qu’ils constituent une telle pratique,</p> <p>« 2° Un dommage causé par la pratique,</p> <p>« 3° L’identité de l’un des auteurs de la pratique prohibée.</p> <p>« Toutefois, la prescription ne court pas tant que la pratique prohibée n’a pas cessé.</p>	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-14. – Une demande en justice ou un acte d'exécution forcée fait par la victime à l'un des co-auteurs de la pratique prohibée ou la reconnaissance par l'un d'eux de la pratique prohibée du droit de la victime interrompt le délai de prescription contre tous ses auteurs, y compris contre celui ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence.</p>	<p>Art. L. 466-14, 2 observations :</p> <p>1°) Le projet ne prévoit pas de disposition relative à l'effet suspensif ou interruptif de la prescription résultant des actes des autorités de concurrence (Directive art. 10 § 4). Sans doute, pense-t-on que le droit positif y répond. Il est vrai que le droit français (art. L. 462-7 4° al.) prévoit bien qu'un 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 donne lieu à l'interruption du délai de prescription de l'action action privée. Cependant, selon cette disposition, cette interruption ne produit ses effets que jusqu'à la date à laquelle la décision de l'autorité de concurrence devient définitive, alors que l'article 10-4 de la Directive prévoit que la « <i>suspension ou l'interruption</i> » prend fin au plus tôt un an après la date à laquelle cette décision est devenue définitive ou à laquelle il a été mis un terme à la procédure d'une autre manière.</p> <p>Il semble donc souhaitable de modifier l'article L. 462-7, alinéa 4, du Code de commerce dans un sens proche du texte de la Directive.</p> <p>Rédaction proposée pour l'article L. 462-7 modifié : « <u>L'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou la Commission européenne suspend la prescription de l'action civile. La suspension résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à un an après la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive, ou à laquelle il a été mis un terme à la procédure d'une autre manière</u> ».</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>2°) Par ailleurs, l'article 18 de la Directive dispose : « Effet suspensif et autres effets du règlement consensuel des litiges. 1. Les États membres veillent à ce que le délai de prescription fixé pour intenter une action en dommages et intérêts soit suspendu pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige. Cette suspension ne s'applique qu'à l'égard des parties qui participent ou ont participé à ladite procédure ou y ont été représentées. 2. Sans préjudice des dispositions du droit national en matière d'arbitrage, les États membres veillent à ce que les juridictions nationales saisies d'une action en dommages et intérêts puissent suspendre leur procédure pendant une période allant jusqu'à deux ans lorsque les parties à celle-ci participent à une procédure de règlement consensuel du litige concernant la demande couverte par l'action en dommages et intérêts. 3. Une autorité de concurrence peut considérer la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante ».</p> <p>l'APDC comprend qu'il n'a pas été jugé utile d'intégrer cette disposition dans les textes de transposition compte tenu des termes de l'article 2238 du Code civil qui prévoit la suspension du délai de prescription à compter du premier écrit ou, à défaut d'écrit obligatoire, de la première réunion engageant le recours à une procédure amiable, et ce jusqu'à ce que l'une des parties, le médiateur ou le conciliateur, n'en déclare la fin.</p> <p>De toute évidence, l'expression « règlement consensuel » figurant à l'article 18 de la Directive recouvre une acception plus large que l'article 2238 du Code civil. Se pose la question de l'extension du domaine d'application de cette disposition, actuellement circonscrit aux médiations, conciliations et convention de procédure participative, afin de l'étendre à « toute</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p><i>procédure de règlement consensuel du litige</i> » (article 18§1 de la Directive).</p> <p>A cet effet, le considérant n°48 prévoit que « <i>les auteurs de l'infraction et les parties lésées devraient être encouragées à se mettre d'accord sur la réparation du préjudice par une infraction au droit de la concurrence au moyen de mécanismes de règlement consensuel des litiges, tels que les règlements amiables (notamment ceux que le juge peut déclarer contraignants), l'arbitrage, la médiation ou la conciliation. [...] Les dispositions de la présente directive visent dès lors à faciliter le recours à de tels mécanismes et à accroître leur efficacité</i> » (soulignements ajoutés).</p> <p>Ainsi, ce considérant met en avant une liste non exhaustive (« tels que ») des modes de règlement consensuel des litiges.</p> <p>Enfin, plus spécifiquement, la Directive semble favoriser le recours à la médiation, que le droit interne s'efforce également de promouvoir. La transposition de la Directive peut donc permettre la poursuite du développement de cette technique de règlement alternatif des conflits.</p> <p>Suggestion d'intégrer au sein du Titre VI ter une disposition spécifique proche du texte de la Directive :</p> <p><i>« Le délai de prescription fixé pour intenter une action en dommages et intérêts est suspendu pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige, d'arbitrage, de médiation ou de conciliation qui ne peut dépasser deux ans. Cette suspension ne s'applique qu'à l'égard des parties qui participent ou ont participé à ladite procédure ou y ont été représentées ».</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-15. – Le premier alinéa de l’article 2232 du code civil n’est pas applicable à l’action engagée en application du présent titre lorsqu’elle est consécutive à une décision définitive de l’Autorité de la concurrence, d’une autorité de concurrence d’un autre Etat membre de l’Union européenne, de la Commission européenne, ou des juridictions de recours.</p>	<p>Art. L. 466-15, 1 observation :</p> <p>La question du maintien du délai butoir de vingt ans prévu par l'article 2232 du Code civil se pose effectivement avec une certaine acuité.</p> <p>L'article 2232 du Code civil prévoit que : « <i>Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. Le premier alinéa n'est pas applicable dans les cas mentionnés aux articles 2226, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l'article 2241 et à l'article 2244. Il ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes</i> ».</p> <p>En effet, on a pu relever les difficultés que risqueraient de provoquer le maintien de ce délai butoir à la réparation d’un préjudice anticoncurrentiel :</p> <ul style="list-style-type: none"> - certains auteurs considèrent que les dispositions de l’article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH relatives aux garanties du procès équitable, et notamment le principe d’effectivité, risquent de se heurter au maintien du délai butoir de l’article 2232². - il a été soutenu que le maintien de l’article 2232 du Code civil risquerait de porter atteinte au considérant 36 de la Directive qui prévoit que « <i>les règles nationales concernant le début, la durée, la suspension ou l’interruption des délais de prescription ne devraient pas entraver indument l’introduction des actions en dommages et intérêts. Cette exigence est particulièrement importante pour les actions qui se fondent sur la constatation d’une infraction par une</i>

² Voir notamment Rafael Amaro, « La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français », Revue des droits de la concurrence, Concurrences N°2-2015, p.23.

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p data-bbox="1136 318 1734 342"><i>autorité de concurrence ou une instance de recours</i> ».</p> <p data-bbox="1045 386 1892 711">Toutefois, ces risques paraissent limités, et permettre une telle rupture d'égalité selon le type de contentieux concerné ne paraît pas justifié à l'APDC et risquerait de conférer une longueur excessive à la procédure (avec pour corollaire une déperdition des éléments de preuve notamment). Par ailleurs, le considérant précité vise le fait d'« <i>entraver indument</i> » l'introduction des actions indemnitaires. Or, le maintien d'une date butoir de 20 ans, qui se réfère ainsi à une longue période exceptionnelle en matière privée, peut se justifier à différents titres (sécurité juridique, sauvegarde des preuves et exigence du procès équitable, incitation aux autorités et juridiction de faire diligence...).</p> <p data-bbox="1045 756 1535 781">Suggestion de supprimer l'article L. 466-15</p>
<p data-bbox="688 964 1381 989">Chapitre III - De la production et la communication des pièces</p>	
<p data-bbox="174 1065 1024 1227">« Art. L. 466-16. – En vue ou dans le cadre d'une action prévue au présent titre, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle détient d'ordonner la communication de pièces, toute juridiction peut ordonner la communication ou la production de pièces ou de catégories de pièces pouvant être identifiées par référence à des caractéristiques communes.</p> <p data-bbox="174 1230 1024 1356">« Lorsqu'elle en décide ainsi, la juridiction tient compte en particulier de la protection des informations confidentielles tel le secret des affaires et de la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par l'Autorité de la concurrence, le ministre chargé de l'économie, toute autre</p>	<p data-bbox="1045 1032 1381 1057">Art. L. 466-16, 1 observation :</p> <p data-bbox="1045 1097 1892 1260">Le projet d'ordonnance reconnaît la supériorité des droits de la défense par rapport au secret des affaires et exige la communication intégrale des pièces nécessaires à la solution du litige ou à l'exercice des droits de la défense, y compris dans le cas où elles contiennent des éléments relevant du secret des affaires.</p> <p data-bbox="1045 1300 1892 1356">L'APDC considère que la notion de « <i>catégories de pièces pouvant être identifiées par référence à des caractéristiques communes</i> » qui cherche,</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-18. – Sauf lorsque la production intégrale de la pièce est nécessaire à la solution du litige ou à l'exercice des droits de la défense d'une partie, la juridiction saisie de l'action en réparation fondée sur l'article L. 466-1 peut, lorsque la production de cette pièce est de nature à porter atteinte au secret des affaires, autoriser sa production dans une version non confidentielle ou sous forme d'un résumé.</p>	<p><i>mentionnées à l'article L. 466-16 la production d'une pièce issue de son dossier lorsque l'une des parties, ou un tiers, est raisonnablement en mesure peut être contrainte de fournir cette pièce ».</i></p> <p>Art. L. 466-18, 1 observation :</p> <p>L'APDC considère qu'accepter la communication de la pièce « <i>sous forme d'un résumé</i> », c'est prendre le risque que le document puisse être significativement édulcoré par son détenteur avant que ce dernier ne le communiqué à la partie adverse. Par ailleurs, la possibilité de ne communiquer qu'un résumé ne fait pas partie des options envisagées par la Directive à son considérant 18 qui évoque la possibilité de « <i>conduire des audiences à huis clos</i> » et qui relève, du reste, que « <i>[l]es mesures prises pour protéger les secrets d'affaires et les autres informations confidentielles ne devraient toutefois pas entraver l'exercice du droit à réparation</i> ».</p> <p>L'APDC propose qu'une consultation des pièces en question, uniquement entre avocats et sous le contrôle du juge de la mise en état, soit organisée afin que le demandeur puisse s'assurer que les informations pertinentes n'ont pas été occultées rendant de ce fait inexploitable les pièces en question. Cette procédure pourrait faire l'objet d'une disposition du décret d'application.</p> <p>Rédaction proposée pour l'art. L. 466-18: « <i>Sauf lorsque la production intégrale de la pièce est nécessaire à la solution</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-19. – La juridiction ne peut pas enjoindre la communication ou la production d'une pièce comportant :</p> <p>« 1° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présenté volontairement à une autorité de concurrence par une entreprise ou un organisme, ou en son nom, et contribuant à établir la réalité d'une pratique prohibée aux articles L. 420-1 et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à en identifier ses auteurs, en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanctions en application d'une procédure de clémence ;</p> <p>« 2° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présenté volontairement à une autorité de concurrence par une entreprise ou un organisme, ou en son nom, traduisant sa volonté de renoncer à contester la réalité des griefs qui lui sont notifiés et la responsabilité qui en découle, ou reconnaissant sa participation à une pratique prohibée et la responsabilité qui en découle, établi en vue de bénéficier devant l'Autorité de la concurrence de la procédure prévue au III de l'article L. 464-2, ou devant le ministre chargé de l'économie de la procédure prévue au deuxième alinéa de l'article L. 464-9 ou devant les autorités de concurrence des autres Etats membres et la Commission européenne d'une procédure simplifiée ou accélérée.</p> <p>« Cette interdiction s'applique également à toute pièce établie à l'occasion</p>	<p><i>du litige ou à l'exercice des droits de la défense d'une partie, la juridiction saisie de l'action en réparation fondée sur l'article L. 466-1 peut, lorsque la production de cette pièce est de nature à porter atteinte au secret des affaires, autoriser sa production dans une version non confidentielle ou sous forme d'un résumé».</i></p> <p>Art. L. 466-19, 4 observations :</p> <p>1°) L'APDC considère qu'outre la demande de clémence en tant que telle, il est nécessaire de protéger également les pièces qui, en pratique, sont soumises à l'appui de cette dernière. La rédaction actuelle semble suggérer que seule la demande de clémence, qu'elle soit orale ou écrite, sera exclue du champ de l'injonction de communication. Afin de maintenir l'attractivité de la procédure de clémence (objectif rappelé au considérant 26 de la Directive), il est nécessaire de protéger également les pièces supports et qui sont autoincriminantes. Le considérant 26, qui mentionne « <i>les déclarations en vue d'obtenir la clémence</i> » a, selon nous, un caractère non exhaustif qu'illustre l'utilisation de l'expression « <i>telles que</i> » :</p> <p>- Considérant 26 : « <i>Les entreprises pourraient être dissuadées de coopérer avec les autorités de concurrence dans le cadre de programmes de clémence et de procédures de transaction si des déclarations auto-incriminantes telles que des déclarations en vue d'obtenir la clémence et des propositions de transaction, produites aux seules fins de la coopération avec les autorités de concurrence, devaient être divulguées</i> » (surlignement ajouté).</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>d'une enquête ou d'une instruction devant une autorité de concurrence comportant une transcription ou citation littérale des exposés mentionnés aux alinéas précédents.</p> <p>« La juridiction écarte des débats les pièces listées ci-dessus qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence.</p>	<p>2°) L'APDC salue l'insertion de la référence aux procédures devant « <i>le ministre chargé de l'économie</i> » au titre de l'article L. 464-9 du Code de commerce dans la mesure où des actions en dommages et intérêts peuvent être engagées à la suite d'une décision du Ministre prise sur ce fondement.</p> <p>3°) L'APDC considère que l'extension de l'exclusion à « <i>toute pièce établie à l'occasion d'une enquête ou d'une instruction devant une autorité de concurrence comportant une transcription ou citation littérale des exposés mentionnés aux alinéas précédents</i> » est excessive dans la mesure où elle va à l'encontre des objectifs de la Directive. Ce qui doit être protégé ce n'est pas la pièce dans son entièreté mais uniquement les passages de celle-ci qui reprennent, <i>verbatim</i>, le contenu des demandes de clémence ou des propositions de transaction. Une confidentialisation des parties relevant de ces deux catégories paraît donc plus appropriée qu'un refus pur et simple de communication des « <i>pièces</i> » dans leur entièreté. Appliquer cette règle conduirait par exemple à exclure la possibilité d'avoir accès à des écritures produites devant l'Autorité dès lors qu'elles contiendraient, ce qui est souvent le cas en pratique, un rappel des déclarations de clémence ou des propositions de transaction.</p> <p>4°) Par ailleurs, l'APDC a du mal à saisir l'articulation entre cet alinéa de l'article L. 466-19 et l'article L. 466-20 qui semble, quant à lui, suggérer que dans un tel cas, la pièce est communiquée dans une version occultant les passages reprenant la déclaration de clémence et/ou la proposition de transaction. Pour l'APDC, une mise en cohérence entre ces deux dispositions est donc nécessaire.</p> <p>L'APDC considère que le dernier alinéa de cet article devrait être précisé</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>dans la mesure où il devrait être possible à une partie ayant eu accès au dossier d'une autorité de la concurrence d'en produire les pièces qui vont au soutien de sa demande lorsque la procédure devant ladite autorité est clôturée.</p> <p>Rédaction proposée pour l'art. L. 466-19 :</p> <p><i>« La juridiction ne peut pas enjoindre la communication ou la production d'une pièce comportant :</i></p> <p><i>« 1° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présenté volontairement à une autorité de concurrence par une entreprise ou un organisme, ou en son nom, et contribuant à établir la réalité d'une pratique prohibée aux articles L. 420-1 et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à en identifier ses auteurs, en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanctions en application d'une procédure de clémence. <u>Cette exclusion s'applique également aux pièces contenant des déclarations auto-incriminantes que le demandeur de clémence aura, le cas échéant, transmis à l'appui de sa demande de clémence.</u></i></p> <p><i>« 2° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présenté volontairement à une autorité de concurrence par une entreprise ou un organisme, ou en son nom, traduisant sa volonté de renoncer à contester la réalité des griefs qui lui sont notifiés et la responsabilité qui en découle, ou reconnaissant sa participation à une pratique prohibée et la responsabilité qui en découle, établi en vue de bénéficier devant l'Autorité de la concurrence de la procédure prévue au III de l'article L. 464-2, ou devant le ministre chargé de l'économie de la procédure prévue au deuxième alinéa de l'article L. 464-9 ou devant les autorités de concurrence des autres Etats membres et la Commission européenne d'une procédure simplifiée ou accélérée.</i></p> <p><i>« Cette interdiction s'applique également à toute <u>aux passages pertinents d'une</u> pièce établie à l'occasion d'une enquête ou d'une instruction devant une autorité de concurrence comportant <u>et qui comporteraient une</u></i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-20. – Lorsqu’une partie seulement des pièces ou des catégories de pièces sont couvertes par les dispositions de l’article L. 466-19, les autres parties de celles-ci sont communiquées conformément aux dispositions du présent chapitre.</p> <p>« Art. L. 466-21. – A la demande d’une partie, la juridiction vérifie qu’une pièce faisant l’objet de la demande de communication ou production ne relève pas de l’interdiction prévue à l’article L. 466-19.</p> <p>« La juridiction statue sans débat, après avoir informé les parties et, le cas échéant, le tiers détenteur de la pièce litigieuse, de sa saisine et de la date du prononcé de sa décision. La juridiction prend seule connaissance de la pièce litigieuse après en avoir obtenu transmission par la personne qui la détient. La juridiction peut demander l’avis de l’autorité de concurrence compétente. Cet avis n’est pas communiqué aux parties ou au tiers. La juridiction peut entendre l’auteur de la pièce litigieuse hors la présence de toute autre personne. La motivation de la décision préserve la confidentialité des informations contenues dans les pièces relevant de l’interdiction prévue à l’article L. 466-19.</p> <p>« La décision de la juridiction qui constate que la pièce litigieuse ne relève pas, en tout ou en partie, de l’interdiction prévue à l’article L. 466-19 et qui</p>	<p><i>transcription ou citation littérale des exposés mentionnés aux alinéas précédents. Dans un tel cas, cette pièce est communiquée selon les dispositions de l’article L. 466-20 du code de commerce.</i></p> <p><i>« La juridiction écarte des débats les pièces listées ci-dessus qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l’accès au dossier d’une autorité de concurrence.</i></p> <p>Art. L. 466-21, 3 observations :</p> <p>1°) Tout d’abord, afin d’éviter tout risque de biais, l’APDC considère qu’il serait préférable que le juge qui se prononcera sur ce point ne soit pas le juge qui aura, ensuite, à juger l’affaire sur le fond. Il pourrait donc être envisagé, comme cela est le cas pour les actions fondées sur la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, de confier ce rôle à un juge chargé de la mise en état. Il conviendrait donc que le terme « <i>juridiction</i> » soit remplacé par le terme « <i>le juge de la mise en état</i> ».</p> <p>2°) L’APDC comprend également que « <i>la juridiction</i> » statuera « <i>sans débat</i> » et que seul l’auteur de la pièce pourra, à supposer toutefois que</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>ordonne sa communication ou sa production, totale ou partielle, peut faire l'objet d'un recours. La juridiction saisie du recours statue selon les mêmes modalités que celles prévues au deuxième alinéa. La décision rendue sur ce recours n'est pas susceptible de pourvoi en cassation.</p>	<p>« <i>la juridiction</i> » le souhaite, être entendu. Il est au contraire nécessaire que le débat soit contradictoire et, sur ce point, la Directive ne fournit aucun élément permettant de justifier que l' « <i>avis de l'autorité de concurrence compétente</i> » ne soit pas communiqué aux parties. A défaut, les parties pourraient chercher à contester, à un stade ultérieur de l'instance, les conditions dans lesquelles l'accès a été accordé et/ou refusé. L'APDC comprend mal pour quelles raisons l'avis de l'Autorité ne serait pas communiqué aux parties, <i>a fortiori</i> lorsqu'on sait que l'avis de l'Autorité prévu à l'article R. 466-3 est, quant à lui, communiqué aux parties. En effet, la rédaction actuelle de l'article R. 466-3 prévoit que « <i>[u]ne autorité de concurrence peut, de sa propre initiative, donner son avis écrit à la juridiction saisie d'une demande de communication ou de production de pièces. Cet avis est transmis par l'autorité de concurrence aux parties</i> ». L'APDC estime que ce n'est pas « <i>l'auteur de la pièce litigieuse</i> » qui doit être entendu mais, de façon plus large, la personne ou l'organisme ayant fourni la pièce à l'autorité de concurrence.</p> <p>3°) Enfin, l'APDC considère qu'il devra être précisé, soit dans le décret d'application soit, éventuellement dans une circulaire, les modalités de consultation par le juge nationale de « <i>l'autorité de concurrence compétente</i> » lorsque cette dernière est une autorité étrangère. A défaut de clarté sur ce point, le juge national pourrait être confronté à une impossibilité, en pratique, de consulter ladite autorité.</p> <p>Rédaction proposée pour l'art. L. 466-21 : « <i>A la demande d'une partie, la juridiction le juge de la mise en état vérifie qu'une pièce faisant l'objet de la demande de communication ou production ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article L. 466-19</i> ». « La juridiction <i>Le juge de la mise en état statue sans débat, après avoir</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. L. 466-22. – Tant que la procédure concernée n’est pas close par une décision adoptée par l’Autorité de la concurrence sur le fondement des articles L. 462-8, L. 464-2-1, L. 464-3, L. 464-6 ou L. 464-6-1, par le ministre chargé de l’économie sur le fondement de l’article L. 464-9 ou par une autorité de concurrence d’un autre Etat membre de l’Union européenne ou la Commission européenne sur le fondement de dispositions équivalentes, la juridiction ne peut pas enjoindre la communication ou la production d’une pièce comportant :</p> <p>« 1° Des informations préparées par une entreprise, un organisme, ou toute autre personne physique ou morale, ainsi que par les autorités administratives que l’Autorité de la concurrence consulte, ces informations ayant été préparées expressément aux fins d’une enquête ou d’une instruction menée par une autorité de concurrence ;</p> <p>« 2° Des informations établies par une autorité de concurrence et</p>	<p><i>informé les parties et, le cas échéant, le tiers détenteur de la pièce litigieuse, de sa saisine et de la date du prononcé de sa décision. La juridiction <u>Le juge de la mise en état</u> prend seul connaissance de la pièce litigieuse après en avoir obtenu transmission par la personne qui la détient. La juridiction <u>Le juge de la mise en état</u> peut demander l’avis de l’autorité de concurrence compétente. Cet avis n’est pas communiqué aux parties ou au tiers. La juridiction <u>Le juge de la mise en état</u> peut, à leur demande, entendre l’auteur de la personne ou l’organisme ayant fourni la pièce litigieuse hors la présence de toute autre personne ainsi que la partie en ayant sollicité la communication. La motivation de la décision préserve la confidentialité des informations contenues dans les pièces relevant de l’interdiction prévue à l’article L. 466-19 ».</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>communiquées à l'entreprise ou l'organisme concerné au cours de sa procédure ;</p> <p>« 3° Un exposé écrit ou oral, ou une transcription ou citation littérale d'un tel exposé, mentionné au 2° de l'article L. 466-19, lorsque l'entreprise ou l'organisme auteur de l'exposé s'est retiré unilatéralement de la procédure.</p> <p>« La juridiction écarte des débats les pièces listées ci-dessus qui seraient produites ou communiquées par les parties alors que la procédure concernée n'est pas close lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence.</p> <p>« Art. L. 466-23. – Les articles L. 466-19 et L. 466-22 ne s'appliquent pas à une pièce qui existe indépendamment de la procédure engagée devant une autorité de concurrence qu'elle figure ou non dans le dossier de ladite autorité.</p> <p>« Art. L. 466-24. – Lorsqu'une pièce ne relevant pas des interdictions prévues aux articles L. 466-19 et L. 466-22 a été obtenue par une personne physique ou morale uniquement grâce à son accès au dossier d'une autorité de concurrence, cette pièce ne peut être utilisée que dans le cadre d'une action mentionnée au présent titre par ladite personne ou son ayant-droit. »</p>	
Autres dispositions du projet d'ordonnance - Articles 3 à 12	
<p>Article 3</p> <p>L'article L. 462-3 est ainsi modifié :</p> <p>1° Au deuxième alinéa, les mots : « ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance » sont supprimés ;</p> <p>2° Après le dernier alinéa, est ajouté un alinéa ainsi rédigé :</p> <p>« Lorsqu'une juridiction enjoint à l'Autorité de la concurrence de produire une pièce issue de son dossier, il est fait application des articles L. 466-16, L. 466-17, L. 466-19 à L. 466-24. »</p>	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>Article 4 L'article L. 463-6 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Cette disposition n'est pas applicable lorsque la divulgation intervient régulièrement dans le cadre d'une action régie par les dispositions prévues au titre VI ter. »</p> <p>Article 5 Le troisième alinéa de l'article L. 464-2 est complété par une phrase ainsi rédigée : « L'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise lorsque cette dernière a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des</p>	<p>1 observation sur cet Article 5 : Se posait en effet la question d'une adaptation de l'alinéa 3 de l'article L. 464-2 du Code de commerce afin de prévoir expressément que l'Autorité de la concurrence peut, voire doit³, lorsqu'elle prononce une sanction, tenir compte de la réparation versée à la victime dans le cadre d'un règlement amiable du litige, au regard de l'article 18-3 de la Directive qui dispose que : « <i>Une autorité de concurrence peut considérer la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante</i> ».</p> <p>Cette adaptation paraissait d'autant plus justifiée que les autorités et juridictions de la concurrence incitent, directement ou indirectement, les victimes de pratiques anticoncurrentielles à introduire des actions en réparation du préjudice qu'elles auraient subi, considérant que lesdites actions complètent et participent de leur mission de répression des pratiques anticoncurrentielles⁴.</p>

³ Mais voir, *contra*, OCDE, document du groupe de travail n° 3 du comité de la concurrence (coopération et application de la loi), 15 juin 2015, § 68.

⁴ Voir notamment l'arrêt du Tribunal de l'Union du 16 décembre 2015 dans l'affaire T-9/11, *Air Canada c/ Commission*, § 41. Voir aussi le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire de la signalisation verticale (décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010).

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité en exécution d'une transaction. »</p> <p>Article 6 Au quatrième alinéa de l'article L. 462-7, après les mots : « de l'action civile » sont insérés les mots : « et de l'action engagée devant une juridiction administrative ».</p> <p>Article 7 Les conditions d'application des dispositions de la présente ordonnance sont fixées par décret en Conseil d'Etat.</p> <p>TITRE II DISPOSITIONS MODIFIANT D'AUTRES CODES</p> <p>Article 8 Le dernier alinéa de l'article L. 623-24 du code de la consommation est supprimé.</p> <p>Article 9 Après l'article L. 774-13 du code de justice administrative, sont insérées les dispositions suivantes : « Chapitre V : « LE CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES</p> <p>« Art. L. 775-1. – Les litiges relatifs aux actions tendant à la réparation d'un dommage causé par une pratique anticoncurrentielle sont régis par les dispositions législatives du titre VI ter du livre IV du code de commerce.</p> <p>TITRE 3 DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES</p> <p>Article 10</p>	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>I. Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le 27 décembre 2016. Elles sont applicables aux faits générateurs de responsabilité survenus à compter de cette date.</p> <p>II. Toutefois, les dispositions des articles L. 466-16, L. 466-17, L. 466-18, L. 466-20, L. 466-23, L. 462-3 ainsi que celles des quatre premiers alinéas des articles L. 466-19 et L. 466-22 sont applicables aux instances introduites à compter du 26 décembre 2014.</p> <p>III. Les dispositions de la présente loi qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque le délai de prescription n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé.</p> <p>Article 11 Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables à Wallis-et-Futuna.</p> <p>Article 12 Le Premier ministre, le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie et des finances et la ministre des outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.</p>	
Décret	
Article 1 insérant dans le livre IV du code de commerce (partie réglementaire) un titre VI ter ainsi rédigé	
Titre VI ter – Des actions en responsabilité	
Chapitre 1 – De la responsabilité	
Section 1 – Des conditions de la responsabilité	
La présente section ne comprend pas de dispositions réglementaires.	
Section 2 – Des effets de la responsabilité	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Sous-section 1 - Dispositions générales</p> <p>« Art. R. 466-1. – La juridiction peut, après avoir recueilli les observations des parties, solliciter l’avis de l’Autorité de la concurrence sur l’évaluation du préjudice résultant d’une pratique prohibée.</p> <p>« L’Autorité de la concurrence fait connaître sans délai à la juridiction son acceptation et dispose d’un délai de trois mois pour communiquer son avis à la juridiction et aux parties.</p>	<p>Art. R. 466-1, 6 observations :</p> <p>1°) Compte tenu des observations générales ci-dessus, l’APDC propose de modifier cette disposition afin de prévoir que :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la saisine soit justifiée par le juge s’il l’estime appropriée pour éviter son caractère trop systématique, - la notion d’“évaluation du préjudice” soit remplacée par celle de “méthodologie” de l’évaluation du préjudice individuel présenté par le demandeur dans le cadre de l’action en réparation. <p>Ceci semble aller dans le sens des propos tenus le 13 septembre 2016 par le Président de l’Autorité (Colloque Lamy – Wolters Kluwer).</p> <p>2°) Dans l’hypothèse où l’action intervient après une décision de l’Autorité, le projet de décret ne prend pas en compte les limites identifiées par l’Autorité de la concurrence sur son éventuelle saisine par une juridiction nationale. L’Autorité avait relevé dès 2015 qu’il serait « <i>opportun de privilégier un appui sur la base du dossier dont l’Autorité de concurrence dispose déjà plutôt que d’envisager un complément d’instruction dans le cadre de cette consultation</i> » et qu’« <i>il importe de ne pas rentrer dans le chiffrage précis mais plutôt de s’en tenir à un exposé méthodologique circonstancié</i> ».</p> <p>3°) Le projet de décret ne prévoit pas le respect du principe du contradictoire devant l’Autorité de la concurrence. Or, alors qu’aucun recours n’est en principe possible contre les avis de l’Autorité , même si l’Autorité de la concurrence ne se fonde que sur les pièces du dossier ayant</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>donné lieu à la décision définitive pour produire son avis, il est indispensable que les parties puissent s'exprimer (éventuellement à nouveau) sur ces pièces désormais examinées dans un objectif tout à fait différent, celui de chiffrer un éventuel préjudice subi par les victimes, et non plus seulement dans le cadre de l'analyse de la pratique et du dommage que cette dernière a pu causer à l'économie.</p> <p><i>A fortiori</i>, en est-il de même si l'Autorité se fonde sur d'autres éléments ? Ce qui sera nécessairement le cas si l'Autorité ne s'est pas prononcée antérieurement à l'action indemnitaire (« <i>stand alone</i> »).</p> <p>Si la procédure d'avis devant l'Autorité de la concurrence devenait contradictoire, il conviendrait d'allonger le délai dans lequel l'avis devra être communiqué à la juridiction, tout en sauvegardant la rapidité des décisions judiciaires.</p> <p>4°) Par ailleurs, l'obligation pour l'Autorité de décider « sans délai » si elle entend ou non répondre favorablement à la demande d'avis, paraît assez floue. L'APDC propose pour assurer la sécurité juridique, de fixer un bref délai précis, par exemple quinze jours.</p> <p>5°) L'article R.466-1 laisse une liberté d'appréciation à l'Autorité sur le point de savoir si elle souhaite ou non répondre à la demande d'avis formulée par la juridiction. Même si cette faculté ressort de l'article 17 § 3 de la Directive, l'APDC s'interroge sur son caractère possiblement arbitraire qui permettrait, par exemple, à l'Autorité de décider de ne pas rendre un avis dans les affaires où elle n'a identifié que des effets potentiels et non réels, i.e. une absence de préjudice réel causé. L'APDC souligne que ce type d'hypothèse pourrait soulever des questions de compatibilité avec la CEDH. Seule la pratique montrera les difficultés éventuelles susceptibles de surgir.</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p>6°) Sur le plan procédural, il est par ailleurs difficile de percevoir l'articulation entre le délai accordé à l'Autorité et la mise en état dans la procédure. L'APDC suggère d'indiquer que les délais de la procédure devant la juridiction saisie sont suspendus dans l'attente de la position de l'Autorité.</p> <p>Rédaction proposée pour l'art. R. 466-1 : <i>« La juridiction peut, si elle l'estime appropriée et après avoir recueilli les observations des parties, solliciter, en justifiant sa demande, l'avis de l'Autorité de la concurrence sur la méthodologie de l'évaluation du préjudice individuel présenté par le demandeur dans le cadre de l'action en réparation résultant d'une pratique prohibée. « L'Autorité de la concurrence fait connaître sans dans un délai de quinze jours à la juridiction son acceptation et dispose d'un délai de trois six mois pour communiquer son avis à la juridiction et aux parties, après avoir entendu ces dernières. Les délais devant la juridiction sont suspendus dans l'attente de l'avis de l'Autorité de la concurrence ».</i></p>
Chapitre II – De la prescription des actions	
Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions réglementaires.	
Chapitre III – De la production et la communication des pièces	
Section 1 – De la communication ou de la production des pièces issues du dossier d'une autorité de concurrence	
<p>« Art. R. 466-2. – Les parties concernées par une enquête en cours ou close devant l'Autorité de la concurrence l'informent de toute demande de communication ou de production de pièces, qu'elles ont formulée ou dont elles sont destinataires, lorsque la pratique prohibée est également visée par ladite enquête.</p>	<p>Art. R. 466-2, 1 observation :</p> <p>L'APDC considère que cette disposition ne doit pas s'appliquer uniquement aux procédures de l'Autorité de la concurrence mais également aux procédures en cours ou close devant les autres autorités de concurrence (ministre chargé de l'économie, autorité de concurrence d'un autre Etat membre et Commission européenne).</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. R. 466-3. – Une autorité de concurrence peut, de sa propre initiative, donner son avis écrit à la juridiction saisie d’une demande de communication ou de production de pièces. Cet avis est transmis par l’autorité de concurrence aux parties.</p> <p>« Art. R. 466-4. – La décision prévue au dernier alinéa de l’article L. 466-23 est notifiée aux parties. L’Autorité de la concurrence en est avisée par tout moyen. Le recours à l’encontre de cette décision est formé devant le premier président de la cour d’appel ou son délégué dans un délai de 10 jours suivant cette notification. Ce recours est suspensif. Le premier président ou son délégué statue dans le mois du recours.</p>	<p>Rédaction proposée pour l’art. R. 466-2 : <i>« Les parties concernées par une enquête en cours ou close devant l’Autorité <u>une autorité</u> de concurrence l’informent de toute demande de communication ou de production de pièces, qu’elles ont formulée ou dont elles sont destinataires, lorsque la pratique prohibée est également visée par ladite enquête ».</i></p> <p>Art. R. 466-4, 2 observations :</p> <p>1°) L’ADPC ne comprend pas à quel article il est renvoyé ici. Il semble qu’il s’agit plutôt de l’article L. 466-20 (et non pas l’article L. 466-23).</p> <p>2°) L’APDC considère que cette disposition ne doit pas s’appliquer uniquement aux procédures de l’Autorité de la concurrence mais également aux procédures en cours ou closes devant les autres autorités de concurrence (ministre chargé de l’économie, autorité de concurrence d’un autre Etat membre et Commission européenne).</p> <p>Rédaction proposée pour l’art. R. 466-4: <i>« La décision prévue au dernier alinéa de l’article L. 466-230 est notifiée aux parties. L’Autorité de concurrence en est avisée par tout moyen. Le</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
	<p><i>recours à l'encontre de cette décision est formé devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué dans un délai de 10 jours suivant cette notification. Ce recours est suspensif. Le premier président ou son délégué statue dans le mois du recours ».</i></p>
Section 2 – De la protection du secret des affaires	
<p>« Art. R. 466-5. – La demande d'autorisation de produire une pièce dans les conditions de l'article L. 466-18 est faite sans forme. Elle est accompagnée de la pièce, d'une version non confidentielle de celle-ci et de son résumé et précise les éléments de cette dernière de nature à porter atteinte au secret des affaires.</p> <p>« Le juge, s'il estime cette demande fondée, autorise ou ordonne la production de la pièce selon les modalités qu'il fixe.</p> <p>« Art. R. 466-6. – La décision autorisant ou refusant la production d'une pièce dans les conditions de l'article L. 466-18 peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué dans un délai de dix jours à compter de sa notification. Ce recours est suspensif. Le premier président ou son délégué statue dans le mois du recours.</p> <p>« Le pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision est formé dans un délai de dix jours à compter de la notification qui en est faite. Le délai de pourvoi et le pourvoi exercé dans ce délai sont suspensifs. Le pourvoi est instruit est jugé selon les règles applicables à la procédure de représentation obligatoire sous réserve des délais de remise et de notification des mémoires prévus aux articles 978 et 982 du code de</p>	<p>Art. R. 466-6, 1 observation :</p> <p>L'ADPC ne comprend pas à quel article il est renvoyé ici. Il semble qu'il s'agit plutôt de l'article L. 466-21 (et non pas l'article L. 466-18).</p> <p>Rédaction proposée pour l'art. R. 466-6 :</p> <p><i>« La décision autorisant ou refusant la production d'une pièce dans les conditions de l'article L. 466-281 peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué dans un délai de dix jours à compter de sa notification. Ce recours est suspensif. Le premier président ou son délégué statue dans le mois du recours ».</i></p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
procédure civile qui sont réduits à un mois.	
Section 3 – Des sanctions applicables en cas de manquement aux règles relatives à l’administration de la preuve	
<p>« Art. R. 466-7. – Les parties à l’instance, les tiers, et leurs représentants légaux, peuvent être condamnés au paiement d’une amende civile d’un montant maximum de 3.000 euros, sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient réclamés, dans l’un quelconque des cas suivants :</p> <p>« 1° Le défaut de respect ou le refus de se conformer à une injonction de communication ou de production de pièces émanant de la juridiction saisie d’une action prévue au présent titre ;</p> <p>« 2° La destruction de pièces pertinentes, à quelque moment que ce soit, y compris avant l’introduction de l’action ;</p> <p>« 3° Le défaut de respect des obligations imposées par la juridiction saisie d’une action prévue au présent titre protégeant des informations confidentielles, ou le refus de s’y conformer ;</p> <p>« 4° L’utilisation d’une pièce obtenue uniquement au moyen d’un accès au dossier d’une autorité de concurrence en dehors des cas autorisés par le présent titre.</p> <p>« Le juge peut également tirer toute conséquence de fait ou de droit au préjudice de la partie ayant pu bénéficier de l’un quelconque des comportements mentionnés au présent article. »</p>	<p>Art. R. 466-7, 1 observation :</p> <p>L’APDC s’interroge sur le caractère dissuasif de ce montant de 3.000 euros qui peut paraître dérisoire au regard de l’intérêt qu’une partie pourrait avoir à refuser de déférer à une demande de communication d’une pièce dont elle saurait, pour en être à l’origine ou pour y avoir eu accès, qu’elle pourrait être particulièrement probante à son encontre si le demandeur à l’action y avait accès.</p> <p>L’APDC considère que la réflexion doit être poursuivie sur ce point afin de garantir le caractère dissuasif des sanctions.</p>
Autres dispositions du projet de décret – Articles 2 à 5	
<p>Article 2</p> <p>Après l’article R. 773-36 du code de justice administrative, sont insérées les dispositions suivantes :</p> <p>« CHAPITRE V – LE CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES</p>	<p>Ces dispositions, qui ont vocation à figurer dans le code de justice administrative, sont identiques à celles qui ont vocation à figurer dans le code de commerce. Dans ces conditions, les commentaires et suggestions de modification formulés par l’APDC sont les mêmes que ceux figurant dans la partie concernant les dispositions du code de commerce.</p>

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>« Art. R. 775-5. – Le recours prévu à l’article L. 466-23 du code de commerce s’exerce devant la cour administrative d’appel dans un délai de dix jours à compter de sa notification. Le recours est suspensif. La cour statue dans un délai d’un mois suivant la date de l’introduction du recours.</p> <p>« Art. R. 775-6. – Lorsqu’une partie estime que la production d’une pièce qu’elle détient méconnaît le secret des affaires, elle adresse ou dépose au greffe cette pièce dans son intégralité, accompagnée d’un mémoire distinct précisant les éléments qui sont de nature à porter atteinte au secret des affaires, et, le cas échéant, joint une version non confidentielle de la pièce ou un résumé de celle-ci.</p> <p>« Si le juge estime que la communication aux autres parties de la pièce qui lui est soumise est susceptible de méconnaître le secret des affaires, mais est nécessaire à la résolution du litige, il communique ou met à disposition dans des conditions qu’il aura préalablement fixées, une version non confidentielle ou un résumé de cette pièce.</p> <p>« Si le juge estime que la pièce qui lui est soumise ne méconnaît pas le secret des affaires, il statue par un jugement avant dire droit.</p> <p>« Ce jugement peut faire l’objet d’un recours devant la cour administrative d’appel dans un délai de dix jours suivant sa notification. Le recours est suspensif. La cour statue dans un délai d’un mois suivant la date de l’introduction du recours.</p> <p>« L’arrêt de la cour peut faire l’objet d’un recours en cassation devant le Conseil d’Etat dans un délai de dix jours suivant sa notification. Le délai de pourvoi et le pourvoi exercé dans ce délai sont suspensifs.</p> <p>« Art. R. 775-7. – Les parties à l’instance, les tiers, et leurs représentants légaux, peuvent être condamnés au paiement d’une amende d’un montant maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages et intérêts qui</p>	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>seraient réclamés, dans l'un quelconque des cas suivants :</p> <p>« 1° Le défaut de respect ou le refus de se conformer à une injonction de communication de pièces émanant de la juridiction saisie d'une action prévue au présent titre ;</p> <p>« 2° La destruction de pièces pertinentes, à quelque moment que ce soit, y compris avant l'introduction de l'action ;</p> <p>« 3° Le défaut de respect des obligations imposées par la juridiction saisie d'une action prévue au présent titre protégeant des informations confidentielles, ou le refus de s'y conformer ;</p> <p>« 4° L'utilisation d'une pièce obtenue uniquement au moyen d'un accès au dossier d'une autorité de concurrence en dehors des cas autorisés par le présent titre.</p> <p>« Le juge peut également tirer toute conséquence de fait ou de droit au préjudice de la partie ayant pu bénéficier de l'un quelconque des comportements mentionnés au présent article.</p> <p>« Art. R. 775-8. – Lorsque les parties acceptent de recourir à une conciliation ou lorsqu'elles recourent à une médiation, elles en informent sans délai le juge, qui sursoit à statuer. La reprise de l'instance a lieu à compter de la date à laquelle soit l'une au moins des parties, soit le conciliateur ou le médiateur déclare que la médiation ou la conciliation est terminée. Le juge ne peut surseoir à statuer pour une durée excédant deux ans.</p> <p>Article 3 Les dispositions du présent décret sont applicables aux instances introduites à compter du 26 décembre 2014 à l'exception des dispositions de l'article R. 466-4 qui ne sont applicables qu'aux faits générateurs de responsabilité postérieurs au 27 décembre 2016.</p> <p>Article 4</p>	

Rédaction actuelle des projets de texte de transposition	Observations APDC et, le cas échéant, propositions alternatives de rédaction
<p>Les dispositions du présent décret sont applicables à Wallis-et-Futuna.</p> <p>Article 5</p> <p>Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie et des finances et la ministre des outre-mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.</p>	