



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial  
European Judicial Training Network  
Réseau européen de formation judiciaire

## Réseau Européen de Formation Judiciaire

---

# **Dommages-intérêts, droit européen de la concurrence et juges: la mise en oeuvre publique et privée des articles 101, 102 et 107 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européen par les juges nationaux (REFJ1224)**

Barcelona: 20, 21 y 22 de June 2012

**Salle 9-10**  
Escuela Judicial  
Carretera de Vallvidrera 43-45  
08017-Barcelona

*Directeur du course*  
**David Ordóñez Solís**  
Docteur en Droit  
*Juge. Tribunal du Contentieux-Administratif n° 4*  
*d'Oviedo*

---

### **Mercredi, 20 june 2012**

11 :30 h.      L'application privée du droit de la Concurrence dans les États-Unis d'Amérique: quelques suggestions pour la réflexion.

**Mme Joanna Goyder.**  
Avocate. Freshfields, Bruckhaus & Deringer (Bruxelles)

**APPLICATION PRIVEE ET PUBLIQUE, LOI EUROPEENNE SUR LA CONCURRENCE ET  
JUGE NATIONAUX**

**ESCUELA JUDICIAL, BARCELONE, 20-22 JUIN 2012**

**Application Privée de la Loi sur la Concurrence aux États-Unis : Matière à  
Réfléchir**

**Joanna Goyder, Freshfields Bruckhaus Deringer**

**I. Introduction**

Les Européens critiquent parfois le système américain d'application de la loi sur la concurrence privée, et les avocats américains eux-mêmes pourraient ne pas choisir aujourd'hui de recréer leur système s'ils recommençaient tout à zéro. Mais étant donné que d'une certaine manière, l'UE part de zéro, il est important de tirer les conclusions de l'expérience américaine avant de créer notre propre système pour l'avenir. L'observation du système américain ne nous donnera pas nécessairement de claires indications pour l'Europe, étant donné que les deux systèmes légaux sont basés depuis le début sur des prémices totalement différentes, et se sont développés d'une façon totalement distincte. Cependant, l'ampleur de l'expérience américaine dans ce secteur donne au moins matière à réfléchir.

L'expérience américaine montre, entre autres, qu'un plus haut niveau d'application privée aux États-Unis entraînerait une plus forte implication des juges nationaux dans la définition de l'application de la loi sur la concurrence. Aux États-Unis, les juges joueront un rôle clé dans le développement de l'application privée, notamment à cause de l'importance des règles nationales dans ce genre d'affaires, que les juges sont appelés à interpréter et à appliquer. De nombreux États membres commencent déjà à introduire leurs propres modifications légales dans ce secteur, en partie parce que jusqu'à maintenant, l'action au niveau européen a tardé à arriver, est limitée dans ses possibilités et est globalement d'une nature « souple » ; tout ceci montre le rôle de plus en plus important et visible des juges dans l'application de la loi sur la concurrence.

**II Vue d'ensemble du système d'application de la loi sur la concurrence et du rôle de l'application privée aux États-Unis.**

Les États-Unis ont, aux Sections 1 et 2 de la Loi Sherman, des équivalents des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, qui interdisent respectivement les accords anti-concurrence et l'abus de position dominante. Les Sections 1 et 2 des États-Unis sont très courtes et concises, et la loi sur la concurrence est largement interprétée et appliquée par les juges. Les litiges antitrust privés sont considérés depuis le début comme d'importants ajouts à l'application par les autorités publiques : les plaignants sont appelés « procureurs généraux privés ».

Les sanctions et la dissuasion sont des éléments clés de la philosophie du système d'application privé américain. Le système offre un grand nombre d'avantages aux plaignants, et est le reflet de la vision selon laquelle les violateurs de la loi sur la concurrence devraient être traités avec plus de sévérité que la plupart des

contrevenants civils, à l'inverse de la situation des pays européens, où les principes de justice et de simple indemnisation ont tendance à prédominer.

### **III. Histoire du développement de l'application privée aux États-Unis**

La Loi Sherman est entrée en vigueur en 1890, à une époque où l'appropriation de fonds n'existait pas pour l'application publique. Il était considéré que les actions privées constitueraient les premiers moyens d'application. Des dommages et intérêts triples étaient attribués dès le début. Mais même ainsi, l'application privée s'est développée petit à petit au long des 50 années d'existence de cette Loi. Une étude a observé uniquement dix cas d'application de dommages et intérêts triples sur la totalité de la période, jusqu'à 1946.

Puis après la Seconde Guerre Mondiale, les demandes privées ont augmenté rapidement. Cela était dû en grande partie aux modifications apportées par les juges au droit positif, qui ont considérablement accru les possibilités pour les plaignants de présenter des demandes basées sur des infractions en soi (autrement dit, lorsque le plaignant n'a pas à prouver l'atteinte à la concurrence). Les années 60 ainsi que le début des années 70 sont par conséquent appelées « le pique-nique des plaignants ». Les décisions clés comprennent *Schwinn* (1967) sur le consommateur vertical et les restrictions territoriales, *Utah Pie* (1967) sur les prix prédateurs, *Albrecht* (1968) sur le maintien du prix maximal de revente, et *Chicken Delight* (1968) sur les achats exclusifs imposés aux franchisés. Un certain nombre de ces cas ont été annulés au cours de ces dix années, mais se sont montrés en leur temps très efficaces pour les plaignants.

Puis à la fin des années 70, le nombre d'actions privées a brutalement chuté. De nombreuses explications ont été données quant à cette baisse, notamment un changement du schéma de l'application publique, ainsi que des changements dans les règles sur la situation des acheteurs indirects, mais le motif principal semble être une longue série de jugements de la Cour Suprême favorables aux défenseurs, comme *Brunswick* (1977) qui a introduit le critère du « préjudice antitrust », dans le but de contrecarrer les demandes infondées de rivaux commerciaux. Parmi d'autres cas important ayant considérablement réduit les possibilités pour les plaignants de présenter des demandes basées sur des infractions en soi, figurent *Sylvania* (1977) sur les restrictions territoriales verticales, *Matsushita* (1984) sur les prix prédateurs, et *Jefferson Parish* (1988) sur les achats exclusifs. En même temps, l'influence de l'« école de Chicago » de la pensée a mené à une augmentation de l'application de l'économie dans la loi sur la concurrence. Ceci a eu pour conséquence que les juges se sentent démunis pour décider, par exemple, comment distinguer les prix prédateurs des bonnes réductions de prix, ce qui, combiné à la préférence politique américaine à cette époque pour les erreurs ou omissions dans l'application de la loi sur la concurrence, a mené les juges à opter plutôt pour la sous-application de la loi plutôt que pour sa sur-application. De plus, il s'est développé à cette époque une croyance selon laquelle les cours n'étaient pas rentables dans le traitement de ce type d'affaires, ainsi qu'une préférence, dans certains marchés, pour une régulation plutôt que pour une loi sur la concurrence.

Malgré ce resserrement des conditions porté par les juges afin d'obtenir réparation, le nombre et l'échelle des affaires de dommages et intérêts liées à la concurrence de nos jours reste très important. Une étude a montré que lors de la période s'écoulant de 1990 à 2007, les 40 cas les plus importants ont découlé sur des dommages et intérêts atteignant une somme totale de 19 millions de dollars. Bien que ces deux dernières années aient connu une légère baisse de l'application privée, cela pourrait indiquer que les niveaux de demande ont tendance à suivre la trace des niveaux d'activité économique. La balance de l'application publique et de l'application privée penche encore largement vers l'application privée : en effet, 97% des affaires antitrust de la Cour Fédérale en date de mars 2011 étaient privées.

#### **IV. Éléments clés de l'application privée de la loi sur la concurrence aux États-Unis**

- *Large disponibilité de contingence et d'honoraires conditionnels*

De nombreux demandeurs de loi sur la concurrence n'ont aucun investissement à effectuer dans leur action légale, et des honoraires de l'ordre de 10-25% des dommages et intérêts obtenus sont courants dans les actions d'ordre antitrust.

- *« Culture des litiges » et marché aux demandeurs*

Il existe une forte culture des litiges, et les avocats de plaignants recherchent activement des demandeurs, entre autres dès qu'une enquête sur une autorité publique est rapportée.

- *Requêtes de communication*

Dans les affaires judiciaires, les parties sont sommées de présenter les unes aux autres une très large gamme et un gros volume de documents, ce qui représente une importante charge, en principe tant pour les plaignants que pour les défendeurs. Cependant, dans la pratique, du moins en ce qui concerne les actions venant de consommateurs, le poids est beaucoup plus lourd pour les défendeurs.

- *Normalement aucune sanction de nullité pour les accords anti-concurrence*

Afin d'assurer que les contrats n'enfreignent pas la loi sur la concurrence.

- *Dommages et intérêts triplés applicables dans la plupart des affaires de concurrence*

La règle des dommages et intérêts triplés existe depuis 1890, et le Comité de Modernisation Antitrust de 2007 listait pour cela cinq actions : sanction, dissuasion, restitution des profits, compensation totale, et encouragement des victimes à faire appliquer la loi. Cependant, dans la pratique, les dommages et intérêts triplés sont rarement rentables, ceci étant dû au fait que la plupart des cas règlent des affaires de dommages ou pertes, et même une fois que le jugement est prononcé, généralement, aucun intérêt de pré-jugement n'est imposé.

- ***Règle des coûts en faveur des demandeurs***

La règle générale dans les tribunaux américains est que les parties assument leur propre défense, mais les affaires de concurrence sont sujettes à un transfert des frais asymétrique : les défendeurs perdants paient les frais du plaignant en plus des leurs, mais les plaignants perdants ne paient que leurs propres frais.

- ***Responsabilité conjointe et solidaire, et droit à la non-contribution***

Ceci encourage fortement les défendeurs à régler rapidement les litiges, et à éviter les litiges de demande de contribution, ce qui pourrait cependant être considéré comme injuste et contraire aux principes généraux du droit des délits civils.

- ***Actions de groupe***

Les peines auxquelles mènent souvent les actions de groupe sont controversés, même aux États-Unis. La combinaison des frais de contingence, des dommages et intérêts triplés, de la large communication et du système de non-participation (sous-entendant que tous les éventuels plaignants sont inclus dans les actions à moins qu'ils ne s'en excluent eux-mêmes) suppose une très forte pression sur les défendeurs, et il lui est souvent reproché d'encourager des demandes sans fondement. De nombreux cas récents ont augmenté la difficulté de mener une action de groupe, comme par exemple *Twombly* (2007). Mais ce cadre continue de pencher largement en faveur des plaignants.

- ***Responsabilité en soi très limitée***

Dans tous les cas basés sur la monopolisation (similaires à l'abus de position dominante européen) ou les accords verticaux (y compris maintien des prix de revente), il est requis de prouver un réel dommage concurrentiel afin d'établir l'infraction.

- ***Pas de passing-on defense ni de demande de l'acheteur indirect (au niveau fédéral)***

L'approche fédérale encourage l'application efficace, mais peut être considérée comme injuste. De plus, le fait de distinguer l'approche fédérale de l'approche étatique mène à des actions multiples et redondantes.

- ***Calcul des dommages et intérêts***

Une fois que le plaignant a dressé une évaluation plausible du montant des dommages, il revient au défendeur d'apporter des preuves pour les réfuter.

- ***Procès devant jury***

Les demandes concernant les dommages et intérêts de la loi sur la concurrence sont entendues par un jury.

## **V. Matière à réfléchir dans l'Union Européenne**

- Les plaignants privés ont une énergie et des ressources qui peuvent être exploités dans l'application de la loi sur la concurrence ;
- Un droit formel d'intenter une action en justice ne garantit pas un grand nombre de demandes ;
- Les dommages et intérêts triplés ou punitifs se sont pas forcément nécessaires pour encourager les actions privées si les intérêts pré-jugement sont disponibles ;
- Les demandeurs privés n'agissant pas forcément dans l'intérêt public, des cadres solides et procéduraux sont donc essentiels, et tout système d'action de groupe doit être finement conçu afin de minimiser les demandes infondées ;
- Dans le cas contraire, les juges pourraient réagir en adaptant des lois procédurales et essentielles afin d'obtenir le « bon » résultat, bien que la discrétion au sujet des solutions pourrait amoindrir le risque d'évitement flagrant de la part des juges ;
- Si la juste compensation était le seul but des actions privées, un système de restitution géré publiquement serait sans doute plus efficace : si l'encouragement à intenter des actions en justice doit exister, il faudrait probablement accepter un élément de dissuasion des actions privées ;
- Le calcul du montant des dommages et intérêts pourrait être soumis à niveau de preuves raisonnablement généreux ;
- ....?