

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

10 ans d'application
du règlement 1/2003 et de
la loi luxembourgeoise relative
à la concurrence :
Un état des lieux sur
l'application décentralisée
du droit de la concurrence
de l'Union européenne

Conférence | Concurrences N° 4-2014

www.concurrences.com

6 juin 2014
Chambre de Commerce
7, rue Alcide de Gasperi
Luxembourg-Kirchberg

10 ans d'application du règlement 1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence : Un état des lieux sur l'application décentralisée du droit de la concurrence de l'Union européenne

Concurrences
Competition Laws Journal



6 juin 2014
Chambre de Commerce
7, rue Alcide de Gasperi
Luxembourg-Kirchberg

Collection et échange d'informations dans le REC

Philip Marsden* | Vice-président, Competition and Markets Authority, UK | Professeur, Collège d'Europe, Bruges

Dorothe Dalheimer* | Chef d'unité adjoint, Réseau européen de la concurrence, DG Concurrence, Commission européenne

Andreas Mundt | Président, Bundeskartellamt, Allemagne

Philippe-Emmanuel Partsch | Partner, Arendt&Medernach, Luxembourg

Morgane Tidghi | Docteur en droit, Université du Luxembourg

Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence

Marc Jaeger | Président, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Alexander Italianer | Directeur général, DG Concurrence, Commission européenne, Bruxelles

Bruno Lasserre | Président, Autorité de la concurrence, Paris

Louis Vogel | Avocat, Vogel&Vogel ; Paris | Professeur de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Interaction entre l'application publique et privée : Mise en œuvre uniforme du droit de la concurrence et principe du *ne bis in idem*

Caroline Naômé | Référendaire, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg

Eddy de Smijter* | Chef d'unité, Actions privées, DG Concurrence, Commission européenne, Bruxelles

Laurence Idot | Membre, Autorité de la concurrence, Paris | Professeur de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Jacques Steenbergen | Président, Autorité belge de la concurrence, Bruxelles

La position de petits États parmi les réseaux internationaux de concurrence : Expériences et perspectives

Pierre Rauchs | Président, Conseil de la concurrence, Luxembourg

Anu Bradford* | Professeure de droit, Columbia Law School

Antonio Capobianco* | Senior Expert in Competition Law Enforcement, OCDE, Direction de la concurrence

Loukia Christodoulou* | Présidente, Commission pour la protection de la concurrence, République de Chypre

Christopher Rother | Chef, département droit de la régulation, de la concurrence et antitrust, Deutsche Bahn AG, Berlin

Défis dans l'application du droit de la concurrence dans des petits États

Herwig Hofmann* | Professeur de droit public européen et transnational public, Jean-Monnet Chaire en droit public européen, Université du Luxembourg

Franz Fayot | Président, Commission de l'Économie, Chambre des Députés, Luxembourg

Chris Fonteijn | Président, Conseil de l'Autorité néerlandaise

Bob Schmitz | Conseiller juridique, Union Luxembourgeoise des Consommateurs

Claude Strasser | Directeur général, POST Luxembourg

+ VOIR AUSSI

En raison de leur volume, les actes de ce colloque sont publiés dans **Concurrences +**, le supplément électronique de la revue accessible sur abonnement.

* La contribution de cet auteur n'a pas pu être rapportée dans ces actes.

Collection et échange d'informations dans le REC

State of play of decentralized application of European competition law: Collection and exchange of information within the ECN

Andreas Mundt

President, Bundeskartellamt, Bonn

Exchange of Information and mutual assistance between ECN members

Philippe-Emmanuel Partsch, Morgane Tidghi

Lawyer, Arendt & Medernach, Luxembourg ; Docteur en droit, Université du Luxembourg

ABSTRACT

La collection et l'échange efficaces d'informations sont indispensables pour le bon fonctionnement de l'application du droit européen des pratiques anticoncurrentielles dans le contexte du Réseau européen de concurrence (REC). Au sein du REC, certaines autorités nationales manquent toujours d'outils de collecte d'informations efficaces. Dans un contexte plus large d'harmonisation des procédures de concurrence des Etats membres, il pourrait s'avérer nécessaire de légiférer sur les pouvoirs d'investigation minimaux dont une autorité nationale doit disposer pour une application efficace des règles sur les pratiques anticoncurrentielles.

The effective collection and exchange of information is crucial for the well-functioning of European antitrust enforcement in the context of the European Competition Network (ECN). Within the ECN, some national authorities still lack effective information-gathering tools. In the larger context of harmonizing Member States' competition proceedings, it may become necessary to set down by legislation the minimum of investigative powers that a national authority must have at its disposal for effective enforcement.

State of play of decentralized application of European competition law: Collection and exchange of information within the ECN

Andreas Mundt

President, Bundeskartellamt, Bonn

1. Regulation 1/2003 has done much to facilitate the exchange of information between ECN authorities. With its Article 12, it has introduced a legal basis for ECN authorities to exchange information without obstacles, provided the information is used in proceedings against undertakings. Specific safeguards apply only where the exchanged information is to be used in procedures against individuals. On the technical side, information exchange between ECN authorities is made possible by the existence of a secure, fast, but user-friendly ECN intranet.

2. Obviously, information must be collected before it can be exchanged. Regulation 1/2003 was silent regarding the investigative powers which the national authorities represented in the ECN should have in order to collect evidence. Overall, Regulation 1/2003 largely refrained from harmonizing the procedural rules under which national competition authorities operate.

3. In the wake of the Commission's report on the functioning of Regulation 1/2003, published in 2009, the ECN embarked on a process to seek voluntary convergence of the various national procedural frameworks. In the field of investigative powers,

this led to the adoption of ECN Recommendations on the powers to conduct inspections and to issue requests for information. The ECN is currently also working on a recommendation on the power to conduct interviews. These Recommendations aim to motivate national legislators to bring NCAs' investigative powers in line with the powers the Commission already has according to Regulation 1/2003.

4. The ECN Recommendations usefully set out the minimum investigative powers that an ECN authority must have at its disposal in order to do its work effectively. But their relevance in the national context is limited. Experience has shown that it can be difficult to convince national legislators to act on the basis of calls for purely voluntary convergence. This is particularly the case where the prescribed measures go against traditional perceptions of national law.

5. An example of such an issue is the interpretation of the privilege against self-incrimination, which is a core issue for the effectiveness of investigative powers. Obviously, it makes investigations more effective if an authority can compel an undertaking under investigation to provide factual information, even where the investigation may ultimately lead to the adoption of fines.

6. The Commission and many other ECN authorities are empowered to ask for factual information. The relevant ECJ case law obliges undertakings to cooperate with the investigation, unless cooperation jeopardizes their rights of defense. Undertakings may therefore only refuse to answer questions if that would mean directly admitting the investigated infringement. Other legal systems, notably Germany, have a fundamentally different approach. Here, the principle is that undertakings under investigation do not have to provide any information at all in procedures that may lead to the imposition of fines. Any exceptions to this right to remain silent must be set down by law.

7. The view of the Bundeskartellamt is that the extent of the privilege against self-incrimination under German law provides a significant obstacle to the effectiveness of its fines procedures against undertakings. Some procedural steps that are commonplace for the Commission and other ECN authorities are impossible to implement for the Bundeskartellamt: It cannot, for example, compel undertakings to provide further information about the documents collected during inspections; or summon the representative of an undertaking to an interview.

8. The Bundeskartellamt has not, so far, succeeded in convincing the German legislator to align the rules on self-incrimination applicable to competition proceedings against undertakings to the EU model. The only modification adopted in the context of the latest revision of the German Act against Restraints of Competition in 2013 was a limited duty of undertakings subject to fines procedures to provide turnover figures to the Bundeskartellamt for the single purpose of the calculation of the fine.

9. The prevailing interpretation of self-incrimination rules under German law is not due to constitutional law constraints. In fact, the Bundesverfassungsgericht has explicitly held that the German constitution does not guarantee legal persons the same level of protection against self-incrimination that natural persons enjoy. Also, there are clear indications in the case law of the European Court of Human Rights that in a competition law context, a restriction of undertakings' procedural rights can be acceptable.

10. In the ECN, shortcomings of a national procedural framework cause spillover effects. The Bundeskartellamt's partner authorities in the ECN share its limitations when requesting its assistance in investigations according to Article 22(1) of Regulation 1/2003. Such assistance takes place on the basis of the procedural rules of the requested authority. Often, partner authorities express surprise when they hear that it is simply not possible for the Bundeskartellamt to issue a binding request for information against an undertaking subject to a fines procedure.

11. This is just one example of the major divergences between the procedural frameworks applicable to the various ECN authorities. There are many more. An area where German procedural law allows for more effective investigations is the Bundeskartellamt's empowerment to conduct inspections on any premises where evidence may be located. Other ECN authorities are restricted to searching business premises. Also, the Bundeskartellamt has more leeway to use as evidence legal advice seized in the context of inspections. The Commission is barred from doing so due to the more extensive interpretation of legal privilege in ECJ case law.

12. So the procedural rules governing how ECN authorities collect and use evidence give different answers to some quite fundamental questions. Effectively, that situation is irreconcilable with a system such as the ECN, where cases can be reallocated quite easily between authorities. A possible remedy can be to seek legislation that harmonizes fundamental aspects of ECN authorities' investigation powers.

13. Procedural harmonization should also stretch further than the area of investigation powers. Decision-making rules also require our attention.

14. First, not all authorities have a power to impose fines on undertakings as defined in ECJ case law. The Bundeskartellamt, for instance, does not. This gives fined companies the opportunity to evade fines by restructuring, and limits the possibilities to hold parent companies to account.

15. Second, there are different interpretations of the legal limit set to the fines that ECN authorities can impose. Both under EU and German law, the relevant threshold is 10% of annual turnover. But the German and EU courts' interpretation of that threshold differ widely nevertheless. These differences again have repercussions on the

actual fines calculation. The way the Bundeskartellamt calculates a fine today differs significantly from the Commission model.

16. Overall, a harmonization effort should therefore not be restricted to investigation powers. Rather, it should put all major elements of national competition procedures to the test in order to identify what is necessary for effective decentralized enforcement of the EU competition rules. Such exercise is anyway in order to comply with the

effectiveness requirement established by the ECJ for national competition procedure (judgments *Schenker* and *VEBIC*).

17. With the publication of its Communication on ten years of competition enforcement under Regulation 1/2003 and its accompanying working documents, the Commission has initiated the discussion on the areas of national competition procedure where effectiveness considerations call for harmonization. ■

Exchange of Information and mutual assistance between ECN members

Philippe-Emmanuel Partsch, Morgane Tidghi

jacques.steenbergen@bma-abc.be – morgane.tidghi@hotmail.com

Lawyer, Arendt & Medernach, Luxembourg ; Docteur en droit, Université du Luxembourg

I. Collection and exchange of information: Cooperation between NCAs on the basis of Article 22 (1) of Regulation No. 1/2003

1. The European Competition Network (“ECN”) establishes administrative cooperation and coordination between the authorities in charge of enforcing EU competition laws. It comprises the Directorate General for Competition of the European Commission as well as the national competition authorities (“NCAs”). Article 11(1) of Regulation No. 1/2003 is the legal basis for administrative cooperation in the ECN.¹ The manner in which cooperation takes place is further detailed in several provisions of Regulation No. 1/2003 as well as in other instruments.

2. The cornerstone of the administrative cooperation in the ECN is the possibility for competition enforcement authorities to exchange information vertically—from the Commission to the NCAs and from the NCAs to the Commission—but also horizontally amongst NCAs themselves. Such exchange of information is provided for

under Article 12 of Regulation No. 1/2003. The essential feature of Article 12, which makes the exchange of information within the ECN crucial to the effectiveness of decentralised implementation of competition law in the EU, is the finality foreseen for the exchange of information. Article 12 states that “[i]nformation exchanged shall only be used in evidence for the purpose of applying Article [101] or Article [102] of the Treaty and in respect of the subject-matter for which it was collected by the transmitting authority.” Information exchange in the ECN may arise in several instances such as upon the initiation of a new investigation or upon request from a competition authority.²

3. Regulation No. 1/2003 also reinforces the possibility to exchange information with a mechanism of mutual assistance in the collection of information. Whereas a national competition authority may not conduct investigation and fact-finding measures in a Member State where it has no jurisdiction, it can request its counterpart in that Member State to carry out these measures on its behalf. Information collected in the course of such inspection or fact-finding measures is subsequently transmitted from the requested authority to the requesting authority on the basis of Article 12(1) of Regulation No. 1/2003.

4. Yet, while the ECN legal framework provides for various mechanisms of cooperation, it does not lay down specific procedural rules for the collection of information. Not doing so contributes to preserving the procedural autonomy of the

1 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJEU L 1, 4.1.2003, p. 1.

2 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002, Article 11(2) and (3).

Member States' legal orders. Consequently, inspection and fact-finding measures requested from an NCA on the basis of Article 22(1) of Regulation No. 1/2003 are conducted in accordance with the applicable national law.

5. This collection and exchange of information within the ECN raises a number of legal issues. Several of these issues result from the complexities and lacunae in the ECN legal framework. Those may generate conflicts between EU and national for which there exist no specific solving mechanism. This is notably illustrated with the case of the *Notaries* brought before the Luxembourg Administrative Court of first instance (II.).

6. The gaps identified in the ECN legal framework undermine substantially legal certainty for undertakings required to provide information on the basis of Article 22(1) of Regulation No. 1/2003. Important questions remain open regarding, on the one hand, the rights and obligations of undertakings subject to a request of information, and, on the other hand, the rules governing the subsequent use of the information provided (III.).

7. It results from these elements that undertakings are caught in a triple challenge when faced with an Article 22(1) request and must respond to such a request bearing mind contradictory elements (IV.).

II. A Luxembourg example of cooperation in the collection and exchange of information between NCAs: The case of *Notaries*

8. In the case of *Notaries*,³ the Hungarian NCA, which was investigating bid rigging in the public transportations sectors, had lodged a request for assistance on the basis of Article 22(1) of Regulation No. 1/2003 with the Luxembourg Competition Inspectorate (“LCI”). The Hungarian Authority demanded that information about Luxembourg-based undertakings detained by Luxembourgish notaries be collected. As a result, the LCI, acting both on the basis of Article 22(1) of Regulation No. 1/2003 and Article 27(1) of the Luxembourg law on competition,⁴ adopted a decision by which it requested the information from the notaries.

9. Having failed to obtain its informal withdrawal, the notaries introduced an action for annulment against the

decision of the LCI before the Administrative Tribunal of Luxembourg. Aside from contesting their status of “undertakings” within the meaning of competition law, the applicants contended that under Luxembourgish law, the secrecy obligations linked to their profession prevented them from providing the requested information.

10. To the contrary, the state representing the LCI argued that the requested information was not covered by professional secrecy and that even if it was, the provisions of competition law would prevail over professional secrecy due to their public order character.

11. The Administrative Tribunal of Luxembourg confirmed that notaries were “undertakings” for the purpose of applying competition law. However, it held that absent an explicit derogation provided in competition law, the notaries remained bound by their professional obligation of secrecy under Luxembourgish law. As a consequence of this judgement, compliance with the request of the LCI would entail exposure of the notaries to criminal sanctions.

12. This case illustrates the legal uncertainty surrounding the articulation of obligations arising under EU competition law with contrary obligations stemming from national law. In this respect, the principle of primacy of EU law might lead one to think that the obligations resulting from EU competition law should override any contrary national provision. A preliminary question referred to the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) on this argument might have provided important guidance.

III. Lack of legal certainty for undertakings providing information on the basis of an Article 22(1) request

13. As illustrated in the *Notaries* case, the complexity of the ECN legal framework makes it difficult for undertakings to identify their rights and obligations in a manner consistent with the principle of legal certainty (1.). The absence of procedural safeguards for undertakings is notable with respect to the subsequent use of information obtained by the requesting NCA (2.). Nevertheless, in a general context, it appears that both obligations to exchange information within the ECN and the subsequent use of that information are not free from limitation (3.).

3 Administrative Tribunal of Luxembourg, judgments of 5 October 2011, No. 27379 and No. 27389.

4 Law of 17 May 2004 relative to competition law repealed by Law of 23 October 2011 relative to competition law.

1. Complexity of the ECN legal framework altering legal certainty

14. The complexity of the ECN results from the fragmentation of its legal framework, on the one hand, between the EU and the national legal systems, and on the other hand, between binding and non-binding instruments.

15. At EU level, while the ECN is established on the basis of Regulation No. 1/2003, it is mostly regulated in non-binding instruments such as the Commission Notice on cooperation within the network of competition authorities (“Commission Notice”),⁵ the Antitrust Manual of Procedures,⁶ and other documents issued by the ECN that may also provide guidance.⁷ The Commission Notice and the Antitrust Manual of Procedures provide guidance for authorities and undertakings, as well as a certain degree of transparency as regards the functioning of the ECN; they remain nevertheless mere indications of practices. Neither do they constitute legally binding instruments nor can they be invoked and relied on by undertakings in a court of law.⁸

16. National laws are also relevant in shaping the legal framework of the ECN. For instance, the Commission Notice states that “[t]he question whether information was gathered in a legal manner by the transmitting authority is governed on the basis of the law applicable to this authority.”⁹ The determination of applicable national rules will vary depending on circumstances and can only be identified on a case-by-case basis.

17. Even though a legal framework providing for the application of rules emanating from several legal systems is bound to encounter conflicts of law, the ECN framework does not contain a resolution mechanism or a set of rules addressing that issue.

18. These various elements demonstrate the difficulty for undertakings to identify not only their rights and obligations but also the articulation between the various set of rules applicable in a given situation. As a result, the undertakings are likely to face legal uncertainty when dealing with the ECN and be adversely affected in their capacity to effectively exercise their procedural rights.

5 Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities (OJEU, C-101/43, 27.04.2004).

6 Antitrust Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU, March 2012, pp. 32-45, available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

7 ECN Recommendation on Investigative Powers, Enforcement Measures and Sanctions in the Context of Inspections and Requests for Information ; ECN Recommendation On Assistance in Inspections Conducted under Article 22(1) of Regulation (EC) No. 1/2003, accessible at: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

8 Case C-360/09, *Pfleiderer*, § 21.

9 Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities (OJEU, C-101/43, 27.04.2004), § 27 *in fine*.

2. Lack of safeguards with respect to the use of information obtained following an article 22 (1) request

19. The ECN does not establish a clear set of rules providing safeguards for undertakings that have provided information. Indeed, following collection of information on the basis of Article 22(1) of Regulation No. 1/2003, there are no obligations for the requesting authority to keep undertakings informed of its subsequent steps. In addition, there is no limit to the retention of information requested and acquired by other NCAs. Moreover, no specific mechanisms are established to make sure that information exchanged in the ECN is used, in accordance with Article 12 of Regulation No. 1/2003, in evidence (i) only for the purpose of applying Articles 101 and 102 TFEU and (ii) for the subject matter for which it was collected. This rule, notably illustrated in *Dow Benelux* where the CJEU held that the “[r]ights of the defence] would be seriously endangered if the Commission could rely on evidence against undertakings which was obtained during an investigation but was not related to the subject-matter or purpose thereof,”¹⁰ may suffer from an effectiveness deficit in the ECN.

20. Yet, information exchanged within the ECN is liable to be further disclosed and used to different ends without notification. First, the information exchanged within the ECN could be used against the undertaking itself and to different ends than those which justified the original collection of the information.¹¹ Second, information provided within the ECN could also be further disclosed in the context of private enforcement where access to the file is often requested by potential victims of competition law breaches.¹² It may also be the case when an undertaking, party to proceedings before a competition authority, wishes to use the information related to those proceedings gathered in the context of different proceedings.¹³

21. Considering the shortcomings identified in this section, a follow-up procedure to monitor actions of the NCAs undertaken on the basis of the information provided appears necessary.

10 Case 85/87, *Dow Benelux v. Commission*, § 18.

11 Case T-289/11, *Deutsche Bahn AG*, § 124-128.

12 Case T-64/12 R, *Alstom v. Commission*; Case C-536/11, *Donau Chemie and Others*.

13 Case T-64/12, *Henkel and Henkel France v. Commission*.

3. Possible limitations to the use of information

22. In spite of the lacunae of the ECN legal framework, one may nevertheless argue that the obligations to provide and exchange information amongst competition authorities within the ECN are not free of limitation. In fact, the exchange and use of information may be balanced with, and limited by, procedural rights EU law already confers on undertakings. In this respect, the Commission Notice provides, inter alia, that the exchange of information collected as a result of a leniency application is in principle subjected to the consent of the undertaking and takes place between competition authorities that share a similar level of guarantees.¹⁴

23. The case law of the CJEU has also nuanced the obligation to provide and exchange information. In this respect, the CJEU has held that during collection of information by the European Commission, an undertaking may evoke business secrets to protect sensitive information from being disclosed.¹⁵ An undertaking may also prevent the collection of information for documents covered by legal professional privilege.¹⁶ It should be added that, in any event, the European Commission has an obligation of professional secrecy regarding such sensitive information as regards information indeed collected.¹⁷

24. Lastly, it should be noted that in a *SEP* case, the CJEU held that the Commission is not automatically obliged to transmit documents to other competition authorities.¹⁸ As the Antitrust Manual of Procedures states that “*in exceptional cases where a risk exists that a Member State competition authority could not guarantee that commercially sensitive information is not used by another ‘arm of the state’ for purposes other than the enforcement of 101 and 102 TFEU, the Commission would need to take necessary measures in order to prevent the irreversible consequences that could result from disclosure.*”¹⁹

25. Lastly, pursuant to the principle of procedural autonomy, in the absence of specific provisions of EU law, available safeguards in national law could also constitute a limitation.²⁰

26. In light of these examples, it may be envisaged that additional circumstances—for instance based on national law legislation such as in the *Notaries* case—could justify limiting the obligation of undertakings to provide information.

IV. A triple challenge for undertakings

27. Upon receiving a request to provide information, an undertaking is faced with a triple challenge. It must determine (i) whether it is under an obligation to disclose the requested information and whether there might be a risk for the undertaking to engage its liability with respect to third parties if it were to provide the requested information; (ii) when complying with the request, the undertaking must make sure that it provides enough information to avoid penalties for lack of cooperation and, lastly, (iii) it must make sure that information is provided but not up to the point that it exposes the undertaking to self-incrimination.

28. In light of these various elements, it is for undertakings to carefully assess their situation and to exercise due diligence prior to answering such requests of information. Undertakings have to identify their rights and obligations while bearing in mind the gaps and complexities of the law. Especially in light of the difficulty to obtain a remedy or be compensated once information is provided, conducting due diligence prior to answering a request of information is crucial. ■

¹⁴ Commission Notice on COOPERATION within the Network of Competition Authorities (OJEU, C-101/43, 27.04.2004), § 40-42.

¹⁵ Case 53/85, *Akzo Chemie v. Commission*.

¹⁶ Case 155/79, *AM & S v. Commission*.

¹⁷ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002, Article 28.

¹⁸ Case T-39/90, *SEP v. Commission*; Case C-36/92 P, *SEP v. Commission*.

¹⁹ Antitrust Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU, March 2012, p. 43.

²⁰ Case 45/76, *Comet BV/Produktschap voor Siergewassen*; Case 33/76, *Rewe v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*.

Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence

Le point de vue du juge

Marc Jaeger

Président, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Striking the balance: Private damages and access to confidential documents

Alexander Italianer

Directeur général, DG Concurrence, Commission européenne, Bruxelles

Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence

Bruno Lasserre

Président, Autorité de la concurrence, France

L'accès au dossier des victimes de pratiques anti-concurrentielles :

Le point de vue des entreprises et de leurs représentants

Louis Vogel

Avocat fondateur, Cabinet Vogel&Vogel, Professeur de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

ABSTRACT

Cet ensemble d'articles aborde le sujet sensible de l'échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence. Les problématiques en découlant ont été examinées lors de la table ronde animée par le Président du Tribunal de l'Union européenne, M. Marc Jaeger, dans le cadre du colloque organisé par le Conseil de la concurrence luxembourgeois le 6 juin 2014 célébrant le 10ème anniversaire de l'application du règlement 1/2003 et de la loi sur la concurrence luxembourgeoise. Dans sa contribution, le Président Jaeger aborde le sujet du point de vue du juge national confronté à ces échanges et souligne l'importance, en premier lieu, d'une meilleure utilisation des mécanismes de coopération institués par l'article 15 du règlement 1/2003 et, en second lieu, d'un suivi minutieux des décisions juridictionnelles nationales afin d'assurer la cohérence du droit de la concurrence dans l'ensemble de l'Union européenne. Le Directeur général de la Concurrence de la Commission européenne, M. Alexander Italianer, examine les différentes voies à la disposition des victimes pour obtenir l'accès à des documents confidentiels en vue de préparer une action en dommages et intérêts et les évalue au regard de l'objectif premier de parvenir à un équilibre entre le « public enforcement » et le « private enforcement ». Le Président de l'Autorité de la concurrence française, M. Bruno Lasserre, dresse le bilan de l'utilisation des instruments favorisant le dialogue entre l'autorité nationale de concurrence et le juge national et répond spécifiquement aux préoccupations pouvant survenir dans ce contexte s'agissant de l'accès aux documents issus des dossiers de l'autorité de la concurrence. Enfin, M. Louis Vogel, Professeur de droit à l'Université Panthéon Assas (Paris II) et avocat fondateur du cabinet Vogel & Vogel, évoque les difficultés rencontrées par les entreprises en l'état actuel du droit relatif aux échanges d'informations dans le cadre des actions en dommages et intérêts et envisage différentes solutions afin de mieux tenir compte des intérêts en jeu.

This collection of articles broaches the sensitive topic regarding exchange of confidential information in private competition law enforcement. Issues deriving from this subject were tackled at the roundtable moderated by the President of the EU General Court, M. Marc Jaeger, on the occasion of the anniversary conference organized by the Luxembourg Competition Council on June 6, 2014 for the 10th year of application of Regulation 1/2003 and of the Luxembourgish Competition Act. In his paper, President Jaeger takes the topic from the angle of the national judge confronted to such exchanges and stresses the importance, first, of a better use of the cooperation mechanisms, laid down by Article 15 of Regulation 1/2003 and, second, of a close monitoring of national judicial decisions to keep competition law coherent throughout the EU, especially in the context of damages actions. The Director General for Competition of the European Commission, M. Alexander Italianer, reviews the different possibilities for a plaintiff to get access to confidential documents in order to prepare an action for damages and assesses them with regard to the ultimate aim of striking the right balance between public and private enforcement. The President of the French Competition Authority, M. Bruno Lasserre, draws up a report on the use of the instruments framing the dialogue between the national competition authority and the national judge and specifically addresses the concerns that may occur in this context as regards the access of information belonging to the national authority's file. Finally, M. Louis Vogel, Law Professor at Assas University (Paris II) and founding partner of the lawfirm Vogel & Vogel, shows the difficulties companies encounter with the current state of the law regulating exchanges of information when involved in damages actions and envisages other solutions to better embrace all interests at stake.

Le point de vue du juge*

Marc Jaeger

marc.jaeger@curia.europa.eu

Président, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

I. Propos introductifs : Dix années d'amplification du rôle du juge national

1. Double anniversaire. Le règlement 1/2003²¹ a organisé la décentralisation du droit de la concurrence vers les autorités et les juridictions nationales. Conformément à l'article 45 du règlement, ce dernier est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004. Parallèlement, le Grand-Duché du Luxembourg a instauré, par la loi du 17 mai 2004²², une autorité de la concurrence, composée de deux entités distinctes, le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence chargée des missions d'enquête et d'instruction. Depuis la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence²³, ces missions appartiennent au Conseil de la concurrence, devenu unique autorité de la concurrence au Luxembourg.

2. Le colloque organisé le 6 juin 2014²⁴ par le Conseil de la concurrence du Luxembourg venait, ainsi, célébrer un double anniversaire : les dix ans, d'une part, de l'application du règlement 1/2003 et, d'autre part, de l'existence du Conseil de la concurrence²⁵.

3. Confidentialité et points de vue. La table ronde, que j'ai eu l'honneur de présider, avait pour thème l'échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence. Dans ce contexte, les intervenants étaient plus particulièrement invités à se pencher, d'une part, sur l'évaluation des mécanismes de coopération avec les juridictions nationales mis en place par l'article 15 du règlement 1/2003 et, d'autre part, sur l'impact des règles prévues pour la divulgation des preuves dans le projet de directive relative aux actions en dommages et intérêts (ci-après, le "projet de directive")²⁶, telles qu'elles ressortent du deuxième chapitre de ce projet.

4. Afin de réunir les points de vue des différents acteurs impliqués dans ces échanges, sont respectivement intervenus, pour la Commission, M. Alexander Italianer, directeur général de la Concurrence, pour les autorités nationales de la concurrence, M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité française de la concurrence, et, pour les entreprises et les particuliers, M. Louis Vogel, professeur et avocat fondateur du cabinet Vogel & Vogel. Leurs contributions sont réunies ci-après dans ce numéro de la revue *Concurrences*. Reste à aborder le point de vue du juge national au regard de ces problématiques, ce que je propose de faire dans le cadre de cette contribution.

5. Place du juge national. Depuis la modernisation de l'application des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, le "TFUE") réalisée par l'adoption, le 16 décembre 2002, du règlement 1/2003, le juge national s'est vu attribuer un rôle central dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, conformément à son statut de juge commun du droit de l'Union.

6. Dans son septième considérant, ce règlement souligne spécifiquement que les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles de concurrence de l'Union en préservant les droits subjectifs prévus par cette réglementation lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le projet de directive tend précisément à renforcer l'efficacité de l'accomplissement de cette mission.

* Cet article prend appui sur les réflexions exprimées en tant que modérateur de la table ronde relative aux échanges d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence lors du colloque organisé le 6 juin 2014 par le Conseil de la concurrence du Luxembourg. Je tiens à remercier M. Vivien Terrien pour son assistance dans la rédaction de cette contribution, qui reflète la situation au 17 septembre 2014. Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas le Tribunal de l'Union européenne.

21 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO L* 1, 4 janvier 2003, p. 1 (ci-après, le "règlement 1/2003").

22 Loi relative à la concurrence, *Mémorial A* n° 76 du 26 mai 2004.

23 *Mémorial A* n° 218 du 28 octobre 2011.

24 Ce colloque, intitulé "10 ans d'application du règlement 1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence : Un état des lieux sur l'application décentralisée du droit de la concurrence de l'Union européenne", a été organisé, sous le patronage de Mme Francine Closener, secrétaire d'État à l'Économie, par M. Pierre Rauchs, président du Conseil de la concurrence, et son équipe, auxquels je tiens à adresser, de nouveau, toutes mes félicitations pour la qualité de cet événement.

25 Pour un aperçu de l'évolution du Conseil de la concurrence luxembourgeois en dix ans, v. B. Thomas, Croque-Cartels, *D'Letzeburger Land*, n° 37, 12 septembre 2014, p. 9.

26 Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 17 avril 2014 en vue de l'adoption de la directive 2014/.../UE du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//fr>.

7. L'exercice de sa mission conduit le juge national à entretenir des relations avec, d'une part, la Commission et, d'autre part, les autorités nationales. Or, du point de vue de l'échange d'informations, ses relations avec ces différents acteurs sont protéiformes et complexes dans la mesure où non seulement il doit disposer de l'information nécessaire à la réalisation de son travail, mais il est également amené à décider de la nécessité de communiquer ces informations aux parties au litige.

8. Le thème des échanges d'informations confidentielles dans le cadre de l'application des règles de concurrence par le juge national peut, ainsi, être compris d'une manière large ; il est alors question des mécanismes de collaboration mis en place par l'article 15 du règlement 1/2003 afin d'assister le juge national traitant d'affaires de concurrence. Il peut, également, être compris de manière plus restreinte ; il soulève, alors, des problématiques liées à la divulgation d'informations dans le cadre des actions en dommages et intérêts dont le juge national est saisi²⁷.

9. Les deux appréhensions de ce thème seront, par conséquent, abordées à travers les relations que le juge national entretient, dans la mise en œuvre des règles de droit de la concurrence, avec, d'une part, la Commission (II.) et, d'autre part, les autorités nationales de concurrence (ci-après, les "ANC") (III.).

II. Le juge national et les échanges d'informations avec la Commission dans la mise en œuvre du droit de la concurrence

10. L'enjeu de la relation entre le juge national et la Commission réside dans la nécessité d'assurer, dans le cadre d'une décentralisation de la mise en œuvre des règles de concurrence, une application cohérente de ces règles²⁸. Des mécanismes de coopération ont, ainsi, été mis en place et peuvent prendre la forme soit de transmission d'informations, soit d'interventions, écrites et/ou orales, de la Commission dans le cadre d'un litige devant une juridiction nationale.

11. L'assistance que le juge national peut attendre de la Commission dans l'exercice de ses compétences trouve sa justification dans le principe de coopération loyale

entre l'Union et les États membres – inséré à l'article 4, troisième paragraphe, du traité sur l'Union européenne (ci-après, le "TUE"). Le juge de l'Union, qui, lui-même, apporte son soutien aux juridictions nationales à travers le mécanisme du renvoi préjudiciel²⁹, a, en effet, interprété cette disposition comme imposant une obligation de coopération loyale de la part des institutions européennes revêtant "une importance particulière dès lors qu'elle s'établit avec les autorités judiciaires des États membres chargées de veiller à l'application et au respect du droit [de l'Union] dans l'ordre juridique national"³⁰.

12. Dix années après la réévaluation du rôle du juge national dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, il semble intéressant de formuler quelques observations quant à la position de ce juge face à ces deux types de mécanismes de coopération, à savoir, d'une part, la transmission d'informations par la Commission (1.) et, d'autre part, l'intervention de la Commission (2.).

1. Transmission d'informations par la Commission au juge national

13. Le premier paragraphe de l'article 15 du règlement 1/2003 permet, tout d'abord, aux juges nationaux de demander à la Commission de leur communiquer des informations qu'elle possède. Si le champ d'application de la demande et le délai pour obtenir la transmission des documents ont été précisés (1.1.), des questions demeurent quant à l'éventualité pour le juge national de se voir opposer un refus de la part de la Commission (1.2.).

1.1. La demande et la transmission

14. Le juge national peut demander tant la communication de documents dont la Commission dispose que des informations de nature procédurale afin de déterminer, par exemple, si une affaire donnée est en instance devant elle, si elle a ouvert une procédure, si elle a déjà statué, ou encore le délai dans lequel elle pense adopter une décision dans une affaire donnée³¹. Ce type d'informations est, en effet, primordial pour permettre à la juridiction nationale d'évaluer la nécessité de surseoir à statuer ou d'adopter des mesures provisoires.

27 Sur ces aspects, v. égal. ma contribution, intitulée "Judicial Challenges for Competition Law Judges", prenant appui sur mon discours prononcé à l'occasion de la 12^e conférence annuelle de l'Association of European Competition Law Judges (AECLJ), qui s'est tenue le 13 juin 2013, qui paraîtra dans l'ouvrage *Competition Law within a Framework of Rights: Applying the Charter and the Convention*, publié chez Larcier, dans la collection Europe(s), sous la direction de P. Nihoul.

28 V. 21^e considérant du règlement 1/2003 et arrêt du 11 juin 2009, X, C-429/07, *Rec.*, EU:C:2009:359, pt 20.

29 Sur ce type d'assistance, v. mes contributions, intitulées "Le rôle du juge de l'Union européenne dans le développement de l'Union européenne" et "Le Tribunal de l'Union européenne – aspects institutionnels et perspectives", Cours du Master international Droit de l'Union européenne, vol. 4, *Le Tribunal de l'Union européenne*, dir. A. Semov, Sofia 2014, respectivement, p. 94 et s., et p. 19 et la note de bas de page n° 12.

30 Ordonnance du 13 juillet 1990, *Zwartveld e.a.*, C-2/88-IMM, *Rec.*, EU:C:1990:315, pt 18. V. égal. arrêt du 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, *Rec.*, EU:C:1991:91, pt 53, ainsi que l'arrêt X, *op. cit.* note 8, pt 21.

31 V., p. ex., arrêt *Delimitis*, *op. cit.* note 10, pt 53, et arrêt du 12 décembre 1995, *Dijkstra e.a.*, C-319/93, C-40/94 et C-224/94, *Rec.*, EU:C:1995:433, pt 34. V. égal. Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *JO* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 54 (ci-après, la "Communication sur la coopération"), pt 21.

15. Au regard de l'importance de cet échange, il est appréciable que la Commission se soit engagée à fournir les renseignements demandés dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Cependant, lorsque la demande de la juridiction requiert des clarifications, le juge national doit s'attendre à ce que le délai de transmission ne commence à courir qu'à partir du moment où la Commission reçoit les éclaircissements nécessaires³². Il en est de même dans les hypothèses où la Commission doit consulter les parties directement affectées par la communication de ces informations.

1.2. Le refus de transmission

16. La problématique qu'il semble intéressant d'examiner plus en détail, dans le cadre des demandes formées sur le fondement de l'article 15, premier paragraphe, du règlement 1/2003, concerne la question relative à la possibilité pour le juge national de se voir refuser la transmission des renseignements demandés. Il doit, en effet, être rappelé que la Commission est tenue de respecter les garanties que confère aux personnes physiques et morales l'article 339 TFUE, aux termes duquel les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel ne peuvent être divulguées³³. Le juge de l'Union est venu préciser l'impact de cette disposition dans le cadre de la transmission de documents par la Commission au juge national. S'il a, tout d'abord, affirmé qu'il ne pouvait ressortir de ce devoir une interdiction de la communication de ce type de renseignements aux juges nationaux sous peine de compromettre la coopération entre la Commission et les autorités judiciaires des États membres³⁴, il a, cependant, souligné, ensuite, que le respect des garanties conférées par cette disposition du droit primaire impose à la Commission de prendre toutes les précautions nécessaires pour qu'il ne soit nullement porté atteinte au droit des entreprises concernées à la protection tant de leurs secrets d'affaires que de leurs informations confidentielles³⁵. Toutefois, il a rappelé qu'il appartient, en définitive, au juge national de garantir la protection du caractère confidentiel ou de secrets d'affaires de ces informations³⁶. Ce raisonnement semble assurer au juge national l'obtention des informations dont il a fait la demande. Cependant, le juge de l'Union n'a pas exclu la possibilité, dans certains cas exceptionnels où la protection des tiers ne pourrait pas être assurée même si la Commission prenait toutes les précautions possibles, que cette transmission soit refusée³⁷.

32 Communication sur la coopération, *op. cit.* note 11, pt 22.

33 Arrêt *Delimitis*, *op. cit.* note 10, pt 53.

34 Arrêt du 18 septembre 1996, *Postbank c/ Commission*, T-353/94, *Rec.*, EU:T:1996:119, pt 89.

35 *Ibidem*, pt 90. Et d'ajouter : "(...) Ces précautions peuvent consister, notamment, à signaler [au juge national] les documents ou les passages de documents qui contiennent des informations confidentielles ou des secrets d'affaires."

36 *Ibid.*, pt 90 *in fine*, à lire avec le pt 69, où il est rappelé que, pour assurer le plein effet des normes de droit de l'Union en vertu du principe de coopération énoncé à l'article 4 TUE, les autorités judiciaires nationales sont tenues de protéger les droits que ces normes confèrent aux particuliers.

37 *Ibid.*, pt 93.

17. À cet égard, il convient d'aborder brièvement l'affaire *Alstom*³⁸, qui amène le juge de l'Union à examiner la question de la légalité d'une décision de la Commission se prononçant en faveur de la communication de certains documents comportant, selon Alstom, des informations confidentielles à une juridiction britannique saisie d'une action en dommages et intérêts faisant suite à la décision de la Commission sanctionnant une entente, impliquant Alstom, dans le domaine des appareillages de commutation à isolation gazeuse³⁹.

18. Reflétant l'approche exposée dans sa Communication sur la coopération⁴⁰, la Commission estime que, dans cette affaire, elle respecte l'obligation qui lui incombe de prendre toutes les précautions nécessaires, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la "Cour"), dès lors qu'elle a procédé à deux actions préalables avant de décider en faveur de la transmission des informations concernées. Premièrement, elle s'est assurée que la juridiction nationale offre des garanties concrètes à l'égard de sa capacité et de sa volonté de protéger la confidentialité de ces informations. En l'espèce, la juridiction britannique a mis en place un "cercle de confidentialité" au sein duquel les informations seront partagées. Cependant, il est permis de s'interroger sur les éventuelles modifications que pourrait subir ce cercle ainsi que sur sa composition. Ces considérations relèvent-elles de l'autonomie procédurale des États membres ou la Commission doit-elle apprécier ces mesures de protection plus en détail ? En effet, tant la capacité que la volonté d'assurer la protection de la confidentialité ressortent-elles du simple fait que des mesures sont prévues ou celles-ci doivent-elles être analysées par la Commission afin que cette dernière respecte le devoir qui lui impose l'article 339 TFUE, tel qu'interprété par le juge de l'Union⁴¹ ? Deuxièmement, la Commission indique, dans la décision qu'elle envisage d'envoyer à la juridiction nationale, les passages considérés comme relevant de la confidentialité ou du secret d'affaires par Alstom. En l'espèce, il est constant que la Commission n'a pas jugé nécessaire d'examiner la réalité de cette qualification. Or, le simple fait qu'elle communique à la juridiction nationale ces informations conformément aux précautions qui s'appliquent à la transmission d'informations protégées par l'article 339 TFUE ne doit-il pas conduire à la déduction que ces dernières relèvent effectivement du champ d'application de cette disposition ? En d'autres termes, la Commission ne doit-elle pas effectuer la vérification de cette qualification avant la transmission afin de ne permettre l'application du régime de protection

38 Recours introduit le 10 avril 2012 (*JO* n° C 165 du 9 juin 2012, p. 32), toujours pendant à la date de rédaction de cette contribution. V. égal. les observations de M. Italianer à la section III de sa contribution intitulée "Striking the balance: Private damages and access to confidential documents", publiée dans ce numéro de la revue *Concurrences*.

39 Le texte de la décision de la Commission est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1030_10.pdf.

40 Communication sur la coopération, *op. cit.* note 11, pt 25.

41 V. ordonnance du 29 novembre 2012, *Alstom c/ Commission*, T-164/12 R, *Rec.*, EU:T:2012:637, pts 55 à 57.

prévu par le traité qu'aux seules informations couvertes par le secret professionnel⁴² ? Peut être également posée la question de la possible qualification de ce cas d'espèce comme appartenant à ces hypothèses exceptionnelles, dont il est fait mention dans l'arrêt *Postbank*, où, même si la Commission prend toutes les précautions nécessaires, la protection demandée par Alstom ne pourrait pas être assurée⁴³.

19. On relèvera, enfin, que cette affaire soulève la question de l'impact de cette transmission sur le droit fondamental garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la "Charte") relatif à la protection juridictionnelle effective⁴⁴. En effet, comme le soulevait l'intervenante dans la procédure en référé devant le Tribunal de l'Union européenne, en cas d'illégalité de la décision de communication des documents, le juge national peut toujours exclure la prise en compte desdits documents. Cependant, cette solution n'est envisageable qu'à partir du moment où la décision du juge national n'a pas encore acquis l'autorité de la chose jugée. Or, sauf engagement de la juridiction nationale de surseoir à statuer avant qu'une décision définitive ait été prise par le juge de l'Union sur la légalité de la transmission, rien ne garantit que la décision nationale intervienne après celle du juge de l'Union, rendant cette dernière illusoire dès lors qu'elle serait privée d'effet utile. Par conséquent, la partie cherchant la protection de ses informations auprès des juridictions de l'Union serait dépossédée de cette voie de recours en violation du droit dont bénéficie tout justiciable à un recours effectif, tel qu'établi à l'article 47 de la Charte⁴⁵.

20. Cependant, la tension apparente – ou, à tout le moins, la recherche de conciliation – entre le respect, d'une part, du principe de l'autonomie procédurale des États membres et la responsabilité qui revient au juge national de garantir la confidentialité des informations transmises et, d'autre part, des principes d'équivalence et d'efficacité ainsi que des droits fondamentaux protégés comme principes généraux du droit de l'Union et par la Charte ne trouvera vraisemblablement pas de réponse dans la résolution de cette affaire. En effet, même si – au moment de la rédaction de cette contribution – le recours introduit devant le Tribunal de l'Union européenne est toujours inscrit au registre du greffe, il convient de préciser que, dans le cadre de l'action en dommages et intérêts devant la juridiction britannique, National Grid (le demandeur au national) et Alstom ont transigé au mois de juin 2014⁴⁶.

42 *Ibid.*, pt 54.

43 *Ibid.*, pt 59. V., égal. Communication sur la coopération, *op. cit.* note 11, pt 26.

44 Sur cet aspect, v. ordonnance *Alstom*, *op. cit.* note 21, pts 33 à 39 et 46 à 49.

45 V. V. Terrien, Le référé : problématiques actuelles et derniers développements, in *Contentieux de l'Union européenne – Questions choisies*, S. Mahieu (dir.), coll. Europe(s), ed. Larcier, 2014, pp. 362 à 364 et 392 à 393.

46 V. communiqué MLex, "National Grid settles UK damage claims against Switchgear cartel", 11 juin 2014.

2. Intervention de la Commission auprès du juge national

21. L'article 15 du règlement 1/2003 permet, également, au juge national d'être assisté par la Commission dans le cadre d'une procédure qui se déroule devant lui. Ces interventions peuvent prendre la forme d'avis demandés spécifiquement par la juridiction nationale (2.1.) ou d'observations soumises par la Commission de sa propre initiative (2.2.).

2.1. Les demandes d'avis

22. Le premier paragraphe de l'article 15 du règlement 1/2003 permet aux juges nationaux de demander à la Commission de leur fournir un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles du droit de la concurrence de l'Union européenne. À cet égard, le juge de l'Union adopte une interprétation large quant au champ d'interrogation qui entoure la demande du juge national. En effet, il est de jurisprudence constante que, par ce type de demande, le juge national peut obtenir de la Commission des données économiques, factuelles et juridiques⁴⁷. Ainsi, ces demandes viennent compléter l'arsenal mis à la disposition des juridictions des États membres pour les éclairer dans l'application du droit de l'Union, dont fait partie la possibilité d'introduire à la Cour une demande à titre préjudiciel, conformément à l'article 267 TFUE.

23. Cependant, il doit être rappelé que le principe de coopération loyale posé à l'article 4, troisième paragraphe, TUE est interprété par le juge de l'Union comme imposant un devoir mutuel à ses destinataires⁴⁸. Dès lors, le juge national est également tenu d'assister la Commission dans l'accomplissement de sa mission⁴⁹. Par conséquent, lorsqu'il a recours à ce type de demande, le juge national est invité à préciser l'objet du litige ainsi que les faits pertinents qui le conduisent à demander à la Commission son avis. De la même manière, il est attendu qu'il explique les raisons qui sous-tendent sa demande et qu'il détaille, le cas échéant, les principaux moyens soulevés par les parties. Dans le cas contraire, il est toujours loisible à la Commission de demander des informations complémentaires à la juridiction nationale.

24. Conformément à l'engagement pris par la Commission dans sa Communication sur la coopération, dès lors que l'ensemble des informations nécessaires est en possession de cette institution, le juge national peut s'attendre à recevoir l'avis demandé dans un délai de quatre mois⁵⁰. À cet égard, il est intéressant de mettre

47 Arrêt du 24 octobre 1996, *Tremblay e.a. c/ Commission*, C-91/95 P, *Rec.*, EU:C:1996:407, pt 41.

48 Arrêt du 25 mai 1982, *Commission c/ Pays-Bas*, 96/81, *Rec.*, EU:C:1982:192, pt 7 ; arrêt du 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, *Rec.*, EU:C:2002:603, pt 31 ; arrêt du 13 septembre 2013, *Pays-Bas c/ Commission*, T-380/08, *Rec.*, EU:T:2013:480, pt 106.

49 Arrêt du 22 septembre 1988, *Commission c/ Grèce*, 272/86, *Rec.*, EU:C:1988:433, pt 30.

50 Communication sur la coopération, *op. cit.* note 11, pt 28.

en parallèle le délai moyen de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour qui, en 2013, s'élevait à 16,3 mois⁵¹. Toutefois, il convient de souligner l'absence de caractère juridiquement contraignant des opinions exprimées par la Commission, aspect qu'elle rappelle systématiquement dans ses avis, contrairement aux dispositifs des arrêts de la Cour.

25. En outre, il y a lieu de rappeler que, dans ses avis, la Commission ne se prononce pas sur le fond de l'affaire dont la juridiction nationale est saisie⁵² et laisse à cette dernière la responsabilité de l'interprétation des conséquences de l'avis dans le cadre du cas d'espèce. Le parallèle avec le mécanisme du renvoi préjudiciel peut être de nouveau opéré dans la mesure où, dans ce contexte, le rôle de la Cour est également de fournir une interprétation du droit de l'Union et non de l'appliquer à la situation de fait qui sous-tend la procédure nationale⁵³.

26. Du point de vue du contenu des demandes, il est notable que les questions posées concernent tout un éventail de problématiques allant de la compatibilité avec le droit de la concurrence d'accords d'achat exclusif⁵⁴ à la définition du marché pertinent dans le cadre d'analyses de la dominance d'une entreprise⁵⁵, en passant par la légalité d'accords d'échange d'informations entre concurrents⁵⁶ ou encore l'existence d'une pratique abusive par un opérateur de télécommunications refusant de fournir des informations à une entreprise d'édition d'annuaires⁵⁷. En ce qui concerne plus particulièrement les échanges d'informations confidentielles dans le cadre des actions en dommages et intérêts, on retiendra que la Commission a rendu, le 5 mai 2014, un avis portant sur l'interprétation des critères posés par la jurisprudence de la Cour relatifs à

la divulgation d'informations confidentielles⁵⁸. Saisie d'une action en dommages et intérêts concernant les commissions d'interchange intra-EEE imposées par MasterCard à certains commerçants, la High Court of Justice du Royaume-Uni a demandé à la Commission son avis quant au caractère approprié, au regard de la jurisprudence *Pfleiderer*⁵⁹, d'une éventuelle injonction à l'égard de MasterCard aux fins de divulgation à l'autre partie au litige de documents créés à l'occasion de l'enquête de la Commission dans l'affaire *MasterCard I*⁶⁰, dont la version confidentielle de la décision adoptée à l'issue de cette procédure. Dans le cadre de cette consultation, la Commission a ainsi rappelé, tout d'abord, les principes établis dans les arrêts *Pfleiderer*⁶¹ et *Donau Chemie*⁶², selon lesquels il incombe au juge national d'adopter une approche au cas par cas en effectuant une balance des intérêts justifiant la communication des informations et la protection de celles-ci. Elle a, ensuite, procédé à une évaluation de ces intérêts en fonction du type de documents sujets à une éventuelle injonction de divulgation dans le cas présent, laissant, cependant, le juge national apprécier les mesures nécessaires à la protection des secrets d'affaires et du caractère confidentiel de certains documents.

27. Après dix années d'application du règlement 1/2003, il ressort que la possibilité offerte aux juridictions nationales de demander à la Commission de soumettre un avis sur la base de l'article 15, premier paragraphe, du règlement 1/2003 a été utilisée un peu moins de trois fois par an en moyenne (v. *tableau 1*). En effet, depuis 2004, cette institution a soumis à vingt-huit reprises un avis à la demande d'un juge national. Ces demandes proviennent de six États membres seulement⁶³.

51 Rapport annuel 2013 de la Cour de justice de l'Union européenne, p. 98.

52 V. Communication sur la coopération, *op. cit.* note 11, pt 29. Cependant, v., p. ex., avis de la Commission rendu le 7 août 2012 dans l'affaire *Kapitol S.A./Magyar Telekom*, sur demande de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 mars 2012, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/kapitol_final_opinion_fr.pdf.

53 V. les recommandations à l'attention des juridictions nationales relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, JO n° C 338 du 6 novembre 2012, p. 1, pt 7. Et de continuer : "Ce rôle revient à la juridiction nationale et il n'appartient dès lors à la Cour ni de se prononcer sur des questions de fait soulevées dans le cadre du litige au principal, ni de trancher des divergences éventuelles d'opinion sur l'interprétation ou l'application des règles de droit national."

54 Avis de la Commission rendu le 2 février 2005 dans l'affaire 2004/MR/6, *Laurent Emond c/ Brasserie Haacht*, sur demande de la cour d'appel de Bruxelles du 7 décembre 2004, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/opinion_2005_brasserie_haacht_fr.pdf.

55 Avis de la Commission rendu le 16 février 2007 dans l'affaire *Danska Staten genom BornholmsTrafiken c/ Ystad Hamn Logistik Aktiebolag*, sur demande de la Cour suprême de Suède du 19 octobre 2006, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/opinion_2007_ystad_sv.pdf.

56 Avis de la Commission rendu le 20 juillet 2009 dans l'affaire *Schneidersöhne Baltija c/ UAB Libra Vitalis*, sur demande de la Cour suprême Administrative de Lituanie du 9 septembre 2008, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/opinion_2002_uab_en.pdf.

57 Avis du 7 août 2012, *op. cit.* note 32.

58 Avis de la Commission rendu le 5 mai 2014 dans l'affaire *Wm Morrison Supermarkets plc and Others c/ MasterCard Incorporated and Others*, sur demande de la High Court of Justice du Royaume-Uni du 18 novembre 2013, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/morrison_supermarkets_mastercard_opinion_en.pdf.

59 V. *infra* section III., 1.1 de cette contribution.

60 Décision de la Commission du 19 décembre 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. COMP/34.579 – *MasterCard*, aff. COMP/36.518 – *EuroCommerce*, aff. COMP/38.580 – *Commercial Cards*), dont la version non confidentielle est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1890_2.pdf.

61 Arrêt du 14 juin 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, *Rec.*, EU:C:2011:389.

62 Arrêt du 6 juin 2013, *Donau Chemie e.a.*, C-536/11, *Rec.*, EU:C:2013:366.

63 Une demande d'avis émanant de la cour d'appel de Paris a récemment été envoyée à la Commission afin que cette dernière se prononce dans un litige introduit à l'encontre de la décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine (v. troisième point du dispositif de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 juin 2014, pôle 5 – ch. 5-7, n° 112 ; ainsi que les observations de M. Lasserre à la section I., 1. de sa contribution intitulée "Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence", publiée dans ce numéro de la revue *Concurrences*).

Tableau 1. Liste des avis de la Commission pris sur le fondement de l'article 15, premier paragraphe, du règlement 1/2003⁶⁴

	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	Total
Espagne		1				3		1		2	5*	12
Belgique	1		1			4			1	3		10
Lituanie						1				1		2
Suède								2				2
Pays-Bas									1			1
R.-U.	1											1
Total	2	1	1	0	0	8	0	3	2	6	5	28

28. Du point de vue du juge national, ce premier type d'intervention est entièrement destiné à faciliter son travail dans la mise en œuvre des règles du droit de la concurrence. Il bénéficie, ainsi, de l'échange d'informations qui en résulte. Le second type d'intervention peut, en revanche, paraître plus intrusif.

2.2. La soumission d'observations (amicus curiae)

29. Conformément à l'article 15, troisième paragraphe, premier alinéa, du règlement 1/2003, le juge national peut recevoir de la part de la Commission, agissant de sa propre initiative, des observations soit écrites, soit orales.

30. À cet égard, il convient de relever, premièrement, que le second alinéa de cette disposition prévoit expressément que, dans le cadre de ces interventions, le juge national peut être saisi par la Commission d'une demande de transmission de tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire aux fins exclusives, cependant, de la préparation desdites observations. Un échange d'informations confidentielles peut, dès lors, avoir lieu. Néanmoins, il doit être rappelé que, conformément à l'article 28, second paragraphe, du règlement 1/2003, la Commission est tenue de ne pas divulguer les informations qu'elle a recueillies ou échangées dans le cadre de l'article 15 du même règlement.

31. Deuxièmement, il est intéressant de mentionner le fait que le champ d'application des interventions de la Commission a soulevé des interrogations. En effet, la question de savoir si la Commission pouvait user de cette possibilité afin d'intervenir dans le cadre de procédures dont l'objet ne concernait pas directement l'application des articles 101 et 102 TFUE s'est posée à l'occasion d'une demande de cette institution d'intervenir en tant qu'*amicus curiae* dans un litige relatif à la déductibilité fiscale d'une partie du montant d'une amende infligée par cette dernière⁶⁵. Le juge de l'Union, observant que l'effectivité de la sanction infligée par la Commission pourrait être sensiblement réduite si la société concernée était autorisée à procéder à une telle déduction, a considéré que la procédure en question était intrinsèquement liée à une problématique relative à la cohérence de l'application desdits articles⁶⁶. Dès lors, le juge national saisi d'un litige qui ne concerne qu'indirectement l'application des règles de concurrence en matière d'accords et de position dominante peut être sollicité par la Commission dans l'hypothèse où cette dernière souhaiterait intervenir au titre de l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003.

32. Troisièmement, l'implication du juge national à l'égard de ce type d'intervention diffère selon que les observations de la Commission prennent une forme écrite ou orale. Tout d'abord, si l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003 permet effectivement à la Commission d'agir d'office pour présenter des observations écrites, le juge national ne peut accepter cette initiative que dans la mesure où elle est justifiée par

64 Données disponibles au 28 août 2014 sur le site de la Commission à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html. V. égal. Communication from the Commission – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives (COM(2014) 453, 9.7.2014), pt 22, p. 8, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf ; ainsi que Commission Staff Working Document SWD (2014) 230 – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 (SWD(2014) 230/2, 9.7.2014), pts 245 et 246, p. 72, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_230_en.pdf.

* Les cinq avis rendus par la Commission concernent les mêmes problématiques soulevées par la compatibilité avec le droit de la concurrence d'accords passés entre le propriétaire de stations-service et des exploitants.

65 Arrêt X, *op. cit.* note 8. Cette décision est intervenue après saisine de la Cour par la cour d'appel d'Amsterdam. Au regard du dispositif de l'arrêt de la Cour, la Commission a pu déposer ses observations en tant qu'*amicus curiae* (v. observations de la Commission du 24 septembre 2009 déposées dans l'affaire X B.V., disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2009_x_nl.pdf). Un recours contre l'arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam rendu le 11 mars 2010 (disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1368965.pdf) a, ensuite, été introduit devant la Cour suprême des Pays-Bas, procédure dans le cadre de laquelle la Commission a également déposé des observations sur le fondement de l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003 (disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2010_x_nl.pdf).

66 Arrêt X, *op. cit.* note 8, pts 33 à 40.

le souci d'une application cohérente de l'article 101 ou 102 TFUE, telle qu'interprétée par la Cour comme décrit ci-dessus. Ensuite, non seulement cette même condition s'applique à la présentation d'observations orales par la Commission, mais, dans cette hypothèse, il revient en outre au juge national d'autoriser préalablement cette intervention.

33. Le juge national, qui n'a pas sollicité cette intervention de la Commission, est, en principe, assuré de ne pas voir cette institution s'immiscer dans la résolution du cas d'espèce. En effet, dans sa Communication sur la coopération, la Commission précise que ses avis se limitent à des analyses économiques et juridiques des faits en cause dans l'affaire dont la juridiction nationale est saisie et rappelle régulièrement dans ses observations qu'elle s'abstient de conclure à l'appui des conclusions de l'une ou l'autre partie⁶⁷. Ainsi, la Commission a, par exemple, apporté des précisions sur la réglementation concernant la distribution automobile dans le cadre d'un litige portant sur un réseau de distribution sélective⁶⁸, des éclaircissements sur la notion de "continuité économique", telle qu'entendue en droit de l'Union, et sa prise en compte dans le cadre de l'imposition d'une sanction pécuniaire⁶⁹ ou encore sur la notion d'affectation sensible du commerce entre États membres après avoir constaté que l'arrêt dont la juridiction nationale était saisie en sa qualité de juge de cassation en donnait une interprétation restrictive⁷⁰.

34. À cet égard, il y a lieu de rappeler que, au même titre que lorsqu'il reçoit un avis de la Commission en réponse à une demande fondée sur l'article 15, premier paragraphe, du règlement 1/2003, le juge national n'est pas lié par l'opinion exprimée par la Commission dans ses observations déposées conformément à l'article 15, troisième paragraphe, du même règlement. D'ailleurs, dans celles-ci, la Commission souligne régulièrement le caractère non contraignant de sa position et va même jusqu'à attirer l'attention de la juridiction sur la possibilité

pour cette dernière d'introduire auprès de la Cour une question préjudicielle. Ainsi, on relèvera, par exemple, que, dans son avis du 11 juin 2009 déposé auprès de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, la Commission, qui se prononçait sur une problématique relative à l'interdiction des ventes en ligne imposée par un fournisseur dans un réseau de distribution sélective, invitait expressément cette juridiction à saisir la Cour d'une demande préjudicielle "*si jamais la Cour [d'appel de Paris] avait des doutes sur l'interprétation des règles de droit [de l'Union] applicables en l'espèce*"⁷¹. Or, il est notable que le juge national a effectivement suivi cette approche en introduisant une telle demande le 29 octobre 2009, donnant lieu à l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2011⁷². La même démarche se retrouve dans le cadre d'une affaire autrichienne relative à une entente dans le domaine du transport de colis où l'invitation de la Commission, formulée dans son avis⁷³, a également été suivie d'effet, la juridiction nationale ayant introduit le 5 décembre 2011 une demande de décision préjudicielle à laquelle la Cour a répondu par arrêt du 18 juin 2013⁷⁴. Il ressort de cette pratique une véritable complémentarité des procédures de l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003 et de l'article 267 TFUE.

35. En ce qui concerne plus particulièrement les échanges d'informations confidentielles dans le cadre des actions en dommages et intérêts, on notera que la Commission semble être intervenue à deux reprises. Tout d'abord, la Commission a déposé le 3 novembre 2011 des observations dans le cadre de l'affaire *National Grid* devant la High Court of Justice du Royaume-Uni saisie d'une action en dommages et intérêts faisant suite à la décision de la Commission du 24 janvier 2007 sanctionnant une entente dans le domaine des appareillages de commutation à isolation gazeuse⁷⁵. Dans ses observations, la Commission se prononce sur les enseignements à tirer de l'arrêt de la Cour du 14 juin 2011 rendu dans l'affaire *Pfleiderer*⁷⁶ quant à la question relative à la divulgation de documents et d'informations fournis dans le cadre du programme de clémence⁷⁷. À cet égard, il est intéressant de relever que, dans sa décision, le juge national a particulièrement souligné l'importance de cette intervention dans le

67 V., p. ex., observations de la Commission du 11 juin 2009 déposées auprès de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, pt 7, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_2009_pierre_fabre_fr.pdf. V. égal. observations de la Commission du 30 mars 2010 déposées auprès de la High Court d'Irlande dans l'affaire *Beef Industry Development Society Ltd (BIDS)*, pt 9, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2010_bids_en.pdf. Cependant, pour les limites d'une telle approche, v. observations de la Commission du 18 février 2014 déposées auprès de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Morgan Advanced Materials*, pt 3, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_morgan_crucible_observations_en.pdf.

68 Observations de la Commission du 2 novembre 2006 déposées auprès de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Garage Grémeau*, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2006_gremeau_fr.pdf.

69 Observations de la Commission du 25 juin 2010 déposées auprès de la Cour suprême slovaque dans l'affaire *Železničná spoločnosť Cargo Slovakia, a.s.*, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_2010_cargo_slovakia_sk.pdf.

70 Observations de la Commission du 13 octobre 2011 déposées auprès de la Cour de cassation française dans l'affaire *Orange Caraïbe*, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_orange_caraibe_en.pdf.

71 Observations du 11 juin 2009, *op. cit.* note 47, pts 22 et 23.

72 Arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, *Rec.*, EU:C:2011:649.

73 Observations de la Commission du 12 septembre 2011 déposées auprès de la Cour suprême autrichienne dans le cadre d'un litige opposant la Bundeswettbewerbsbehörde (Autorité fédérale de la concurrence) et le Bundeskartellamt (Agent fédéral des ententes) à 31 entreprises, pt 24, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_bundeswettbewerbsbehorde_de.pdf.

74 Arrêt du 18 juin 2013, *Schenker & Co. e.a.*, C-681/11, *Rec.*, EU:C:2013:404.

75 Le texte de la décision de la Commission est disponible sur son site Internet (v., *op. cit.* note 19).

76 Arrêt *Pfleiderer*, *op. cit.* note 41.

77 Observations de la Commission du 3 novembre 2011 déposées auprès de la High Court of Justice du Royaume-Uni dans l'affaire *National Grid*, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf.

traitement de cette affaire⁷⁸. Ensuite, la Commission a déposé le 18 février 2014 des observations dans le cadre de l'affaire *Morgan Advanced Materials c/ Deutsche Bahn* devant la Cour suprême du Royaume-Uni saisie d'un pourvoi à l'encontre d'une décision relative à une action en dommages et intérêts faisant suite à la décision de la Commission du 3 décembre 2003 sanctionnant une entente dans le domaine des produits à base de carbone et de graphite⁷⁹. Dans ses observations, la Commission se prononce sur l'interprétation de la notion de "décision de la Commission" afin de déterminer le moment auquel cette décision devient définitive dans la perspective d'identifier le point de départ du délai de prescription d'une action en dommages et intérêts fondée sur ladite décision⁸⁰. À l'instar de la Commission, le juge national prendra notamment appui sur l'arrêt de la Cour du 14 septembre 1999, rendu dans l'affaire *AssiDomän*⁸¹, pour interpréter la législation britannique conformément au droit de l'Union⁸². À la suite de cette décision concluant au caractère prescrit de l'action en dommages et intérêts de Deutsche Bahn, cette dernière a retiré son recours⁸³.

36. De manière générale, il doit être relevé, tout d'abord, que le bilan de l'utilisation moyenne de ce type d'intervention s'élève à environ un cas par an. En effet, en dix années d'application du règlement 1/2003, seuls onze cas de dépôt d'observations par la Commission sont référencés (v. *tableau 2*) concernant tant des procédures d'infraction que de réparation⁸⁴. Cependant, si le recours à cette possibilité se faisait faible dans les premières années de l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, il apparaît désormais plus fréquent (dix cas se sont produits depuis 2009). Ensuite, il convient de souligner qu'il ne semble pas ressortir des données disponibles sur cet aspect que la Commission demande à intervenir oralement⁸⁵. Enfin, les interventions de la Commission se sont plus souvent avérées être dirigées à l'égard de juridictions dont les décisions ne sont plus susceptibles de recours⁸⁶. À cet égard, cette attitude peut s'expliquer non seulement du fait de la nécessité de donner des priorités à son action, ces interventions requérant la mobilisation des ressources de son service juridique, mais également du fait de la plus grande visibilité qu'une affaire prend lorsqu'elle est portée devant une juridiction suprême, la Commission étant dépendante de l'information qu'elle reçoit pour déclencher une demande d'intervention au titre de l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003.

Tableau 2. Liste des avis de la Commission pris sur le fondement de l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003⁸⁷

	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	Total
France				1		1			1			3
PaysBas					1	1						2
R.-U.	1			1								2
Slovaquie					1							1
Irlande					1							1
Autriche				1								1
Belgique			1									1
Total	1	0	1	3	3	2	0	0	1	0	0	11

78 Décision du 4 avril 2012 rendue dans l'affaire *National Grid Electricity Transmission Plc. c/ ABB Ltd. & others*, [2012] EWHC 869 (Ch.), disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1368894.pdf. V., p. ex., pt 19 ("those submissions (...) have been of considerable assistance"), mais également pts 25, 26, 35 ou, encore, 45.

79 Letexte de la décision de la Commission est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38359/38359_37_1.pdf.

80 Observations du 18 février 2014, *op. cit.* note 47.

81 Arrêt du 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, C-310/97 P, *Rec.*, EU:C:1999:407.

82 Décision du 9 avril 2014, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_morgan_crucible_judgment_en.pdf.

83 Communiqué MLex, "*Schunk unit escapes UK damage claim after Supreme Court ruling*", 5 mai 2014.

83 Sur ce type d'intervention, v. égal. les observations de M. Lasserre, *op. cit.* note 43.

85 Bien qu'il ne soit pas évident de déterminer les cas dans lesquels la Commission est intervenue oralement, il semble que, sur la base de la liste des observations publiée sur le site de la Commission, cette dernière ait, au moins, déposé des observations orales dans une affaire en 2006, lors du dépôt des premières observations référencées sur le fondement de l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003 (v. le pt 1, *in fine*, des observations de la Commission du 2 novembre 2006, *op. cit.* note 48, et le sixième visa de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 juin 2007, rendu dans cette affaire, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/court_2007_20_fr.pdf).

86 V. Commission Staff Working Document SWD (2014) 230, *op. cit.* note 44, pt 248, p. 73.

87 Données disponibles au 28 août 2014 sur le site de la Commission, à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html. La Commission précise que ne sont référencés que les avis pour lesquels la juridiction nationale a donné l'autorisation de publication. À cet égard, dans sa communication au Parlement européen et au Conseil intitulée "Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003" (*op. cit.* note 44), la Commission mentionne une utilisation de ce type d'intervention à treize reprises dans huit États membres sur la période allant du 1^{er} mai 2004 au 31 décembre 2013 (COM(2014) 453, pt 22, p. 8). V. égal. Commission Staff Working Document SWD (2014) 230, *op. cit.* note 44, pt 248, p. 73.

III. Le juge national et les échanges d'informations concernant les autorités nationales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence

37. Comme avec la Commission, le juge national a vu ses relations avec les autorités de concurrence accrues par l'amplification de ses compétences en matière d'application des articles 101 et 102 TFUE. Dans ce contexte, les occasions d'échanges d'informations confidentielles se sont multipliées. Dans le cadre de cette contribution, deux problématiques auxquelles le juge national est confronté du fait soit de la jurisprudence de la Cour, soit de l'activité normative de l'Union méritent quelques brèves observations : la responsabilité du juge national face aux demandes d'accès aux informations (1.) et les possibilités d'intervention des ANC auprès des juridictions nationales (2.).

1. Le juge national et les demandes d'accès aux informations

38. La tension entre les actions privées en dommages et intérêts intentées devant les juridictions nationales (*private enforcement*) et la mise en œuvre des règles de concurrence par les autorités publiques (*public enforcement*)⁸⁸ a conduit à des développements jurisprudentiels (1.1.) et législatifs (1.2.), au sein de l'Union européenne, destinés à encadrer l'exercice des compétences du juge national lorsque confronté à des demandes d'accès de documents utilisés dans le cadre de procédures d'infractions relatives aux règles de concurrence.

1.1. Le juge national responsable de la mise en balance des intérêts selon la jurisprudence

39. Dans le cadre de l'affaire *Pfleiderer*, l'ANC allemande avait sanctionné des entreprises pour participation à une entente dans le domaine des papiers décor. L'entreprise *Pfleiderer*, souhaitant préparer des actions en dommages et intérêts, avait alors demandé l'accès au dossier de l'ANC. Cette dernière ayant refusé de communiquer un certain nombre de documents, *Pfleiderer* a introduit un recours contre cette décision devant le juge national. Confrontée à la problématique de la divulgation d'informations confidentielles obtenues dans le contexte du programme de clémence, la juridiction allemande a alors posé une question préjudicielle à la Cour quant à

88 Sur ce sujet, v. les observations de M. Vogel à la section I. de sa contribution intitulée "L'accès au dossier des victimes de pratiques anticoncurrentielles : Le point de vue des entreprises et de leurs représentants", publiée dans ce numéro de la revue *Concurrences*.

l'éventuel obstacle que pouvait poser le droit de l'Union au prononcé en faveur de l'octroi de l'accès aux demandes de clémence et aux documents fournis dans ce cadre.

40. Dans son arrêt du 14 juin 2011⁸⁹, prenant en compte, d'une part, l'absence de réglementation contraignante en droit de l'Union en matière de droit d'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence volontairement communiqués à une ANC en application d'un programme national de clémence et la reconnaissance de la contribution substantielle des actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales au maintien d'une concurrence effective dans l'Union européenne et, d'autre part, le risque qu'entraîne la communication des documents relatifs à une procédure de clémence aux personnes désirant intenter de telles actions d'affecter l'efficacité des programmes de clémence, la grande chambre de la Cour a conclu que, si les dispositions du droit de l'Union en matière d'ententes doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'une personne, lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages et intérêts, obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction, il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union.

41. Cette interprétation n'a pas été sans engendrer de nombreuses critiques quant au faible apport de la Cour à la tâche qui incombe aux juridictions nationales⁹⁰ – certains allant jusqu'à dire que, sur le plan pratique, l'arrêt de la Cour n'avait fait nullement avancer cette problématique⁹¹ – et le risque de voir la multiplication d'approches incohérentes au sein de l'Union européenne a été vivement souligné⁹².

89 Arrêt *Pfleiderer*, *op. cit.* note 41.

90 G. Goddin, *The Pfleiderer Judgment on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga*, *JECLP* 2012, vol. 3, n° 1, pp. 40-42 ; E. Barbier de la Serre et S. Quiles, *Conjugaison du private enforcement et des programmes de clémence : que le législateur de l'Union tranche*, *RLC*, 2011, n° 29 ; A. Geiger, *The End of the EU Cartel Leniency Programme*, *ECLR* 2011, vol. 32, n° 10, pp. 535-536 ; pour une comparaison avec l'approche proposée par la Cour suprême des États-Unis, v. P.-J. Slot, *Does the Pfleiderer Judgment Make the Fight against International Cartels More Difficult?* *ECLR* 2013, pp. 197-206.

91 L. Idot, *Articulation entre le public et le private enforcement*, *Europe* 2011, août-sept., comm. n° 8-9, pp. 31-32. Pour une position plus nuancée, v. S. Völcker, *Case C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 14 June 2011*, *CMLR* 2012, pp. 695-720.

92 S. Rose et S. Cater, *The Impact of Pfleiderer Across the EU*, *Law 360*, 13 mars 2012, <http://www.law360.com/articles/318870/the-impact-of-pfleiderer-across-the-eu> ; M. Roseau et F. Masmi-Dazi, *L'arrêt Pfleiderer ou la mise en balance des intérêts protégés par la clémence avec le droit des victimes à réparation*, *RLC*, 2012, n° 30, pp. 146-151 ; M. Sanders, E. Jordan, C. Dimoulis, K. Schwedt, B. DiLuigi, M. Van Wissen, *Disclosure of Leniency Materials in Follow-on Damages Actions: Striking "the Right Balance" between the Interests of Leniency Applicants and Private Claimants?* *ECLR* 2013, pp. 174-182. Sur la réalité de la diversité des approches suivies par les juridictions nationales à la suite de l'arrêt *Pfleiderer*, v. les observations de M. Italianer à la section II., 2. de sa contribution, *op. cit.* note 18 ; L. Idot et F. Zivy, *L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt Pfleiderer*, *Concurrences* n° 3-2013, pp. 34-53 ; ou encore, A. Kumar Singh, *Pfleiderer: Assessing its Impact on the Effectiveness of the European Leniency Programme*, *ECLR* 2014, pp. 110-123.

42. L'arrêt rendu le 6 juin 2013 dans l'affaire *Donau Chemie*⁹³, après saisine de la Cour par une juridiction autrichienne d'une question préjudicielle relative à la compatibilité d'une disposition du droit national subordonnant au consentement de toutes les parties à la procédure l'octroi de l'accès par des tiers aux dossiers d'une affaire d'entente aux fins de la préparation de recours en dommages et intérêts, a offert à la Cour une occasion de préciser les principes régissant la divulgation de documents fournis dans le cadre d'un programme de clémence. Cependant, la réponse de la Cour à la question posée – à savoir, une législation nationale ne peut pas prévoir que l'accès à de tels documents dépende du seul consentement de toutes les parties à ladite procédure sans qu'aucune possibilité d'effectuer une mise en balance des intérêts soit laissée aux juridictions nationales – a reçu un accueil mitigé, certains tentant d'y voir une ouverture en faveur du droit des victimes à voir leur préjudice réparé⁹⁴, d'autres regrettant l'absence d'édiction d'un minimum de règles générales avec des principes et des exceptions⁹⁵.

43. À la lecture de cet arrêt, il semble néanmoins pouvoir être raisonnablement affirmé que la Cour est venue préciser l'approche générale qu'elle avait adoptée dans son arrêt *Pfleiderer*⁹⁶. Du simple renvoi au juge national à effectuer au cas par cas une mise en balance des intérêts en présence, ce dernier se voit désormais invité, dans le cadre de son appréciation de l'intérêt du demandeur à obtenir lesdits documents, à vérifier entre autres s'il existe d'autres possibilités éventuellement à sa disposition pour préparer son action en dommages et intérêts⁹⁷. Ensuite, dans le cadre de l'évaluation des intérêts publics ou d'autres personnes, le juge national doit prendre en considération les conséquences réellement préjudiciables auxquelles un tel accès est susceptible de donner lieu⁹⁸. Plus précisément⁹⁹, le juge national est, premièrement, appelé à effectuer une analyse *in concreto* des effets éventuellement néfastes sur l'efficacité d'un programme de clémence, la simple invocation d'un tel risque ne suffisant pas à justifier un refus d'accès. Deuxièmement, dans les hypothèses où le refus d'accès conduirait le demandeur à ne pas pouvoir engager son action en réparation, le juge national doit alors pouvoir fonder sa décision sur des raisons

impérieuses tenant à la protection de l'intérêt invoqué. Troisièmement, cette justification doit pouvoir s'appliquer à l'égard de chaque document auquel l'accès est refusé.

44. Certes, il est indéniable que la Cour a continué à ne pas vouloir emprunter une voie plus explicite, comme, par exemple, celle faisant dépendre le régime d'accessibilité aux types de documents contenus dans les dossiers¹⁰⁰. Une telle approche – consistant à distinguer entre, d'une part, les déclarations contribuant à l'incrimination de leurs auteurs qui ont été volontairement communiquées par des candidats à la clémence, auxquelles l'accès serait refusé par principe et, d'autre part, les autres documents préexistants à la procédure, mais produits au cours de celle-ci par ces candidats, auxquels l'accès pourrait être donné – avait été prônée par l'avocat général Mazák dans ses conclusions rendues le 16 décembre 2010 dans l'affaire *Pfleiderer*¹⁰¹ et, dans une large mesure, soutenue par la Commission dans ses observations dans cette affaire¹⁰². En outre, tant la détermination en pratique par le juge national de "l'existence d'un risque de voir un document donné porter concrètement atteinte à l'intérêt public tenant à l'efficacité du programme national de clémence"¹⁰³, seul élément susceptible de fonder un refus d'accès, que la faisabilité de l'approche document par document dans le cadre d'affaires d'entente, dont "les dossiers comportent parfois des milliers de pièces"¹⁰⁴, peuvent inspirer des réserves quant à l'apport effectif de l'arrêt *Donau Chemie* au travail du juge national. Enfin, du fait de la reconnaissance par la Cour, dans son arrêt *EnBW* du 27 février 2014¹⁰⁵, de la présomption générale de refus d'accès aux documents contenus dans les dossiers d'affaires relatives aux procédures d'ententes sanctionnées par la Commission, de nouvelles questions se posent désormais à l'égard, d'une part, de l'impact de cette reconnaissance sur l'appréciation que le juge national est amené à effectuer et, d'autre part, de la possible conciliation de cette reconnaissance avec l'approche décrite dans l'arrêt *Donau Chemie*.

93 Arrêt *Donau Chemie*, *op. cit.* note 42.

94 A. Lacresse, Actions en dommages et intérêts : La Cour de justice de l'Union européenne ouvre largement le droit d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux éléments recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence (*Donau Chemie*), *Concurrences* n° 3-2013, pp. 140-142 ; N. Hirst, *Donau Chemie: National Rules Impeding Access to Antitrust Files Liable to Breach EU law*, *JECLP* 2013, vol. 4, n° 6, pp. 484-486.

95 V., p. ex., L. Idot, Accès au dossier des autorités dans les actions privées, *Europe* 2013, août, comm. n° 8-9, pp. 35-36.

96 V., en ce sens, P. Hecker, Droit d'accès au dossier : faut-il à tout prix privilégier le droit à réparation des victimes d'une entente ? *RAE* 2013, pp. 413-420 ; ou, encore, M. Le Soudéer, L'engagement progressif de la Cour de justice en faveur de l'accès des entités lésées par une entente au dossier des autorités nationales de concurrence : un glissement inopportun, *RAE* 2013, pp. 421-434.

97 Arrêt *Donau Chemie*, *op. cit.* note 42, pt 44.

98 Arrêt *Donau Chemie*, *op. cit.* note 42, pt 45.

99 Arrêt *Donau Chemie*, *op. cit.* note 42, pts 46 à 48.

100 Pour un autre exemple, v. les conclusions de l'avocat général Jääskinen rendues le 7 février 2013 dans l'affaire *Donau Chemie* dans lesquelles il mentionne une voie faisant dépendre le régime d'accessibilité non pas de la nature de l'acte, mais de celle de son auteur (conclusions *Donau Chemie e.a.*, C-536/11, *Rec.*, EU:C:2013:67, pt 64). Sur ces conclusions, v. M. Stanevičius, *Cartel File Disclosure to Damage Claimants: AG Opinion in Donau Chemie*, *JECLP* 2013, vol. 4, n° 4, pp. 322-324.

101 Conclusions *Pfleiderer*, C-360/09, *Rec.*, EU:C:2010:782, pts 44 à 47.

102 *Ibid.*, pt 17. Si, par son mérite de donner des indications plus concrètes aux juges nationaux, cette position avait recueilli quelques suffrages (v., p. ex., S. Rose et S. Cater, *op. cit.* note 72 ; ou, encore, A. J. Mauricio, *Access of Damages Claimants to Leniency Material Held by National Competition Authorities or by the European Commission*, 31 octobre 2012, <http://ssrn.com/abstract=2159946>), l'artificialité de la distinction avait cependant été relevée (v., p. ex., S. Völcker, *op. cit.* note 71, pp. 709-712 ; ou, encore, A. Ronzano, *Private enforcement : L'avocat général Mazák rend ses conclusions dans une affaire relative à l'accès aux informations dans le cadre d'un programme de clémence (Pfleiderer)*, 16 décembre 2010, *Concurrences* n° 1-2011, art. n° 57994).

103 Arrêt *Donau Chemie*, *op. cit.* note 42, pt 48.

104 L. Idot, Accès au dossier des autorités dans les actions privées, *op. cit.* note 75, p. 36.

105 Arrêt du 27 février 2014, *Commission c/ EnBW*, C-365/12 P, *Rec.*, EU:C:2014:112. V., égal. sur ce sujet, les observations de M. Italianer à la section II., 1. de sa contribution, *op. cit.* note 18.

45. L'appel au législateur et à son œuvre harmonisatrice s'est donc fait de plus en plus insistant afin d'éviter les risques de divergence d'approches néfastes à l'application uniforme des règles de concurrence dans une Union toujours plus étendue¹⁰⁶. Cet appel, s'il n'est pas aussi explicite que celui qui avait été fait dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* à l'égard du système de contrôle de la légalité des actes de l'Union de portée générale¹⁰⁷, semble également se faire entendre dans les formulations utilisées par la Cour dans son arrêt *Donau Chemie*¹⁰⁸.

1.2. Le juge national responsable de la mise en balance des intérêts selon le projet de directive

46. Il ne semble pas nécessaire dans le cadre de cette contribution de revenir sur le long cheminement au sein de la Commission qui a conduit à l'adoption, le 11 juin 2013, d'une proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts¹⁰⁹. On rappellera seulement, d'une part, l'initiative, prise le 19 décembre 2005, qui consista à lancer, sur la base d'un livre vert, une consultation sur les solutions visant à faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence¹¹⁰, suivie par la publication, le 2 avril 2008, d'un livre blanc sur l'indemnisation des consommateurs et des entreprises victimes d'infractions aux règles de

concurrence¹¹¹ et, d'autre part, la publication, le même jour de l'adoption de ladite proposition de directive, d'une recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union¹¹² et d'une communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 TFUE¹¹³.

47. L'attente de ce texte, particulièrement revigorée après l'arrêt *Pfleiderer*, explique la foison de commentaires qui a suivi la publication de la proposition de directive¹¹⁴. Là encore, il ne semble pas nécessaire de s'arrêter outre mesure sur ce texte, dans la mesure où, le 17 avril 2014, le Parlement a adopté la version du projet de directive sur lequel cette institution et le Conseil s'étaient accordés

106 V., p. ex., A. Italianer, Public and private enforcement of competition law, discours, 5th International Competition Conference, 17 février 2012 ; Communiqué MLex, "EU needs legislative solution to whistleblower files access, AG Mazak says", 24 février 2012 (comp. communiqué MLex, "UK judge plays down need to regulate disclosure of whistleblower documents", 18 février 2013) ; Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities, Protection of Leniency Material in the Context of Civil Damages Actions, 23 mai 2012 ; J. Almunia, Antitrust Enforcement: Challenges Old and New, discours, 19th International Competition Law Forum, St. Gallen, 8 juin 2012 ; Department for Business, Innovation & Skills, Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform, Gouvernement du Royaume-Uni, 29 janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/70185/13-501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response1.pdf ; L. Idot, Accès au dossier des autorités dans les actions privées, *op. cit.* note 75.

107 Arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, EU:C:2002:462, pt 45. V. égal. mes contributions intitulées, d'une part, "Le rôle du juge de l'Union européenne dans le développement de l'Union européenne", *op. cit.* note 9, pp. 105 à 110 et, d'autre part, "L'accès des personnes physiques ou morales à la justice : les premières interprétations par le Tribunal des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, in *L'Europe des droits fondamentaux : mélanges en hommage à A. Weitzel*, L. Weitzel (dir.), Pedone 2013, p. 99.

108 Comp. arrêt *Donau Chemie*, *op. cit.* note 42, pt 27 et arrêt *Pfleiderer*, *op. cit.* note 41, pt 23. Sur cet aspect, v. P. Hecker, *op. cit.* note 76.

109 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:FR:PDF>.

110 Livre vert Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM(2005) 672 final, 19 décembre 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>.

111 Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM(2008) 165 final, 2 avril 2008, disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>.

112 JO n° L 201, 26 juillet 2013, p. 60.

113 JO n° C 167, 13 juin 2013, p. 19. Cette communication a été accompagnée d'un guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 TFUE (texte disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf).

114 V., p. ex., B. Scharaw, Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages and Recommendation on Principles for Collective Redress – The Road Towards "Private Antitrust Enforcement" in the European Union? *ECLR* 2014, 35(7), p. 352 ; L. Idot, Pratiques anticoncurrentielles et actions privées en réparation, *Europe*, n° 8, août 2013, comm. 366 ; A. Howard, Too little, too late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust Damages Actions, *JECLP* 2013, vol. 4, n° 6, p. 455 ; C. Kersting, Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants, *JECLP* 2014, vol. 5, n° 1, p. 2 ; S. Turnbull, E. Whiteford et A. Behles, Striking the Balance, *Competition Law Insight*, 9 juillet 2013 ; Communiqué MLex, "Draft damages law is 'good basis' for solving litigation problems, former EU court official says", 8 juillet 2013 ; J. Almunia, Antitrust damages in EU law and Policy, discours, College of Europe, GCLC annual conference, Bruxelles, 7 novembre 2013 ; A. Italianer, Competition Law within a Framework of Rights and the Commission's Proposal for a Directive on Antitrust Damage Actions, discours, 12th Annual conference of the Association of European Competition Law Judges (AECLJ), Luxembourg, 14 juin 2013 ; L. Idot et F. Zivy, *op. cit.* note 72 ; E. Chassaing, Procédures de clémence et accès aux documents : de la défiance à la conciliation, *Revue Lamy de la Concurrence* 2013, 37, p. 67 ; F. Masmì-Dazi, Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes, *Revue Lamy de la Concurrence* 2013, 37, p. 78 ; I. Vandendorpe et T. Goetz, EU Competition Law Procedural Issues, *JECLP* 2013, vol. 4, n° 6, p. 506 ; B. Wardhaugh, Cartel leniency and effective compensation in Europe: The Aftermath of *Pfleiderer*, *WebJCLI*, vol. 19(3), septembre 2013 ; ou, encore, G. De Stefano, Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario, *GCLR* 2012, n° 3, p. 95.

dans le cadre de la procédure législative ordinaire¹¹⁵. Le projet de directive est, au moment de la rédaction de cette contribution, en attente d'approbation finale par le Conseil¹¹⁶. La Commission a d'ores et déjà exprimé sa satisfaction à l'égard de ce projet qui, à son avis, réalise le compromis tant recherché entre *private* et *public enforcement*¹¹⁷.

48. Si l'on se penche plus particulièrement sur la problématique centrale qui intéresse notre propos, il convient de relever que le projet de directive consacre son deuxième chapitre aux règles régissant la divulgation des preuves. À cet égard, on se limitera à relever deux aspects du projet en relation avec le rôle que le juge national sera amené à endosser.

49. Premièrement, il est prévu un régime général de divulgation de documents que le juge national devra appliquer lorsque saisi d'une action en dommages et intérêts. Tout d'abord, tous les juges nationaux se voient, ainsi, reconnaître le pouvoir d'ordonner la divulgation de documents demandés au soutien des actions en dommages et intérêts¹¹⁸ et de sanctionner toute omission ou tout refus de se conformer à de telles injonctions¹¹⁹. Ensuite, il doit être souligné que ce pouvoir est limité à ce qui est proportionné¹²⁰. À cet égard, le projet de directive donne aux juges nationaux des éléments d'orientation afin de les aider dans l'exercice qui leur revient d'évaluer

la proportionnalité de la divulgation¹²¹. Enfin, il y a lieu de noter que les juges nationaux ne se voient pas interdits d'ordonner la divulgation d'informations confidentielles ni de documents contenant des secrets d'affaires, dès lors qu'ils disposent de mesures efficaces de protection de ces informations¹²².

50. Deuxièmement, il est prévu un régime d'exception à la divulgation de documents lorsque ces derniers appartiennent au dossier des autorités de concurrence. En effet, le juge national se voit encadré dans les cas où, saisi d'une action en dommages et intérêts, la divulgation qu'il serait amené à ordonner concernerait des documents figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence. Tout d'abord, son appréciation de la proportionnalité doit prendre en compte des éléments additionnels, tels que la nécessité de préserver l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique¹²³. Ces exigences se superposent à celles qui régissent le régime général de divulgation de preuves et doivent, ainsi, s'appliquer de manière combinée. Ensuite, tant que l'autorité de concurrence n'a pas clôturé sa procédure, il est fait interdiction au juge national d'ordonner la divulgation de preuves contenues dans le dossier d'une autorité de concurrence si ces dernières sont des informations établies par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence, des informations établies par les autorités de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure ou, encore, des propositions de transaction qui ont été retirées¹²⁴. Enfin, il est fait interdiction absolue aux juges nationaux d'ordonner, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, la divulgation de deux types de documents contenus dans le dossier d'une autorité de concurrence : les déclarations effectuées par les entreprises en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction¹²⁵. Afin d'assurer le plein effet de ces deux interdictions, le juge national est, d'une part, obligé de déclarer ces documents irrecevables s'ils sont présentés dans le cadre d'une action en dommages et intérêts après avoir été obtenus grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et, d'autre part, habilité à infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives si cette limite relative à l'utilisation de ces documents n'était pas respectée¹²⁶.

51. Les deux aspects décrits ci-dessus tentent ainsi de répondre aux attentes qui s'étaient faites de plus en plus pressantes après l'arrêt *Pfleiderer*. D'une part, si, à

115 Résolution législative du Parlement européen du 17 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD), disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P7-TA-2014-0451#BKMD-10>, et projet de directive, *op. cit.* note 6. Pour un commentaire de ce texte, v. D. Calisti, Quelles propositions de l'Union européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? *Concurrences* n° 3-2014, p. 27. Pour une rapide comparaison des différences entre ce texte et la proposition initiale, v. L. Idot, Actions en réparation et pratiques anticoncurrentielles : la dernière ligne droite, *Europe*, n° 5, mai 2014, alerte 18 ; et M. Charrier, UK and EU Developments in Collective Action Regimes for Competition Law Breaches, *ECLR* 2010, 35(8), pp. 377-378. Enfin, pour un aperçu des apports et des principales mesures du projet de directive, v. le memorandum de la Commission, Antitrust: Commission Proposal for Directive to Facilitate Damages Claim by victims of Antitrust Violations – Frequently Asked Questions, MEMO/14/310, 17 avril 2014.

116 V. la note d'information du Secrétariat général du Conseil au COREPER du 24 avril 2010, n° ST 8986 2014 INIT, disponible à l'adresse suivante : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%208986%202014%20INIT>.

117 V., entre autres, Communiqué de presse de la Commission, Ententes et abus de position dominante : la Commission se félicite du vote du Parlement visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, IP/14/455, 17 avril 2014 ; J. Almunia, Developments in EU Competition Policy, discours, European Competition Days, Athènes, 10 avril 2014, ainsi que Looking Back at Five Years of Competition Enforcement in the EU, Global Antitrust Enforcement Symposium, Washington, 10 septembre 2014 ; et les observations de M. Italianer à la section II., 2. de sa contribution, *op. cit.* note 18. Il ressort, également, des observations de M. Lasserre aux sections II., 1. et II., 2. de sa contribution, *op. cit.* note 43, que l'Autorité française de la concurrence accueille avec un certain enthousiasme les dispositions concernant la divulgation des documents dans le projet de directive.

118 Projet de directive, *op. cit.* note 6, article 5, premier et deuxième paragraphes.

119 *Ibid.*, article 8, premier paragraphe, sous a).

120 *Ibid.*, article 5, troisième paragraphe, *in limine*.

121 *Ibid.*, article 5, troisième paragraphe, sous a), b) et c) ainsi que quatrième paragraphe.

122 *Ibid.*, article 5, cinquième et sixième paragraphes. V. égal. l'article 8, premier paragraphe, sous c), et second paragraphe. V. égal. les observations de M. Italianer à la section IV. de sa contribution, *op. cit.* note 18.

123 *Ibid.*, article 6, quatrième paragraphe.

124 *Ibid.*, article 6, cinquième paragraphe.

125 *Ibid.*, article 6, sixième paragraphe. V., pour une nuance à l'égard de cette interdiction, l'article 6, septième et huitième paragraphes.

126 *Ibid.*, articles 7 et 8, premier paragraphe, sous d), et second paragraphe.

travers l'exigence, imposée au juge national, d'effectuer une analyse de proportionnalité avant l'adoption de toute injonction de divulgation, il pourrait être déduit une simple concrétisation du test de la balance des intérêts ressortant de l'interprétation prétorienne, cette disposition tente, en fait, de répondre aux attentes de lignes directrices, qui s'étaient fait entendre à la suite de cet arrêt, dans la mesure où une liste de critères, non exhaustifs, à prendre en compte dans l'appréciation du caractère proportionné l'accompagne. Ainsi, les considérations relatives au coût et à l'ampleur de la divulgation viennent rassurer ceux qui craignaient les *fishing expeditions* ou les "dérives" du système de *discovery* américain. Il en est de même des critères additionnels que le juge national doit prendre en compte quand il opère ce contrôle de proportionnalité à l'égard de la divulgation de documents contenus dans le dossier des autorités de concurrence. D'autre part, le projet de directive tente de satisfaire les souhaits exprimés quant à l'énonciation d'une approche plus claire et plus tranchée. Ainsi, il remet dans la lumière l'idée d'une distinction des régimes d'accessibilité en raison de la nature du document. On retrouve, ainsi, l'approche développée par l'avocat général Mazák dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Pfleiderer* et que la Commission a toujours défendue.

52. À ce stade, si le projet de directive a le mérite d'harmoniser le régime des actions en réparation des dommages subis par les victimes d'infractions au droit de la concurrence, certains, cependant, s'interrogent, d'une part, sur l'apport concret pour le juge national des critères listés dans le cadre de l'appréciation du caractère proportionné qui lui incombe d'effectuer avant de prononcer une éventuelle divulgation de documents, qu'ils soient ou non contenus dans un dossier d'une autorité de concurrence¹²⁷ et, d'autre part, sur l'articulation des principes de protection renforcée – et, plus particulièrement, de l'interdiction absolue de divulgation de certains documents – avec les principes dégagés par la Cour dans ses arrêts *Pfleiderer* et, surtout, *Donau Chemie*¹²⁸. Enfin, le travail que les États membres devront fournir pour transposer ce texte¹²⁹ ne doit pas

être négligé¹³⁰, et de celui-ci dépendra le réel impact de ces mesures proposant des standards communs à l'ensemble des juges nationaux afin qu'ils bénéficient tous des mêmes pouvoirs de base en matière de divulgation des preuves et d'un commencement de lignes directrices pour les exercer.

2. Le juge national et les interventions des autorités nationales de concurrence¹³¹

53. Conformément à l'article 15, troisième paragraphe, premier alinéa, du règlement 1/2003, le juge national peut se voir soumettre par les autorités de concurrence de ce même État membre, de leur propre initiative, des observations écrites au sujet de l'application de l'article 101 ou 102 TFUE. De telles observations, lorsqu'elles sont orales, ne peuvent être cependant présentées qu'après autorisation expresse dudit juge. Dans le cadre de ces interventions, le juge national peut alors être amené à transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire par les autorités nationales aux fins exclusives de préparation de leurs observations, conformément au second alinéa du troisième paragraphe de l'article 15 du règlement 1/2003.

2.1. Types d'intervention

54. À l'instar de la volonté d'établir des standards minimaux en matière de divulgation de documents pour tous les juges nationaux de l'Union européenne, l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003, instaure un niveau "plancher" en ce qui concerne la possibilité pour les ANC d'intervenir devant les juridictions nationales. À cet égard, il convient de faire trois remarques.

55. Tout d'abord, il doit être précisé que cette possibilité d'intervenir pour une ANC ne vise que le dépôt d'observations devant les juridictions de l'État au sein duquel elle est établie.

56. Ensuite, le mécanisme prévu par ce paragraphe transpose pour les ANC celui décrit ci-dessus pour les interventions de la Commission en tant qu'*amicus curiae*, ou en d'autres termes celui organisant la possibilité pour cette dernière d'agir d'office. À cet égard, il est intéressant de noter qu'il ressort des réponses à un questionnaire envoyé aux ANC, dans le cadre des activités du Réseau européen de la concurrence, qu'à la question concernant l'existence de dispositions (ou de projets de dispositions)

127 C. Weidt, *The Directive on Actions for Antitrust Damages after Passing the European Parliament*, *ECLR* 2014, 35(9), pp. 443-444. V. égal. les critères utilisés par le juge britannique dans l'affaire *National Grid*, *op. cit.* note 58.

128 V., p. ex., R. Gamble, *The European Embrace of private enforcement: This Time with Feeling*, *ECLR* 2014, 35(10), pp. 478-479. C. Weidt, *op. cit.* note 107, pp. 439-440, notes de bas de page 26 et 27, p. 444. À cet égard, il convient de souligner que, au point 25 de son arrêt *Donau Chemie* (*op. cit.* note 42), la Cour a expressément noté que son raisonnement s'inscrivait dans un contexte d'absence de législation au niveau de l'Union européenne. Sur cet aspect, v. égal. P. Bentley et D. Henry, *Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party*, *World Competition* 2014, vol. 37, n° 3, p. 280 et note de bas de page n° 42.

129 Une fois la directive adoptée définitivement, les États membres auront deux ans pour la transposer, conformément à l'article 21, premier paragraphe, du projet de directive.

130 À cet égard, v., p. ex., M. Chagny, *Approche critique et prospective à la lumière de la directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles*, *Concurrences* n° 3-2014, p. 32 ; ainsi que les observations conclusives de M. Lasserre à la section III. de sa contribution, *op. cit.* note 43.

131 Il n'est pas ici question de l'intervention des autorités nationales de concurrence devant leurs juridictions nationales en tant que partie défenderesse dans le cadre d'une procédure dirigée contre la décision dont ces autorités seraient les auteurs. Sur cette question, v. arrêt du 7 décembre 2010, *VEBIC*, C-439/08, *Rec.*, EU:C:2010:739.

prévues au sein du droit national afin de faciliter l'utilisation de la possibilité offerte par l'article 15, troisième paragraphe, du règlement 1/2003, sur les vingt-sept États membres de l'Union à cette époque, onze ont répondu positivement, six par la négative, un État membre a indiqué l'existence d'une discussion quant à une possible modification allant dans le sens d'une introduction de dispositions à cet égard dans le droit national¹³², cinq ont précisé que, malgré l'absence de disposition spécifique, ce type d'intervention ne posait pas de problème et, enfin, quatre semblent se référer à des dispositions prévoyant l'implication de l'ANC dans les procédures relatives à l'application des règles de concurrence, sans cependant que celle-ci puisse décider d'office de le faire¹³³. Ces réponses sont, à quelques exceptions mineures, identiques à celles fournies en 2008¹³⁴.

57. Enfin, le système envisagé par le premier paragraphe de l'article 15 du règlement 1/2003, permettant au juge national de demander à l'ANC de lui adresser un avis, n'est pas mentionné au troisième paragraphe de cette disposition¹³⁵. Cependant, il convient de relever que le quatrième paragraphe de l'article 15 du règlement 1/2003 précise que le droit national peut prévoir des pouvoirs plus étendus pour les ANC quant à leur possibilité de présenter des observations aux juridictions.

2.2 Contenu de l'intervention¹³⁶

58. Il convient de souligner le fait que le champ d'application de l'intervention des autorités nationales diffère de celui de la Commission. En effet, les observations des ANC ne sont pas soumises à la condition selon laquelle leur dépôt doit être justifié par un souci relatif à l'application cohérente des articles 101 et 102 TFUE, contrairement à celles de la Commission. En revanche, leur contenu doit concerner l'application de ces deux articles. Cette différenciation a été relevée par le juge de l'Union comme révélant une intention de la part du législateur de séparer les régimes d'interventions

selon la nature de l'auteur des observations¹³⁷. Dès lors, il semble ressortir de cette interprétation que les ANC ne peuvent user de cette possibilité que dans des cas où la procédure concernée se déroule au sujet de l'application desdits articles. Leur champ d'intervention est, ainsi, plus restreint.

IV. Propos conclusifs : Multiplication des juges, multiplication des risques ?

59. **Concrétisation de la coopération.** La décentralisation de l'application du droit de la concurrence a été initiée afin d'en renforcer son efficacité. En donnant ainsi au juge national le rôle premier de sa mise en œuvre dans une union de vingt-huit pays dont il ressort une grande diversité des systèmes juridiques¹³⁸, le risque de voir l'interprétation des règles de concurrence varier d'un État à l'autre et, par conséquent, favoriser le développement du *forum shopping* est devenu une préoccupation centrale dans l'exercice de ce droit.

60. Les mécanismes de coopération prennent, dans ce contexte, une importance primordiale. Ainsi, la possibilité pour le juge national de se tourner vers la Commission ou l'autorité de concurrence de son pays, qui – au sein du Réseau européen de la concurrence – bénéficie d'une fertilisation croisée entre autorités, toutes sensibilisées à la préservation de la concurrence, afin d'obtenir des éclairages sur l'application des articles 101 et 102 du règlement 1/2003, participe à l'harmonisation "douce" de la mise en œuvre du droit de concurrence dans l'Union européenne. Cependant, force est de constater qu'il est fait rarement recours à ces mécanismes.

61. Si l'impulsion ne vient pas du juge national, alors elle doit pouvoir venir de la Commission. Son information est, dès lors, fondamentale. L'article 15, deuxième paragraphe, du règlement 1/2003 prend, ainsi, toute son importance. En effet, il rend obligatoire la transmission sans délai par les États membres d'une copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application des articles 101 et 102 TFUE à la Commission, gardienne des traités. À cet égard, il est essentiel de relever que, sur son site Internet, la Commission met à la disposition de tous les versions non confidentielles des jugements qui lui sont transmis en application de cette disposition¹³⁹. Cependant, de

132 Dans le document intitulé "ECN Working Group on Cooperation Issues – Results of the Questionnaire on the Reform of Member States (MS) National Competition Laws after EC Regulation No. 1/2003" consolidant les réponses au 14 avril 2008, cet État membre indiquait déjà ce projet (v. le texte à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_convergencequest_April2008.pdf).

133 Document intitulé "ECN Working Group on Cooperation Issues – Results of the questionnaire on the reform of Member States (MS) National Competition Laws after EC Regulation No. 1/2003", 22 mai 2013, p. 7, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/ecn/convergence_table_en.pdf.

134 Document intitulé "ECN Working Group on Cooperation Issues", *op. cit.* note 111.

135 Sur cet aspect appliqué au système français, v. les observations de M. Lasserre à la section I., 1. de sa contribution, *op. cit.* note 43.

136 En ce qui concerne l'utilisation de ce type d'intervention et les problématiques qu'elle peut poser aux ANC, v. les observations de M. Lasserre à la section I., 1. de sa contribution, *op. cit.* note 43 intitulée "Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence", publiée dans ce numéro de la revue *Concurrences*.

137 Arrêt X, *op. cit.* note 8, pts 28 à 30.

138 V., p. ex., *Les juridictions des États membres de l'Union européenne – Structure et organisation*, ouvrage publié en 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes, disponible à l'adresse suivante : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-11/qd7707226frc.pdf>.

139 Cette base de données est accessible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts>.

l'aveu même de la Commission, ce mécanisme n'a jusqu'à présent pas fonctionné de manière optimale¹⁴⁰. En effet, dans un document daté du 9 juillet 2014, la Commission indiquait que, pour la période allant du 1^{er} mai 2004 au 31 décembre 2013, elle avait reçu approximativement 370 jugements, au titre de l'article 15, deuxième paragraphe, du règlement 1/2003, provenant principalement de juridictions espagnoles, allemandes et françaises. Environ dix États membres ne lui ont jamais envoyé de décisions juridictionnelles statuant sur l'application des articles 101 et 102 TFUE. Dans ce document, elle reconnaît explicitement que ce mécanisme de coopération doit être corrigé et que des solutions sont actuellement envisagées¹⁴¹.

62. Si les échanges d'informations entre les différents acteurs appelés à mettre en œuvre le droit de la concurrence apparaissent bien organisés, la pratique semble révéler un tout autre constat. Or, à défaut d'une fluidité dans ces échanges, il est permis de douter de la réalité d'un lissage des décisions juridiques par effet de capillarité au sein du maillage juridictionnel de l'Union européenne.

63. Concrétisation de la coordination. S'il est certain que le renforcement de la coopération entre les juridictions nationales et la Commission¹⁴², d'une part, et les ANC, d'autre part, est nécessaire, un véritable effort vers la coordination est encore plus indispensable. À cet égard, l'effort législatif en matière d'actions en dommages et intérêts ne peut qu'être salué. En revanche, on ne saurait s'en contenter, au moins en raison de la nécessité des transpositions qui donneront le véritable sens à cette initiative. Or, de nombreuses questions restent en suspens et bien téméraire serait celui qui afficherait sa certitude de l'accomplissement, dès à présent, de l'objectif recherché.

64. Si le principe de la réparation effective du préjudice subi par les victimes d'infractions au droit de la concurrence par l'action privée a été clairement posé par la Cour¹⁴³, reste à en trouver le chemin à travers la philosophie régnante de l'action publique toute puissante. Or, d'une part, la jurisprudence de la Cour à cet égard peut paraître à certains plutôt absconse et, d'autre part, le spectre de l'augmentation du nombre d'actions en dommages et intérêts semble s'agiter avec une intensité renouvelée¹⁴⁴. Si plusieurs solutions s'offraient à lui pour régler le conflit apparent entre le *private enforcement* et le *public enforcement*¹⁴⁵, le législateur de l'Union européenne a, désormais, fait son choix en empruntant une voie aujourd'hui matérialisée dans le projet de directive.

65. En ce qui concerne l'échange d'informations, le juge national voit, dans ce texte, un certain chemin tracé vers un horizon qui semble s'éclaircir. Toujours responsable de l'appréciation du caractère proportionné de l'éventuelle divulgation de preuves sur laquelle il doit se prononcer, sa marge de discrétion est, à présent, quelque peu encadrée. Néanmoins, il est permis de s'interroger sur le caractère suffisant de ces orientations pour qu'elles puissent servir à la réalisation d'une coordination "douce" entre les décisions des juridictions nationales. ■

140 V. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée "Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003", *op. cit.* note 44.

141 Commission Staff Working Document SWD (2014) 230, *op. cit.* note 44, pt 247, pp. 72-73. V., déjà, *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, pt 14.071 et note de bas de page n° 200, pp. 1412-1413.

142 V. D. Calisti, *op. cit.* note 95.

143 V., p. ex., arrêt du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *Rec.*, EU:C:2001:465, pt 23 et s.

144 V., p. ex., arrêt du 5 juin 2014, *Kone e.a.*, C-557/12, *Rec.*, EU:C:2014:1317. Pour un commentaire de cet arrêt, v. A. Lacresse, Effet d'ombrelle : La Cour de justice de l'Union européenne considère que les entreprises membres d'un cartel assument également la responsabilité des dommages causés du fait qu'une entreprise non-membre du cartel a augmenté ses prix en raison de l'existence de l'entente (*Kone*), *Concurrences* n° 3-2014, art. n° 68373, pp. 161 et 162 ; ainsi que, J.-P. Christienne, Effets d'ombrelle : La Cour de justice de l'Union européenne dit pour droit que l'article 101 TFUE s'oppose à ce que le droit national fasse obstacle de manière catégorique à la réparation de dommages induits par des effets d'ombrelle (*Kone*), *Concurrences* n° 3-2014, art. n° 68031, p. 76.

145 V. les observations de M. Vogel à la section III. de sa contribution, *op. cit.* note 68.

Striking the balance: Private damages and access to confidential documents

Alexander Italianer

alexander.italianer@ec.europa.eu

Directeur général, DG Concurrence, Commission européenne, Bruxelles

1. Damage claims require substantial amounts of information. Plaintiffs need information about a cartel's activities, its customers and its effects on prices. The best, most detailed source of information available is usually the Commission decision in question, and the corresponding case file assembled by investigators. It is not surprising that damage claimants desire access to that information.

2. While the Commission certainly encourages private enforcement, giving access to such information to damage claimants can, in some circumstances, collide with three other important principles:

– First, access to documents by claimants should not discourage companies from cooperating with the Commission in the future. The leniency programme is a highly successful tool in competition enforcement, it should not suffer from a “chilling effect” due to access by plaintiffs to documents.

– Second, the protection of business secrets and other confidential information: This principle is enshrined in Articles 7 and 17 of the EU Charter of Fundamental Rights (“Charter”), Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR), and Article 1 of Protocol 1 to the ECHR.

– Third, the protection of personal data: This right is enshrined in Article 8 of the Charter and in Article 8 of the ECHR.

3. It is the Commission's policy to strike the right balance between respecting these principles and allowing as much access as possible to damage claimants.

4. In practice, there are four main mechanisms for gaining access to information about cartels, each of which can be illustrated by a specific case:

– Plaintiffs can obtain a public version of the final decision from which as little information as possible has been redacted (the *Pilkington* scenario).

– Plaintiffs can request access to the Commission's file under Regulation 1049/2001 (the *ENBW* scenario). They can also invoke national provisions to obtain documents from the file compiled by national competition authorities (the *Pfleiderer/Donau Chemie* scenario).

– Plaintiffs can ask national courts to request parts of the file from the Commission (the *Alstom* scenario).

– Plaintiffs can ask national courts to order the defendants (i.e. the cartel members) to produce some of the information from the file, i.e. through “disclosure” (the scenario foreseen in Article 5 of the Damages Directive).

I. First mechanism: The *Pilkington* scenario

5. The publication of antitrust decisions is a legal requirement (Article 30 of Regulation 1/2003). It is also a key factor in assisting private actions for damages across Europe. It is crucial that decisions are made public to the widest possible extent for a number of reasons. First of all, the Commission decision is the first instance when injured parties can become aware of a serious infringement of competition law. The more detailed a Commission decision is, the more victims can learn about the extent and nature of the illegal practices in question and how they may have been affected by them. The publication of duly motivated decisions increases the transparency and accountability of the Commission's actions in this field, and provides guidance to market players and other enforcers in the application of EU antitrust rules.

6. At the same time, the Commission cannot publish business secrets, other confidential information and personal data contained in these decisions (see Article 339 TFEU, Articles 28 and 30 of Regulation 1/2003, and Regulation 45/2001). This requires the Commission to engage in extensive discussions with the parties once the decision has been adopted, in order to agree on the information to be redacted from any published text. The Commission devotes significant resources to this task.

7. The parties have a legitimate interest in protecting their confidential information, but the Commission must make sure that this process does not lead to the redaction of any non-confidential information which may be useful to claimants in actions for damages.

8. If the parties object to the publication of a text that DG Competition regards as sufficiently redacted, they can ask the Hearing Officer to block publication (Article 8 of the Terms of Reference of the Hearing Officer). If the Hearing Officer sides with DG Competition, the parties can challenge the decision to publish before the General Court, together with a request for the General Court to halt publication while the case is pending.

9. In the 2013 *Pilkington* case, British glass manufacturer Pilkington Ltd objected to the publication of the *Car glass* decision, in which the Commission had imposed fines totalling more than 1.3 billion euros on the members of a cartel of glass for motor vehicles. Pilkington succeeded in winning interim measures blocking publication. Confirming the General Court's order, the Court of Justice stated that interim measures are justified when two conditions are met. First, there must be a *prima facie* reasonable possibility that the decision may contain confidential information. The Union courts have interpreted this in a manner favourable to Pilkington: They have ruled that there is a *prima facie* case unless “the information in question is obviously not confidential.” The second condition justifying interim measures is that disclosure of the allegedly confidential information through publication would likely cause “serious and irreparable harm,” even if this cannot be precisely quantified.

10. In the *Pilkington* case, the General Court held that victims of cartels should be able to launch actions for damages against cartel members such as Pilkington. The court argued that suspending publication for the duration of the case before the General Court “merely delays” actions for damages. But because disclosure cannot be undone, revealing Pilkington's information through publication of the decision would have irreversible consequences. Consequently, the court argued that Pilkington's interest “must prevail over that of the cartel victims.”

11. The judgment on the substance in the *Pilkington* case will be very important for the Commission as it will give the Court the opportunity to provide clear guidance on a key question: What is confidential information worth protecting, and what can instead be promptly published by the Commission when it adopts its decision?

II. Second mechanism

1. Requesting access from the Commission (the *ENBW* scenario)

12. Besides gaining access to the Commission decision and file through publication, plaintiffs can request access directly from the Commission or national competition authorities.

13. In this respect, there have been two significant developments in the past year: the *Netherlands v.*

Commission judgment of September 2013 in the *Bitumen* case, and the *ENBW* judgment of February 2014 concerning documents from the Commission's *Gas Insulated Switchgear* file.

14. The *Netherlands v. Commission* case concerned a request by the Dutch State to gain access to the confidential version of the Commission's decision in *Dutch Bitumen*, although the Commission had published a very detailed non-confidential version on its website. The General Court gave a favourable ruling for the Commission by accepting for the first time in the area of antitrust a rebuttable general presumption that information collected by the Commission should be protected in both ongoing and closed cases, potentially even beyond the outcome of subsequent court cases. This ruling followed similar judgments of the ECJ in the area of mergers and state aid.

15. The Court also noted that giving access to leniency materials could place leniency applicants at a disadvantage compared to other parties, which could dissuade future leniency submissions.

16. Barely six months later, the Court of Justice addressed the same issue in *ENBW*. *ENBW* is a German utility which was a customer of the *Gas Insulated Switchgear* cartel members. The Court held that the Commission can reject requests for documents from a cartel file, based on a general presumption of no access, as long as there is no definitive decision on the substance of the case (including readoption decisions after annulments by the courts).

17. What is interesting for present purposes is that both the General Court and the Court of Justice discussed whether the objective of furthering actions for damages would weigh in favour of disclosing the documents.

18. In *Netherlands v. Commission*, the General Court stated that (a) it is up to the national court hearing the action for damages to collect the relevant evidence, and to request such evidence from the Commission under Article 15 of Regulation 1/2003, if necessary for that purpose; and (b) the objective of launching an action for damages is merely a private interest rather a public interest that would weigh in favour of disclosure.

19. In *ENBW*, the Court of Justice recognised the importance of damage claims but argued that “such general considerations” did not require access. The Court also argued that claimants would rarely need all documents in a cartel file, which is why it would be up to the claimant to establish the need for certain specific documents necessary for its action for damages. If such “necessity” is not established, the objective of launching damage claims could not override the interest in protecting the requested documents.

20. This presumption of no access is not new. For example, the *Odile Jacob* case established a presumption of no access for “sets of documents” requested from merger control files. *ENBW* now recognises the same presumption of no access for antitrust files. So the picture is now

more complete, which is a very positive development. There remains the question, however, whether the presumption could also apply to individual documents rather than “sets of documents”. This could become a matter for discussion in future cases.¹⁴⁶

2. Requesting access from national authorities (the *Pfleiderer/Donau Chemie* scenario)

21. In the *Pfleiderer* judgment of June 2011, the ECJ ruled on the possibility of disclosing leniency documents in actions for damages. It concluded that, in absence of binding EU rules on the issue, it is for the national courts to determine on a case-by-case basis, and on the basis of national law, whether or not national courts can order disclosure of such documents. In this context, national courts will have to strike a balance between the EU right to obtain full compensation for harm suffered as a result of a competition law infringement on the one hand and the importance of protecting the public enforcement of competition law on the other hand.

22. This judgment left it to national courts to carry out this assessment in each individual case, which means that different courts in different Member States, or even within the same Member State, can strike a different balance and come to different conclusions with regarding the disclosability of leniency documents.

23. In the year following *Pfleiderer*, three national courts ruled on the disclosability of leniency documents.¹⁴⁷ All three courts took a different line regarding the disclosure of leniency information. This resulted in legal uncertainty. While considering cooperating with competition authorities, a company guilty of infringing competition law cannot predict whether a national court will later disclose its statements. This uncertainty could have important negative effects on the willingness of companies to cooperate with the competition authorities in the framework of leniency programmes. As leniency programmes are essential tools for the Commission and national competition authorities to detect and punish secret cartel infringements, the continued willingness of companies to cooperate should be ensured. The same applies in relation to settlement procedures.

24. To what extent can this legal uncertainty be addressed? According to the *Donau Chemie* judgment of 6 June 2013, in the absence of EU law, the issue can be addressed by national law, but there are limits to what the national legislator can do. This judgment concerned an Austrian rule, which made access by claimants to documents dependent on the consent of all the parties to the proceedings. This rule essentially denies claimants in damages actions access to any document in the file of the competition authority.

25. In its judgment, the ECJ made it clear that legislation systematically allowing or refusing disclosure of all documents included in the file of a competition authority is contrary to EU law, in particular to the principle of effectiveness. Actions for damages brought before national courts are important in ensuring the maintenance of effective competition in the European Union, and information in the file of a competition authority may be necessary for claimants in such actions for damages to prove their claims. Therefore, a full ban on access to information in the file of a competition authority goes too far, even if the court also specifically recognizes the importance of leniency programmes and the need to protect their effectiveness.

26. In short, the Court of Justice has struck a balance by clarifying the two equally important objectives underpinning the choice whether or not to disclose documents. The Court has ruled out the extremes of systematic refusals to disclose documents and automatic disclosure, but has pointed the finger at a gap in EU law, which was left to national courts to fill.

27. The Commission has seized the opportunity to fill this gap with its 2013 proposal for a Directive on antitrust damages actions, by proposing rules that ensure access of victims to the evidence they need. At the same time, the directive provides upfront legal certainty to companies that want to cooperate in the framework of leniency or settlement programmes. It also ensures a level playing field by avoiding discrepancies between national rules. According to the Commission proposal, leniency statements and settlement submissions can never be disclosed in actions for damages. These blacklisted documents are two specific documents of a self-incriminating nature in which undertakings describe and acknowledge their participation in an infringement of competition rules. Both the Parliament and the Council have politically endorsed the Commission proposal on this point. Like the Commission, the European Parliament (voted on 17 April 2014) and the Council (agreement by COREPER on 26 March 2014) consider protection of these documents necessary to preserve the willingness to participate in leniency and settlement programmes.

28. The EU legislator has added a safeguard with regard to the blacklist: The judge may verify whether or not a certain document qualifies as a leniency statement or settlement submission.

¹⁴⁶ But see, implicitly, case T-561/12, *Jürgen Beninca*, not yet reported, § 32.

¹⁴⁷ See Amtsgericht Bonn (Local Court Bonn), decision of 18 January 2012, case No 51 Gs 53/09 (*Pfleiderer*); Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorf Appeal Court), decision of 22 August 2012, case No B-4. Kart 5/11 (OWi) (*roasted coffee*); High Court of Justice (UK first instance court), judgment of 4 April 2012, case No HC08C03243 (*National Grid*).

29. Besides completely excluding leniency statements and settlement submissions from disclosure, the Directive intends to protect on-going investigations by competition authorities. The Commission and the legislator want competition authorities to have sufficient room to carry out their investigations without disclosure of evidence affecting their proceedings, for example by revealing their investigative strategy. To that end, information drawn up by a party or competition authority in the framework of the investigation, such as SOs, RFIs and replies thereto, can only be disclosed after the competition authority has adopted its decision.

30. According to the Directive, all other evidence, meaning all pre-existing information that was not specifically drawn up for the purpose of the investigation of a competition authority, is at any time disclosable in actions for damages, providing the relevant conditions for disclosure are met. Such conditions include a test of relevance and proportionality by the national court. Again, using the blacklist and other categories of documents is about striking the right balance between preserving public enforcement on one hand, and disclosure for private enforcement purposes on the other hand.

31. The Directive as agreed between the Parliament and the Council is fully in line with court rulings mentioned above. In line with the judgments in *Pfleiderer* and *Donau Chemie* it is up to the national courts to carry out the balancing exercise between the right to full compensation and the interests of public enforcement, as prescribed by the ECJ. But in addition, the Directive provides for the binding EU rules absent at the time of those judgments. It includes a specific exclusion from disclosure for self-incriminating statements made in the framework of leniency programmes and settlement procedures, and so provides the necessary legal certainty to maintain the effectiveness of such programs.

32. The Commission is confident that this disclosure system is fully compliant with *Donau Chemie*. Victims will have access to all relevant information they need to substantiate their claims, and the effectiveness of leniency and settlement programmes is ensured at the same time. More generally, the Commission is satisfied that Parliament and Council have promptly endorsed its effort to fill the legislative gap at EU level. While it is generally recognised that the blacklist ensures effective public enforcement, this will be extremely beneficial to private enforcement as well because, at the end of the day, more evidence will be available to victims of antitrust infringements.

III. Third mechanism: Obtaining documents from the Commission via national courts (the *Alstom* scenario)

33. A third means of obtaining access to the Commission decision and file is by asking a national court to request the Commission for the required information.

34. In the *Alstom* case, several parties brought an action for damages before the High Court of England and Wales against members of the *Gas Insulated Switchgear* cartel, which included the French multinational company Alstom. The High Court requested Alstom's confidential reply to the SO from the Commission under Article 15 of Regulation No. 1/2003. The Commission agreed to disclose the confidential reply to the SO on the understanding that the High Court would take appropriate measures to protect the confidential nature of the document. The Commission viewed the High Court's confidentiality ring as sufficient for this purpose.

35. Alstom applied for interim measures to block the transmission from the Commission to the High Court. The President of the General Court suspended the Commission decision to transmit, on the grounds that the Commission had not made sure that Alstom's business secrets were adequately protected by the High Court's confidentiality ring mechanism.

36. In particular, the President expressed concerns about the composition of the High Court's confidentiality ring: "(...) *the confidentiality ring, the composition of which may be subject to amendment in the future, is made up of a large number of people (92 names appear on that list) who hold various positions, such as that of external lawyer, in-house counsel (as in the case, for example, of the two employees of the intervener), secretary or even IT support. (...) However, (...) the Commission cannot (...) simply maintain that the purpose of a confidentiality ring is to enable the parties' lawyers to inspect the documents disclosed, when in fact the composition of that ring is neither immutable nor restricted to those having the status of lawyer.*"

37. This statement could be seen as criticism of a Commission decision. But it could also mean that the General Court might be more favourably inclined towards a confidentiality ring that is "*immutable and restricted to qualified lawyers.*"

38. The answer will probably not come any time soon. In April 2014 the General Court suspended the case indefinitely. The UK judge had obtained Alstom's confidential reply to the SO directly from Alstom, through disclosure. No longer needing the information, the British UK judge withdrew its request under Article 15 of Regulation 1/2003 for information to the Commission. So there may not be any final judgment in this case.

IV. Fourth mechanism: Disclosure

39. A fourth method of gaining access to documents is to ask national court to order the defendants (i.e. the cartel members) to produce some of the information from the file (i.e. through “disclosure”)

40. According to Article 5 of the Directive on antitrust damages actions, national courts should have the power to order disclosure of evidence containing confidential information where they consider it relevant to the action for damages. At the same time, such courts should also have effective measures to protect such information at their disposal.

41. Confidential information can be essential for claimants in damages actions, for instance in order to quantify harm. To avoid harmful effects from the disclosure of confidential information to the public, national law should, however, provide the court with the capability of protecting such information.

42. This is in line with current Commission practice regarding requests for information from national courts under Article 15 of Regulation 1/2003. As follows from the *Postbank* case before the General Court, the confidential nature of information is not in itself a reason for the Commission to refuse a request. However, the Commission only provides such information if the court can guarantee effective protection of confidential information. If the court is unable to provide this protection, the Commission will only provide a non-confidential version to the Court.

43. The Directive expressly allows courts to issue disclosure orders both to parties and third parties. Compared to the original Commission proposal, the Directive as agreed between Parliament and Council contains an important addition (in Article 6): Disclosure orders should be addressed to competition authorities only when the evidence cannot be provided by any party or other third party.

V. Conclusion

44. This complex, rapidly evolving field requires the balancing of competing interests. Stimulating private enforcement can at times clash with the need to protect confidentiality and the necessity to guarantee the effectiveness of leniency programmes. Even so, it is possible to make several observations.

45. First, it would be too simplistic to conclude that the Commission favours public enforcement over private enforcement, or vice versa. The blacklist and other categories of disclosable documents under the Directive illustrate this point. The Commission has taken a pragmatic, document-by-document approach in order to preserve both public enforcement and private enforcement to the maximum possible extent.

46. Second, these disclosure mechanisms are interlinked. For example, the *Pilkington* order refers to the 30-year threshold for the confidentiality of documents in Regulation no. 1049/2001. The case law on Regulation no. 1049/2001 (*Netherlands v. Commission*) recognises the potential chilling effect of giving access to leniency materials, echoing *Pfleiderer* and *Donau Chemie*, which made the same point in relation to access to documents held by national competition authorities. And *Netherlands v. Commission* also explicitly notes that damage claimants can obtain relevant evidence by asking the national court to request such evidence from the Commission under Article 15 of Regulation No. 1/2003.

47. Third, this is an area which benefits from a very lively and in-depth dialogue between the Commission, the courts, and the legislature. The courts have clearly taken the practical aspects of disclosure for the Commission into account. The legislature has been very responsive in clarifying and harmonising the issues left open by case law. And the Commission, in turn, will adapt its legal framework to fit the requirements of the Damages Directive. ■

Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence

Bruno Lasserre

bruno.lasserre@autoritedelaconcurrence.fr

Président, Autorité de la concurrence, France

48. Je tiens tout d'abord à remercier le Conseil de la Concurrence du Luxembourg et son président, Pierre Rauchs, pour leur invitation et leur chaleureux accueil. C'est un grand plaisir d'intervenir aujourd'hui sur le sujet des échanges d'informations dans le cadre de la mise en œuvre d'actions privées, et ce, d'autant plus que l'actualité sur ce thème a été particulièrement intense, au niveau de l'Union européenne, bien entendu, mais aussi en France.

49. Avant de se focaliser sur cette question, je souhaiterais tout d'abord revenir rapidement sur la place respective de l'action publique et de l'action privée en droit de la concurrence en Europe.

50. En effet, à la différence des États-Unis, où l'action privée est le vecteur principal d'application du droit de la concurrence, 90 % des actions introduites devant des juridictions fondées sur le droit de la concurrence étant des actions "privées", et où ces dernières ont un rôle à la fois réparateur et punitif, au sein de l'Union européenne, la situation est en quelque sorte inversée : le droit de la concurrence reste principalement appliqué par les autorités de concurrence et les actions "privées" poursuivent exclusivement un objectif de réparation.

51. Ainsi, il existe en Europe, pour des raisons historiques, une primauté de l'action publique qui a notamment pour source l'instauration tardive et concomitante au développement du droit de la concurrence d'autorités de concurrence disposant de pouvoirs forts au sein des États membres.

52. Pour autant, l'effectivité du droit de la concurrence ne repose pas uniquement sur l'action publique, elle dépend également de la possibilité pour les victimes de telles pratiques d'obtenir une réparation pour le préjudice qu'elles ont subi, ainsi que l'a reconnu la Cour de justice¹⁴⁸ durant la dernière décennie en rappelant le caractère complémentaire de l'action privée en réparation et de l'action publique.

53. Le développement de l'action privée constitue un enjeu de confiance et de justice, qui doit toutefois s'intégrer dans un environnement européen particulier où l'action publique est, comme je l'ai indiqué, depuis de nombreuses années le moteur de la régulation concurrentielle. C'est dans ce contexte qu'il s'est avéré indispensable de mettre en place un dialogue efficace entre, d'une part, le juge saisi d'une action en réparation sur le fondement du droit de la concurrence et, d'autre part, les autorités de concurrence (I.). La conduite de ce dialogue doit intégrer les contraintes de la régulation concurrentielle et ne peut conduire, dans ses modalités, à entamer l'efficacité de l'action publique : il est donc nécessaire de veiller à ce que les conditions d'une articulation optimale entre action publique et action privée soient maintenues (II.).

I. Un dialogue efficace entre les autorités de concurrence et le juge

54. Il existe en France et en Europe, depuis de nombreuses années, des instruments de dialogue entre les autorités de concurrence et le juge de la réparation (1.). Au-delà du dialogue *stricto sensu*, s'est néanmoins rapidement posée la question spécifique de la transmission des éléments du dossier d'une autorité de concurrence, à mesure que se développaient les actions en réparation dites "de *follow-on*". Cette donnée nouvelle a été intégrée très récemment par les législateurs français et européens (2.).

1. Des outils existant de longue date qui permettent de structurer les échanges entre l'autorité de concurrence et le juge de la réparation

55. Des instruments existent d'ores et déjà qui autorisent un dialogue entre les différents acteurs du droit de la concurrence, c'est-à-dire entre les juges eux-mêmes, mais également entre le juge et l'autorité de concurrence.

148 V. CJUE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, et CJUE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jtes C-295 à 298/04.

56. Le dialogue entre juges a précédé historiquement le dialogue entre le juge et l'autorité de concurrence : c'est le recours aux questions préjudicielles, dans le cadre d'une coopération "verticale" entre le juge national et le juge de Luxembourg, qui a d'abord permis d'avancer sur des points de droit essentiels, tant matériels que procéduraux. Cet échange continue à porter ses fruits, la Cour de justice ayant dessiné en particulier ces dernières années, par-delà le principe d'autonomie procédurale, un corps de principes qui irriguent de plus en plus les procédures nationales¹⁴⁹. Les juges français ne sont pas en reste dans l'utilisation du renvoi préjudiciel, étant récemment à l'initiative de deux questions préjudicielles qui ont apporté des éclairages intéressants sur les modalités d'organisation d'un réseau de distribution sélective et la possibilité d'interdire la vente en ligne, dans l'affaire *Pierre Fabre*, ainsi que sur la portée de la communication *de minimis* et, plus largement, les contours de la notion de restriction par objet, dans l'affaire *Expedia*¹⁵⁰.

57. Le dialogue entre le juge et l'autorité de concurrence s'est quant à lui fondé sur des mécanismes plus souples. Le rôle de l'autorité de concurrence n'est pas ici de trancher définitivement, pour l'avenir, un débat juridique ou une question d'interprétation qui relève, selon les cas, de l'office de la Cour de justice ou des juridictions suprêmes nationales. L'objectif est plutôt d'éclairer et de mettre le juge saisi en position d'apprécier le litige sur le fond en exposant l'état du droit et en l'articulant au besoin avec les faits de l'espèce, mais sans aller naturellement jusqu'à se prononcer en lieu et place du juge.

58. L'*amicus curiae* est l'instrument le plus emblématique de ce dialogue. Consacré à l'article 15 du règlement n° 1/2003, il ouvre la possibilité à n'importe quelle autorité nationale de concurrence ("ANC") et à la Commission européenne, à la demande du juge national ou de leur propre initiative, de faire part de leurs observations dans le cadre d'affaires où sont en jeu des questions d'application du droit de la concurrence. Cette voie de dialogue permet de dépasser le cadre spécifique du débat contradictoire qui s'instaure en cas de recours contre une décision de l'autorité de concurrence, instance dans laquelle l'autorité a le statut de partie¹⁵¹, pour permettre un échange d'une autre nature où l'autorité de concurrence remplit le rôle d'un "informateur bénévole"¹⁵².

59. Ainsi, entre 2004 et 2013, la Commission européenne est intervenue vingt-six fois auprès des juridictions nationales à leur demande et treize fois de sa propre

initiative. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le juge français n'a jamais demandé à la Commission européenne son assistance au titre de l'article 15, paragraphe 1¹⁵³, mais qu'en revanche près d'un tiers (quatre) des observations soumises de sa propre initiative par la Commission européenne, sur le fondement de l'article 15, paragraphe 3, l'ont été dans le cadre d'une instance en cours devant les juridictions françaises. L'Autorité de la concurrence est intervenue, quant à elle, auprès du tribunal de commerce de Paris en tant qu'*amicus curiae* pour l'éclairer sur la notion d'engagements, dans le cadre des suites contentieuses de la décision 10-D-29 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques. Elle est également intervenue cette année dans une instance en cours et il n'est pas exclu qu'à l'avenir ce mode d'intervention souple pour l'Autorité qu'est l'*amicus curiae* continue à jouer un rôle important pour éclairer le juge sur des notions essentielles de droit de la concurrence.

60. En France, il existe par ailleurs une autre modalité de dialogue par la voie de la demande d'avis prévue par l'article L. 462-3 du code de commerce, dont l'existence peut en partie expliquer l'absence, jusqu'à présent, d'appétence du juge français pour la consultation de la Commission européenne. Un exemple récent est l'avis 12-A-15 du 9 juillet 2012 rendu dans l'affaire opposant Carrefour à ses franchisés sur la licéité de certaines clauses de réaffiliation : loin de se limiter au seul contentieux dans le cadre duquel s'insérait la demande d'avis, la position de l'Autorité sur ces clauses, déjà exprimée dans un avis de 2010, a pu utilement être reprise postérieurement à son compte par le juge dans une série de contentieux commerciaux mettant aux prises enseignes et franchisés¹⁵⁴.

2. Un dispositif renouvelé qui traite directement de l'accès au dossier des autorités de concurrence

61. S'il existe donc des mécanismes permettant un dialogue sur le fond des affaires entre les autorités de concurrence et les juges, la question de l'accès aux preuves et informations constitutives du dossier de l'autorité de concurrence doit également se poser. Les avancées nationale (loi sur la consommation) et européenne (directive sur les actions en réparation en voie d'adoption) conférant à la décision d'une autorité de concurrence des effets probatoires sur la démonstration de la faute civile ne remettent en effet pas en cause l'utilité, pour les

149 V. en particulier les arrêts de la Cour de justice du 11 juin 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst c/ X BV*, C-429/07, du 7 décembre 2010, *VEBIC VZW*, C-439/08, du 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, C-360/09, et du 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbshörde c/ Donau Chemie AG et autres*, C-536/11.

150 CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09 : sur demande de la cour d'appel de Paris, sur l'interdiction de la vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ; CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia*, C-226/11, sur demande de la Cour de cassation, relative à l'application de la communication *de minimis*.

151 V. arrêt *VEBIC VZW*, C-439/08, déjà cité.

152 Sous la dir. de G. Cornu, *Vocabulaire juridique*.

153 Depuis lors, la cour d'appel de Paris a sollicité pour la première fois l'avis de la Commission européenne sur le fondement de l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 par un arrêt du 19 juin 2014 dans l'affaire dite "on-net/off-net" relative à des pratiques de différenciation tarifaire abusive mises en œuvre par SFR et Orange en métropole (décision n° 12-D-24).

154 CA Paris, pôle 5 – ch. 4, 3 avril 2013, 10/24013.

parties, de disposer des éléments du dossier de l'autorité de concurrence utiles à leur cause, en particulier pour la démonstration du préjudice et l'évaluation de son quantum.

62. Or ce n'est que très récemment qu'ont été introduites des dispositions relatives à la transmission d'éléments du dossier d'une ANC au juge saisi d'une action en réparation.

63. En France, la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer ("loi Lurel") a modifié l'article L. 462-3 du code de commerce, qui précise désormais, en son alinéa 2, que "*l'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction*".

64. L'amendement introduit par la loi Lurel permet ainsi de sécuriser la transmission de pièces par l'Autorité, notamment au regard de l'obligation de secret professionnel, tout en créant les conditions d'un dialogue utile avec le juge, en dehors du cadre, plus lourd, de la procédure pour avis. Aménageant la possibilité pour l'Autorité d'agir de sa propre initiative, ces dispositions s'inscrivent dans l'office de l'Autorité, qui consiste à agir pour la préservation de l'"ordre public économique" et dans l'intérêt de la manifestation de la vérité des faits, et non pour la défense d'un intérêt particulier.

65. Au niveau de l'UE, la directive, dans sa version de compromis adoptée le 17 avril 2014 par le Parlement européen, prévoit dans le même sens des mécanismes de transmission de pièces du dossier d'une autorité de concurrence à une juridiction saisie d'une action en réparation. Plus largement, la directive définit un régime général d'accès aux preuves pour les parties, instituant ainsi une règle commune en Europe qui permet de garantir un accès minimal sous réserve de certaines protections intangibles délimitées à l'article 6 de la directive qui visent à protéger l'effectivité de l'action "publique".

II. L'articulation entre l'action publique et l'action privée : Préserver le rôle central des autorités de concurrence dans la détection des pratiques anticoncurrentielles

66. Sans que soit remis en cause l'objectif, légitime, d'assurer l'effectivité du droit à réparation reconnu par la Cour de justice, le contentieux privé du droit de la concurrence doit néanmoins s'acclimater aux spécificités de la matière, qui tiennent en particulier au rôle central des autorités de concurrence dans la détection et l'établissement des pratiques anticoncurrentielles. Il convient en effet de retenir une approche graduée et respectueuse de l'action publique en veillant à maintenir l'attractivité des programmes de clémence et des procédures alternatives mises en place par les autorités de concurrence pour la détection et le traitement des comportements anticoncurrentiels (1.). Par ailleurs, la question spécifique de l'utilisation des éléments du dossier dans le cadre d'une action en réparation de *follow-on* peut conduire à un dialogue renforcé entre le juge et les autorités de concurrence (2.).

1. L'accès au dossier : Un accès gradué permettant de maintenir la capacité de détection des autorités de concurrence

67. Ces dernières années, il est apparu indispensable de poser des règles claires permettant de gérer les tensions pouvant exister entre, d'une part, le maintien d'une mise en œuvre efficace des règles de concurrence dans le cadre de l'action publique et, d'autre part, la nécessité d'assurer le droit à une réparation effective.

68. Si la Cour de justice, à plusieurs reprises¹⁵⁵, a eu l'occasion de poser des jalons afin de trouver un point d'équilibre entre ces deux mouvements en se prononçant sur la question de l'accès au dossier de clémence des

155 V. arrêts de la Cour de justice, *Pfleiderer*, 14 juin 2011 (C-360/09), et *Douau Chemie*, 6 juin 2013 (C-536/11).

autorités de concurrence¹⁵⁶ et en consacrant le principe selon lequel la protection des programmes de clémence concourt à l'application effective des articles 101 et 102, la nécessité s'est néanmoins fait sentir d'établir un cadre de protection adapté à certaines pièces sensibles du dossier (pour l'essentiel, les pièces auto-incriminantes fournies volontairement par les parties) pour lesquelles l'approche au cas par cas consacrée par la Cour de justice n'offrirait pas la sécurité juridique requise.

69. S'agissant en premier lieu de la clémence, il est nécessaire de garantir aux entreprises qui participent à un tel programme en dénonçant un cartel de ne pas devenir des cibles désignées pour les actions en réparation. Or, parmi les conditions d'octroi de la clémence devant l'Autorité de la concurrence, l'entreprise doit satisfaire une obligation générale de coopération qui implique de communiquer toutes les informations et tous les éléments de preuve qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée¹⁵⁷. Le risque que fait peser cette obligation de coopération sur la responsabilité civile de l'entreprise n'est pas neutre, dans l'hypothèse où ces documents viendraient ensuite à être divulgués à des tiers dans un contentieux de *follow-on*. Au-delà de la production de pièces potentiellement auto-incriminantes, le bénéficiaire d'une immunité totale est en outre exposé de manière disproportionnée par le simple fait que, de toutes les entreprises mises en cause, il sera généralement le seul à ne pas faire appel de la décision le condamnant : l'effet probatoire de la décision sur la faute civile, consacré dans la loi sur la consommation du 17 mars 2014 et dans la directive européenne, jouera donc à plein – et immédiatement – à son égard. Or, si l'Autorité rappelle dans son communiqué de procédure que l'exonération totale ou partielle des sanctions accordée ne protège pas le demandeur de clémence des conséquences civiles de son comportement, le législateur, soutenu en cela par l'Autorité, a entendu protéger le fait que les demandeurs de clémence auront l'assurance, dans le cadre des contentieux indemnitaires ultérieurs devant le juge civil, que les pièces élaborées ou recueillies au titre de la clémence ne seront pas communiquées par l'Autorité.

70. En France, le législateur est donc intervenu à deux reprises, en 2011 puis en 2012, et sur deux plans différents. La loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 a tout d'abord soustrait les "*documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision*" des voies d'accès aux documents administratifs sur le fondement de la

loi de 1978 ("loi CADA"), avec pour effet de protéger en particulier les documents de clémence des risques de divulgation qu'ils encourent, sur des fondements analogues, devant la Commission européenne sur le fondement du règlement n° 1049/2001¹⁵⁸. Comme évoqué *supra*, le législateur est ensuite intervenu en 2012 pour soustraire cette fois-ci les documents issus du dossier de clémence du champ du nouveau mécanisme de dialogue entre l'Autorité et le juge, par ailleurs introduit par la loi à l'article L. 462-3 du code de commerce. Ces interventions successives manifestent l'intention du législateur de pourvoir à la préservation de l'efficacité du programme de clémence français. L'Autorité, pour sa part, a déjà eu l'occasion par le passé de relever le risque que la divulgation des pièces du dossier de clémence pouvait faire peser sur l'efficacité du programme, considérant qu'il y a là éventuellement lieu d'opposer un "*empêchement légitime*" au sens de l'article 141 du code de procédure civile¹⁵⁹.

71. En deuxième lieu, s'agissant de la protection des documents fournis dans le cadre d'une procédure négociée, la même logique devrait prévaloir. Ce sujet est particulièrement sensible en France, où la procédure de non-contestation de griefs représente environ un tiers des décisions de sanction de l'Autorité entre 2009 et 2013 et 39 procédures au total entre 2003 et 2013, en faisant ainsi la procédure de transaction la plus éprouvée au niveau européen. La protection de ces documents évite de placer des entreprises ayant volontairement coopéré avec l'Autorité dans une situation défavorable par rapport aux autres parties du fait de leur coopération. Prévenir une telle discrimination permet de maintenir les incitations des entreprises à entrer en voie de procédures négociées. C'est pourquoi l'Autorité, dans le cadre des négociations intervenues au Conseil sur le projet de directive sur les actions en réparation, a œuvré, avec succès, pour que les pièces de la procédure de non-contestation des griefs qui revêtent un caractère auto-incriminant (v. le procès-verbal de non-contestation des griefs) bénéficient d'une protection absolue.

72. Lorsqu'elle sera adoptée, la directive sur les actions en réparation apportera sa pierre à l'édifice d'une approche graduée dans l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, à la fois en posant une grille d'analyse claire et prévisible pour le juge qui constituera le régime de droit commun de l'accès aux preuves (art. 5 de la directive) et en sanctuarisant les déclarations faites aux fins d'une demande de clémence ainsi que les propositions de transaction contre toute divulgation dans le cadre d'un contentieux privé (art. 6).

¹⁵⁶ La Cour de justice a considéré qu'en l'absence de dispositions en droit de l'UE relatives à l'accès aux informations fournies dans le cadre d'un programme de clémence, il appartenait aux juridictions nationales de déterminer, sur la base de leur droit interne, au cas par cas (excluant ainsi un refus systématique de transmission), les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé, en mettant en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de ces dernières fournies volontairement par le demandeur de clémence.

¹⁵⁷ V. le pt 21 du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français.

¹⁵⁸ V. néanmoins l'arrêt de la Cour de justice du 27 février 2014, *Commission européenne c/ EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, C-365-12, qui autorise la Commission européenne à recourir à une présomption générale pour rejeter une demande d'accès généralisé à son dossier relatif à l'application des articles 101 et/ou 102 TFUE, étant noté que le demandeur peut toujours renverser la présomption s'il démontre la nécessité d'un document individuel donné pour les besoins de son action en réparation.

¹⁵⁹ V. en particulier le rapport annuel pour 2005, p. 175.

2. La nécessité d'un dialogue renforcé avec le juge concernant la production de documents issus du dossier de l'autorité de concurrence

73. Les législateurs français et européen ont ainsi posé une nomenclature claire des pièces du dossier de l'autorité de concurrence qui peuvent – ou ne peuvent pas – être produites dans le cadre d'une action en réparation, exercice indispensable pour accompagner l'augmentation du nombre d'actions en réparation.

74. Il restait à créer un cadre qui fasse le départ nécessaire, dans la question de l'accès aux preuves, entre l'autorité de concurrence qui met en œuvre l'action "publique" de répression des pratiques anticoncurrentielles, et les parties directement concernées par le litige privé. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice, comme certains participants au débat public sur l'équilibre à trouver dans l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, avait tendance à occulter le fait que l'office d'une autorité de concurrence se limite à l'action publique : partant, toute diversion des ressources de cette autorité liée à une immixtion, contrainte, dans le contentieux privé, pouvait rejaillir négativement sur sa capacité à assurer sa mission première de défense de l'ordre public concurrentiel. Cette diversion était d'autant moins justifiée que, par hypothèse, le défendeur dispose généralement également des pièces du dossier.

75. En France, l'Autorité avait été elle-même confrontée à ce risque d'"immixtion contrainte" dans le cadre de l'affaire *Ma liste de courses*. En effet, à la suite de l'adoption de la décision 10-D-20 du 25 juin 2010 concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction, par laquelle l'Autorité avait rendu obligatoires des engagements, l'auteur de la saisine de l'Autorité avait intenté une action en réparation et sollicité du juge qu'il enjoigne à l'Autorité de lui transmettre les pièces que lui-même estimait ne pouvoir présenter.

76. Dans cette affaire, l'Autorité avait refusé de transmettre les documents en cause en soutenant que, si une demande auprès du juge civil pour qu'il enjoigne la transmission de documents est justifiée dans le cadre d'une action en réparation, la demande doit être circonscrite aux pièces qu'il n'a pas déjà à sa disposition. Or il est présumé que le demandeur détient déjà les pièces en cause lorsqu'il a été partie à la procédure devant l'Autorité. Dans cette dernière hypothèse, le plaignant peut donc verser lui-même les pièces sous réserve de démontrer la nécessité de leur production une par une pour l'exercice de ses droits de la défense, conformément à la jurisprudence *Semavem*¹⁶⁰. Cette seule circonstance suffit à caractériser un "empêchement légitime". La solution défendue par l'Autorité est celle qui a été en définitive retenue par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 20 novembre 2013.

160 Cass., com., 19 janvier 2010, *Semavem e.a./JVC France* (pourvoi n° 08-19761).

77. De manière générale, l'office d'une autorité de concurrence comme ses ressources, limitées, sont incompatibles avec des mesures visant à l'attirer systématiquement dans des litiges privés. C'est pourquoi l'Autorité s'est faite l'avocate d'un mécanisme qui garantit que les parties – demandeur comme défendeur –, directement intéressées par le litige, soient celles sollicitées en priorité par le juge pour la production de pièces. Ici encore, la directive sur les actions en réparation répond aux souhaits de l'Autorité en prévoyant que la demande de production de pièces adressée par le juge à une autorité de concurrence ne puisse intervenir que lorsqu'une partie ou un tiers n'est pas déjà en mesure de fournir les pièces demandées.

78. Enfin, la spécificité du statut de l'autorité de concurrence dans le contentieux de la production des éléments de preuve est reconnue à travers la possibilité ouverte aux ANC, dans le texte de la directive, de soumettre des observations, lorsqu'elles le souhaitent et de leur propre initiative, sur le caractère proportionné d'une divulgation de certains éléments du dossier au regard de l'atteinte que celle-ci risque de porter à l'efficacité de l'action publique.

III. Conclusion

79. Pour l'avenir, la directive esquisse des pistes qui méritent d'être explorées, notamment au moment où sa transposition en droit national sera engagée.

80. Ainsi, si les autorités de concurrence se voient doter de multiples moyens de contribuer, par des outils flexibles, à une résolution d'un litige privé conforme au droit et compatible avec leurs propres pratiques décisionnelles, l'effectivité de ces instruments est conditionnée par la connaissance qu'ont les ANC de l'existence d'instances mettant en jeu le droit de la concurrence.

81. La directive inscrit dans un de ses considérants une option, celle d'un mécanisme d'information des ANC, à tout le moins en présence d'une demande de production de pièces impliquant une personne également partie à une procédure devant l'ANC portant sur les mêmes faits. Il s'agit là d'un moyen d'assurer un dialogue efficace et le plus en amont possible avec le juge, en vue de la transmission d'éléments pertinents, voire pour préparer le terrain à une intervention en tant qu'*amicus*.

82. La question des échanges d'informations n'est cependant qu'un des pans de l'interaction entre action publique et action privée, d'autres sujets importants sur ce thème devant aussi être gardés à l'esprit, notamment la question de l'aménagement de la responsabilité solidaire des participants à une infraction s'agissant des demandeurs de clémence, qui est traitée par la directive.

83. Je m'en tiendrai aujourd'hui au constat que le nouvel équilibre qui se dessine entre ces deux types d'actions doit être salué en ce qu'il respecte les particularismes propres aux systèmes existant au sein de l'UE tout en renforçant l'incitation des victimes de pratiques anticoncurrentielles à rechercher une indemnisation pour le préjudice qu'elles ont subi. ■

L'accès au dossier des victimes de pratiques anti-concurrentielles : Le point de vue des entreprises et de leurs représentants

Louis Vogel

louis.vogel@vogel-vogel.com

Avocat fondateur, Cabinet Vogel&Vogel,
Professeur de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Les actions en dommages et intérêts poursuivent un double objectif : indemniser les victimes des préjudices subis à la suite d'un comportement anticoncurrentiel et garantir la pleine efficacité des dispositions du droit de la concurrence en dissuadant les entreprises d'adopter des comportements anticoncurrentiels¹⁶¹. Toutefois, en Europe, les pratiques anticoncurrentielles sont sanctionnées principalement par l'action publique exercée par les autorités de concurrence, qui s'appuie de plus en plus aujourd'hui sur la mise en œuvre de programmes de clémence.

2. Dans le contexte actuel de la montée en puissance des actions civiles et du passage du *public enforcement* au *private enforcement*, la question de l'accès aux preuves dans les actions civiles de concurrence est devenue cruciale. Si l'on souhaite favoriser l'action publique, il faut encourager les dénonciations et ne pas faciliter l'accès des victimes aux preuves produites dans l'action de concurrence ; si l'on veut au contraire promouvoir l'action civile, il faut permettre aux victimes d'accéder le plus largement au dossier de concurrence. En fonction de ces objectifs, les entreprises se divisent selon la place qu'elles occupent dans la procédure : les demandeurs de clémence ne veulent pas que les pièces du dossier de concurrence soient mises à la disposition des victimes, et leurs avocats mettent tout en œuvre pour empêcher l'accès au dossier de concurrence et tout particulièrement au dossier de clémence ; en revanche, les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles désirent le plus grand accès possible au dossier de concurrence et au dossier de clémence afin d'être en mesure de prouver l'existence des pratiques et d'obtenir réparation de leur préjudice.

3. Dans un système juridictionnel classique, un système à la Ihering, d'"intérêts juridiquement protégés", les droits sont mis en œuvre par les victimes, qui doivent être en mesure de les exercer. Avant de proposer des solutions, il faut examiner non seulement la situation dans les différents systèmes en présence, mais aussi la façon dont elle est ressentie par les entreprises. La question de l'accès au dossier ne reçoit pas aujourd'hui de réponse

univoque, mais celle-ci diffère selon le système juridique auquel appartient le droit concerné (I.). Du point de vue des entreprises, en Europe, le traitement de l'accès au dossier n'est pas satisfaisant, car elles sont aujourd'hui confrontées à une grande insécurité juridique (II.). Pour rechercher de nouvelles solutions, il faut reconstruire le système européen en prenant en considération tous les intérêts en présence (III.).

I. L'opposition des systèmes juridiques

4. Actuellement, deux systèmes juridiques d'application des règles de concurrence s'opposent : le premier privilégie le *private enforcement* ; le second met davantage l'accent sur le *public enforcement*.

5. Dans le premier système, le principe de la réparation du dommage concurrentiel prévaut : les victimes agissent comme des procureurs privés ; la sanction publique est accessoire. Ce système est illustré notamment par le droit américain, où seules les pratiques anticoncurrentielles les plus graves font l'objet d'une poursuite pénale par le Department of Justice, mais où le droit de la concurrence est surtout mis en œuvre par l'intermédiaire d'actions civiles, beaucoup plus efficaces et plus dissuasives qu'en Europe, grâce notamment à l'action de groupe (*class action*) et à la possibilité d'accorder des dommages et intérêts punitifs à la victime d'une pratique anticoncurrentielle (*treble damages*). Les statistiques¹⁶² sont éloquentes : entre 1975 et 2010, les actions privées représentent entre 83 à 96 % des affaires antitrust ; les sommes recouvrées par le jeu des actions privées sont trois fois plus élevées que les montants confisqués grâce aux amendes pénales.

6. Dans le second système, la sanction publique est privilégiée. Les sanctions administratives sont prononcées par l'autorité de concurrence. Les actions civiles ne sont introduites que par défaut lorsque l'action publique n'est pas assez efficace. L'autorité publique n'a pas compétence

161 V. L. Vogel (sous la dir.), *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, Éditions Panthéon-Assas, 2013.

162 R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, 2014.

pour indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles qui doivent, pour obtenir réparation, saisir les juridictions de l'ordre interne. En France, seulement une décision sur deux donne droit à une indemnisation au profit des victimes et le montant des dommages-intérêts accordés ne représente que 6 % des demandes en justice¹⁶³. Ce système domine en Europe. Son efficacité a été récemment renforcée grâce à la mise en place de programmes de clémence qui encouragent la dénonciation des pratiques anticoncurrentielles. Pour préserver le plein effet de ces programmes, la Commission européenne, lorsqu'une procédure de clémence est mise en œuvre, refuse de communiquer les documents présentés par les bénéficiaires de l'immunité, en se fondant notamment sur l'article 339 TFUE relatif à la protection du secret professionnel.

7. Mais l'Europe a pris conscience des limites du *public enforcement* et cherche aujourd'hui à faciliter les actions civiles sans pour autant sacrifier l'action publique. La proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts du 11 juin 2013¹⁶⁴, si elle entend faciliter la réparation des dommages concurrentiels par les victimes, considère néanmoins que seule la mise en œuvre efficace des règles de concurrence par une autorité publique permettra par la suite aux victimes de demander et d'obtenir réparation.

II. L'insatisfaction des entreprises européennes face à la situation actuelle

8. En l'état actuel du droit, le traitement de l'accès au dossier par la victime n'est pas satisfaisant.

9. Dans sa proposition de directive, la Commission préconise un large accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux documents de la procédure, mais écarte expressément ceux communiqués par un demandeur de clémence ou le bénéficiaire d'une transaction.

10. Le droit français adopte la même logique. L'article L. 462-3 du code de commerce permet à l'Autorité de la concurrence de transmettre à toute juridiction judiciaire saisie d'une action en réparation les éléments qu'elle détient en matière de pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, le législateur a exclu du champ de cette transmission les documents élaborés ou recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence et les pièces déjà à la disposition des parties à l'instance.

163 Analyse menée sur la base des décisions de la base de données LawLex.

164 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final de la Commission européenne du 11 juin 2013.

11. La position de la Cour de justice est différente. Le juge européen paraît rejeter toute approche catégorique de la question de l'accès au dossier en demandant aux juridictions nationales de procéder à une mise en balance des intérêts protégés par le droit de l'Union : effectivité de la réparation d'une part, efficacité des programmes de clémence de l'autre¹⁶⁵. En application de ces principes, la Cour de justice considère qu'une législation nationale ne saurait subordonner l'accès au dossier de tiers au consentement de l'ensemble des parties à la procédure¹⁶⁶.

12. Les entreprises européennes ne disposent pas aujourd'hui d'une vision claire de leurs droits : les demandeurs de clémence ne savent pas si les victimes pourront ou non avoir accès au dossier ; à l'inverse, les victimes rencontrent souvent des difficultés dans la mise en œuvre de l'action privée faute d'éléments de preuve mis à leur disposition.

13. Cette insécurité juridique résulte notamment de l'opposition entre la position de la Commission et du droit français et celle du juge européen. Le juge européen semble préconiser une règle de raison qui conduit elle-même à un résultat incertain. De plus, les positions des autorités de concurrence des États membres sont différentes, l'application du principe d'autonomie procédurale pouvant théoriquement conduire à au moins vingt-huit régimes nationaux différents. À titre d'exemple, le juge anglais se montre beaucoup plus enclin à ouvrir l'accès au dossier à la victime, ce qui incite certaines entreprises à tenter leurs actions au Royaume-Uni pour obtenir réparation de leur dommage concurrentiel. Ces divergences européennes s'expliquent notamment par la place du pouvoir judiciaire : dans les pays où le juge joue un rôle déterminant, le système juridique se montre généralement plus favorable aux intérêts de la victime.

14. L'Europe se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins. À côté d'un mécanisme de sanction du droit de la concurrence traditionnellement fondé sur l'action publique, un système d'action privée se met progressivement en place, de sorte que les solutions deviennent incertaines. Sans abandonner l'action publique, les législateurs consacrent progressivement l'action privée, tout en hésitant à la rendre véritablement efficace, précisément pour conserver toute son efficacité à l'action publique.

15. En outre, la réforme ne se réalise pas par substitution, mais par adjonction. Le développement actuel des sanctions civiles en Europe risque d'accroître considérablement la sanction que les entreprises supportent, voire d'aboutir à une double sanction (publique et privée). Jusqu'à présent en Europe, des sanctions administratives élevées coexistaient avec des sanctions civiles faibles et rares, voire inexistantes (toutes choses égales par ailleurs, la situation est inverse aux

165 CJUE, 14 juin 2011, C-360/09, *Pfleiderer*.

166 CJUE, 6 juin 2013, C-536/11, *Donau Chemie*.

États-Unis). Cette solution, cohérente, est aujourd'hui remise en cause. Les demandes civiles d'indemnisation après condamnation par les autorités de concurrence sont de plus en plus nombreuses et les dommages-intérêts de plus en plus élevés, alors que, parallèlement, les amendes voient leur montant augmenter.

III. La recherche de nouvelles solutions

16. Pour proposer des solutions nouvelles, il faut partir de la situation réelle. Avant de parvenir à une catégorisation efficace (à la manière continentale) qui permettrait d'assurer la sécurité juridique, il faut mettre en balance tous les intérêts en présence (comme le préconise la *common law*).

17. Différentes pistes de réflexion s'offrent alors à nous : limiter les dommages et intérêts en fonction de la sanction administrative, ou la sanction administrative en fonction des dommages et intérêts accordés ; définir un ensemble de cas dans lesquels l'accès au dossier devrait être facilité, par exemple lorsque la procédure de concurrence ne fait pas suite à une demande de clémence ou encore lorsque la demande de clémence est rejetée ; distinguer entre le premier demandeur de clémence qui bénéficie d'une immunité absolue, et les autres, lorsque la clémence est accordée...

18. L'exemple américain est intéressant à cet égard. Les entreprises américaines qui collaborent à un programme de clémence voient leur responsabilité civile limitée, mais sont obligées de publier les informations qu'elles ont communiquées dans le cadre du programme de clémence, sous peine de ne pouvoir bénéficier de cette limitation de responsabilité. Toutefois, cette pratique n'est pas compatible avec les systèmes de responsabilité civile en vigueur en Europe. Les États membres n'accordent pas tous des dommages et intérêts punitifs, et la limitation de la responsabilité civile entraverait le principe de la réparation intégrale du dommage réellement subi.

19. Une solution intermédiaire pourrait consister à obliger les autorités publiques à divulguer dans leurs décisions les informations essentielles du dossier de concurrence, qui sont nécessaires à la victime de la pratique anticoncurrentielle pour obtenir une indemnisation de son dommage. Il pourrait s'agir notamment du nom des entreprises concernées, des marchés et périodes en cause et des surcoûts que lesdites pratiques ont occasionnés. Un "dossier dommages-intérêts" serait ainsi constitué, soit automatiquement, soit sur demande de la victime.

20. Il existe en définitive tout un éventail de mesures envisageables pour rééquilibrer le système en faveur des victimes, car c'est dans le sens d'un tel rééquilibrage qu'il faut aller si nous voulons mieux répondre à la demande sociale et adapter nos systèmes juridiques aux réalités nouvelles auxquelles ils sont confrontés. ■

aux preuves compatible avec l'effectivité de la poursuite publique (v. chap. II du projet de directive). La recherche de la juste mesure est exprimée par la préoccupation de ne pas tuer les entreprises par une surcompensation des dommages et intérêts (v. douzième considérant du projet de directive) et la demande d'un réexamen de la directive quatre ans après l'expiration du délai de transposition de celle-ci (v. art. 20 du projet).

2. Les orateurs font bénéficier l'assistance de leur expertise en analysant certaines de ces interactions du point de vue des autorités nationales, du législateur de l'Union et des requérants dans des actions en dommages et intérêts.

3. Les exposés montrent que les interactions résultent non seulement de règles, actuelles ou futures, mais également des mécanismes d'information et, plus particulièrement, des contacts entre les acteurs de l'application du droit de la concurrence.

4. L'application du droit de la concurrence est en progression constante, ce qui aura pour effet un accroissement et une densification des interactions. L'évolution des règles nationales créera également de nouvelles interactions (v., p. ex., la possibilité en droit allemand de priver les participants à un cartel du profit réalisé : J. Kühnen, Düsseldorf, Mehrerlös und Vorteilsabschöpfung nach der 7. GWB-Novelle, *WuW* vom 14.01.2010, Heft 01, Seite 16-29). En d'autres termes, malgré l'expertise remarquable partagée par les orateurs, une seule table ronde ne permettra pas d'épuiser le sujet. ■

Mise en œuvre uniforme du droit de l'Union et articulation *public/private enforcement*

Laurence Idot*

laurence.idot@sfr.fr

Membre, Autorité de la concurrence, France

Professeur de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. En guise d'introduction, permettez-moi de commencer par quelques observations générales. L'adoption prochaine de la directive sur les actions en réparation¹⁶⁷ est certainement bienvenue, mais ce n'est qu'un premier pas, car le texte est loin de régler tous les problèmes qui se posent dans le contentieux privé¹⁶⁸. La Commission continue à avoir une vision assez limitée des actions devant le juge de droit commun, lequel est souvent le juge civil

ou commercial, mais peut également être, en France, le juge administratif. Elle ignore le contentieux contractuel, qui est pourtant très important, et, s'agissant des actions en réparation, raisonne surtout par rapport aux cartels, ce qui est une vision très réductrice. Les statistiques récemment publiées pour le dixième anniversaire du règlement n° 1/2003 montrent que les décisions portant sur d'autres formes de pratiques anticoncurrentielles sont au moins si ce n'est plus nombreuses¹⁶⁹. Dans les affaires d'abus de position dominante, les actions en réparation sont au demeurant fréquentes. Tel est le cas, semble-t-il, en France. Cela étant, le mouvement est lancé et il faut s'en féliciter.

* Le style oral de l'intervention a été conservé. L'auteur s'exprime à titre personnel.

147 Le texte de la proposition de la Commission du 11 juin 2013 (COM (2013) 404) a fait l'objet d'un accord politique en mars 2014 et a été définitivement adopté par le Parlement européen le 17 avril 2014 (IP/14/455, 17 avril 2014), mais la version définitive du texte n'est pas encore publiée au *Journal officiel*. D. Calisti, Quelles propositions de l'Union européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? *Concurrences* n° 3-2014, p. 27, sp. n° 36. On parlera néanmoins de la "directive".

168 V., pour une étude très complète dans le contexte français, R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Concurrences*, 2014.

169 Comm. eur., communication au Parlement européen et au Conseil, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, COM (2014) 453, 9 juillet 2014 ; document de travail accompagnant la communication, SWD(2014) 230/2.

2. Dans ce contexte de développement du *private enforcement*, il nous est demandé de réfléchir sur les instruments qui permettent une mise en œuvre uniforme des articles 101 et 102 TFUE. Les brefs propos qui vont suivre porteront respectivement sur les dispositions existantes (I.) et sur les questions non abordées dans le projet de directive qui risquent, de notre point de vue, de soulever à très court terme des difficultés (II.).

I. Les mécanismes existants

3. Si l'on se limite au thème de l'articulation *public private enforcement*, choisi pour cette table ronde, force est de constater que les problèmes ne se posent pas exactement de la même manière suivant que l'on est en présence d'actions consécutives, hypothèse de loin privilégiée par la Commission et qui correspond effectivement aux cas de cartels, ou d'actions autonomes ou parallèles. Certaines dispositions présentent un intérêt dans tous les cas, mais d'autres n'ont de sens que par rapport aux actions consécutives. Les premières ont été prévues dans le règlement n° 1/2003 et l'on dispose d'un recul sur leur application (1.), alors que les secondes figurent dans la directive (2.).

1. Les mécanismes du règlement no 1/2003

4. Dans le règlement n° 1/2003, deux articles sont censés garantir une application uniforme des articles 101 et 102 TFUE par le juge de droit commun : les articles 15 et 16.1. Ce dernier, qui ne fait que transcrire la jurisprudence *Masterfoods*¹⁷⁰ en demandant au juge national de ne pas aller à l'encontre d'une décision antérieure de la Commission, n'a pas, semble-t-il, soulevé de difficultés particulières, du moins en France. À notre connaissance, il n'y a été fait référence que dans un arrêt de la cour d'appel de Paris¹⁷¹, rendu sur renvoi après cassation¹⁷², portant sur une action en réparation consécutive à la décision de la Commission dans l'affaire *JCB*¹⁷³, soit dans une affaire d'entente verticale...

L'article 15 du règlement constitue le dispositif essentiel. Or, l'on peut s'interroger sur l'adéquation des mécanismes aux problèmes rencontrés et sur les lacunes du système.

170 CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-344/98.

171 CA Paris, 26 juin 2013, *JCB Sales*, n° 12/04441.

172 Cass. com., 15 novembre 2011 (pourvoi n° V 10- 21.701).

173 Comm. eur., déc. 21 décembre 2000, aff. 35.918, JOCE, 2002, n°L 69 ; sur recours, TPICE, 13 janvier 2004, aff. T-67/01, et CJCE, 21 septembre 2006, aff. C-167/04 P.

1.1. L'adéquation du système

5. Le bilan que l'on peut en dresser est, en effet, mitigé¹⁷⁴. Dans son rapport sur les dix ans du règlement¹⁷⁵, la Commission fait état de vingt-six demandes d'avis sur le fondement de l'article 15, § 1¹⁷⁶, et de treize interventions en tant qu'*amicus curiae* sur le fondement de l'article 15, § 3¹⁷⁷. Indépendamment du très faible nombre au regard du contentieux, surtout si l'on tient compte que le même problème a pu donner lieu à plusieurs interventions¹⁷⁸, il est intéressant de relever que les textes sont parfois sollicités dans des contextes différents de ceux pour lesquels ils ont été conçus.

Première observation : ils ne sont pas toujours utilisés par ou au profit du juge de droit commun, mais par ou au profit des cours de contrôle. Cela est très net en France. La seule demande d'avis à ce jour vient d'être faite par la cour d'appel de Paris, statuant sur recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence, dans une affaire de différenciation tarifaire dans le secteur des télécoms¹⁷⁹. Plus intéressant encore, en dehors de la première intervention de la Commission dans l'affaire *Garage Gremeau*¹⁸⁰, soit un contentieux sur le non-renouvellement d'un contrat de distribution automobile, les autres *amici curiae* sont intervenus lors de recours contre des décisions de l'Autorité de la concurrence. Tel était le cas notamment dans les affaires *Pierre Fabre*¹⁸¹ et *Orange Caraïbes*¹⁸². En d'autres termes, l'article 15, § 3, a permis à la Commission d'intervenir au soutien de la position adoptée par une ANC¹⁸³ pour défendre une position déjà débattue au sein du REC.

Deuxième observation : l'objet de l'intervention dépasse parfois les questions d'interprétation du droit de l'Union. Si on laisse de côté la dernière demande émanant de la cour

174 Pour des études plus complètes, v. L. Idot, La coopération entre la Commission et les juges nationaux en droit de la concurrence, *Rev. aff. eur.* 2009/2010, n° 1, pp. 59-72 ; E. Claudel, La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française, *Concurrences* n° 4-2012, pp. 38-55.

175 Comm. eur., communication au Parlement européen et au Conseil, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, COM (2014) 453, 9 juillet 2014, précité, note 3, pt 22.

176 V. la liste : http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html. Il faut ajouter trois affaires en 2014 ; deux déjà mentionnées sur le portail de la DG comp. et une demande émanant de la CA Paris, 19 juin 2014, *France Telecom*.

177 V. le détail des affaires : http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html

178 Citons par exemple les demandes d'avis des juges espagnols sur le régime applicable aux stations-services au titre du § 1 (onze demandes autour de l'affaire *Repsol*), ou encore les deux interventions de la Commission sur la question de la déductibilité des amendes.

179 CA Paris, 19 juin 2014, France Télécom examinant le recours contre la décision 12-D-24 (v. A. Ronzano, *Lettre creda-concurrence*, 2014/67).

180 Observations du 2 novembre 2006 suivies par CA Paris, 7 juin 2007.

181 Observations du 11 juin 2009 suivies par CA Paris, 26 octobre 2009.

182 Observations du 13 octobre 2010, suivies par Cass. com., 31 janvier 2012.

183 V. égal. les affaires autrichienne sur le transport du fret (2011), slovaque (2010), irlandaise (affaire dite "du bœuf", 2010).

d'appel de Paris qui semble renvoyer à la Commission le travail qui lui incombe, ces textes ont parfois été sollicités pour trancher des questions d'accès aux preuves, et plus particulièrement au dossier de la Commission¹⁸⁴. Il n'est nullement certain que cela ait été l'objectif envisagé en 2003...

6. Compte tenu du caractère particulièrement souple de ces procédures, des problèmes procéduraux risquent de surgir. Cela étant, il n'est pas certain que le développement des contraintes procédurales soit une bonne solution. L'expérience française de la demande d'avis de l'article L. 462-3 C. com., où la procédure est très encadrée, montre que les juges sont réticents à s'engager dans une telle voie qui retarde de manière sensible les procédures en cours. De plus, l'autorité française a été plus sollicitée par le juge pénal, voire administratif, que par le juge civil ou commercial saisi du litige¹⁸⁵. L'extension du mécanisme opérée en 2004 aux demandes portant sur les articles 101 et 102 TFUE¹⁸⁶ ne semble pas avoir été suivie d'effet. De manière générale, les opérateurs souhaiteraient une procédure plus souple¹⁸⁷.

1.2. Les lacunes du système

7. Quoi qu'il en soit, pour qu'un tel mécanisme soit utilisé, encore faut-il qu'il existe des mécanismes d'information réciproque des autorités de concurrence et des juges de droit commun. La Commission avait bien anticipé la difficulté puisque l'article 15, § 2, prévoit précisément la transmission des jugements et arrêts. Force est de constater que cela ne fonctionne pas. Le nombre d'affaires dont la Commission est informée *via* ce dispositif est très faible par rapport à la réalité¹⁸⁸. Là encore, ce sont souvent les cours de contrôle qui informent la Commission et non les juridictions de droit commun saisies dans le cadre du *private enforcement*.

On peut se demander s'il n'aurait pas été utile de prévoir un autre mécanisme dans la directive, par exemple, l'obligation pour le juge, dans les actions consécutives, de tenir informée l'autorité ayant rendu la décision. Mais l'on quitte alors le règlement pour aborder celui de la directive.

184 L'article 15, § 1, a été sollicité au Royaume-Uni dans l'affaire *National Grid*, et le contentieux autour de l'accès à des pièces confidentielles a donné lieu à une intervention de la Commission en application du § 3 (observations du 3 nov. 2011). V. égal. la demande d'accès dans l'affaire *Morrison* du 5 mai 2014.

185 V. toutefois, avis 12-A-15, et CA Paris, 6 mars 2013, sur une clause de non-réaffiliation. Le précédent avis (07-A-08) avait été demandé par le Conseil d'État, saisi de recours contre les textes fixant le prix de vente du gaz naturel (v. à la suite de l'avis, CE, 10 déc. 2007).

186 Modification réalisée par l'ordonnance d'adaptation du droit français du 4 novembre 2004.

187 V. E. Claudel, La proposition de Directive du 11 juin 2013. Incidence sur les relations entre action publique et action privée, rencontre Autorité de la concurrence/AFEC, 11 janvier 2014, *slides* disponibles : www.afec.asso.

188 V. les informations transmises : <http://ec.europa.eu/competition/ejojade/antitrust/nationalcourts>.

2. Les dispositions de la directive

8. Toute la directive est conçue pour privilégier les actions consécutives¹⁸⁹, ce qui rend d'autant plus nécessaire l'articulation entre le *public* et le *private enforcement*. L'on ne reviendra pas sur les dispositions relatives à l'accès et l'utilisation des preuves, que nous avons déjà eu l'occasion de commenter¹⁹⁰, pour nous concentrer sur l'une des dispositions phares, l'article 9 sur les effets reconnus aux décisions antérieures des ANC, et plus particulièrement sur l'article 9, § 2, sur les effets des décisions d'ANC "étrangères", le § 1 sur les effets des décisions nationales ayant été moins débattu devant le Parlement européen, malgré les réticences de magistrats dans certains États membres. Ce texte appelle deux séries d'observations.

9. En premier lieu, le fait de voir dans une décision d'une autorité étrangère un élément de preuve n'a rien d'exceptionnel. Ce mécanisme est depuis longtemps connu en droit international privé pour faire produire des effets à un jugement étranger, indépendamment des mécanismes de reconnaissance et d'exequatur¹⁹¹. Par ailleurs, il ne faut pas se méprendre sur la portée de la solution. Cet "effet de preuve" est limité à la partie opératoire de la décision.

Au surplus, rien n'interdit aux États membres d'aller plus loin dans le texte de transposition et de reconnaître un effet de chose décidée aux décisions des ANC, comme l'a fait l'Allemagne lors de la réforme de 2005. Dans cette perspective, en France, le nouvel article L. 423-17 du code de la consommation tel qu'introduit par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 sur la consommation¹⁹² mérite d'être signalé. L'action de groupe est désormais ouverte aux associations de consommateurs agréées en droit de la concurrence, mais uniquement dans le cas d'actions consécutives. Dans ce cadre, le texte fait référence tant aux articles L. 420-1 et s. C. com. qu'aux articles 101 et 102 TFUE et vise toutes les décisions prononcées "*par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes*". Les manquements du professionnel sont alors réputés établis de manière irréfragable. Le droit français donne par ce biais un effet de chose décidée aux décisions des autres ANC membres du Réseau et aux cours de contrôle. Il sera difficile de ne pas étendre cette solution dans le texte de transposition de la directive.

189 V. not., L. Idot, Les limites du modèle américain en droit de la concurrence : l'exemple du *private enforcement*, in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, Lextenso, 2014.

190 L'accès au dossier des autorités de concurrence dans les actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer*, en coll. avec F. Zivy, *Concurrences* n° 3-2013, pp. 64-83.

191 V. not., P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 11^e éd., n° 470.

192 *JORF* n° 65 du 18 mars 2014, p. 5400.

10. En deuxième lieu, le véritable problème se situe, semble-t-il, en amont. Tout repose, en effet, sur la motivation de la décision.

Sur cette question essentielle dès lors que l'on débat de l'effet de chose décidée¹⁹³, force est de constater que les pratiques sont très différentes entre les différentes ANC membres de l'Union. Aucune étude sérieuse n'a été faite sur ce point. De plus, même au sein d'une même ANC, les pratiques peuvent être évolutives dans le temps. Ainsi en France, où l'exigence de motivation a toujours été requise, les méthodes ont sensiblement évolué. La motivation des décisions rendues ces dix dernières années est beaucoup plus développée que celle des premières décisions du Conseil de la concurrence.

Par ailleurs, même si l'exigence de motivation est requise et contrôlée de manière plus étroite par les cours de contrôle, des pratiques peuvent remettre en cause l'utilité des décisions rendues. Tel est le cas, tout d'abord, de l'occultation des passages confidentiels, qui est de plus en plus fréquente, ce qui est d'ores et déjà à l'origine de contentieux, comme l'ont illustré les affaires *National Grid*¹⁹⁴ au Royaume-Uni ou *Pilkington*¹⁹⁵ devant le juge de l'Union. Le développement des procédures de transaction, dont la Commission se félicite par ailleurs, pourrait bien soulever des problèmes dans le cadre des actions en réparation, car l'un des avantages procéduraux réside dans l'adoption d'une "décision allégée", contenant par conséquent beaucoup moins d'informations utiles pour le demandeur à l'action en réparation.

II. Les questions oubliées...

11. Qu'il soit impossible de traiter toutes les questions, tant de fond que de procédure, relatives à l'action en réparation dans le projet de directive ne fait pas de doute. L'ordre juridique de l'Union n'a pas vocation à être complet et les droits nationaux sont là pour combler les lacunes. Néanmoins, au moins deux questions, d'une grande importance pratique, auraient mérité, nous semble-t-il, d'être abordées : l'identification des responsables (1.), d'une part, le lien de causalité, d'autre part (2.).

193 En droit international privé, la question de savoir si l'on pouvait reconnaître ou accorder la force exécutoire à des jugements étrangers ou à des sentences arbitrales dépourvues de motivation a été posée. V., sur la jurisprudence française qui considère qu'il s'agit d'un manquement procédural grave, P. Mayer et V. Heuzé, préc., spéc. n° 477, et la jurisprudence mentionnée note 196. Sur la motivation des sentences arbitrales, v. rapport annuel de la Cour de cassation, 2013, étude, chap. 3.

194 V., sur cette affaire, L'accès au dossier des autorités de concurrence dans les actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer*, préc.

195 Trib. UE (ord.), 11 mars 2013, aff. T-462/12 R, *Europe*, 2013, comm. 218 ; CJUE (ord.), 10 septembre 2013, aff. C-278/13 R, *Europe*, 2013, comm. 471.

1. L'identification du responsable

12. Il n'est pas besoin d'insister sur le fait que cette question est centrale dans toutes les affaires. L'abondance du contentieux devant la Cour de justice en témoigne. L'utilisation de la notion d'entreprise permet d'attirer dans une affaire les filiales qui sont souvent les auteurs matériels de l'infraction ainsi que les sociétés mères, voire les holdings intermédiaires. Par ailleurs, le recours à cette notion d'entreprise permet également de traiter la question toujours délicate des responsabilités en cas de restructuration de l'entreprise en cours d'infraction ou de procédure¹⁹⁶. Sur ce sujet fondamental sur le plan pratique, dans le cadre du *public enforcement*, les ANC adoptent des solutions variées : certaines, comme l'autorité française, reprennent la jurisprudence européenne, d'autres, comme l'autorité allemande, s'y refusent. Cela n'est certainement pas satisfaisant. La Commission en a pris conscience et le sujet pourrait être traité à l'avenir au sein du REC¹⁹⁷. Toutefois, la question reste entière pour le *private enforcement*¹⁹⁸ et deux constats peuvent à cet égard être opérés.

13. Premier constat : la notion d'entreprise est totalement étrangère au droit civil, qui ne connaît que les personnes, personnes physiques ou personnes morales. Seule une personne morale est titulaire de droits et d'obligations. Cette absence de coïncidence entre la notion d'entreprise utilisée en droit de la concurrence et la notion de personne morale utilisée en droit civil peut conduire à des échecs sur le plan procédural si elle n'est pas anticipée.

Une illustration a été donnée en France par l'action en réparation intentée contre le groupe JCB, composé de plusieurs sociétés. La cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 1^{er} avril 2010, avait admis la responsabilité du groupe. L'arrêt a été sèchement cassé par la Cour de cassation en novembre 2011¹⁹⁹. En droit civil, un "groupe de sociétés" ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation. Doivent être attirées devant la juridiction civile toutes les sociétés membres du groupe que l'on veut voir condamner *in solidum*.

14. Deuxième constat : les difficultés peuvent être accentuées dans certains cas de figure. Nous donnerons deux exemples pour lesquels les solutions sont loin de s'imposer en droit de la responsabilité.

196 La responsabilité pénale des personnes morales. Les leçons du droit européen de la concurrence, *Concurrences* n° 1-2012, pp. 55-72, et version mise à jour au 20 décembre 2012, in *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), Sté Lég. Comp., collection UMR de droit comparé de Paris, vol. 30, 2013, pp. 165-206.

197 V. comm. sur les dix ans du Réseau, préc.

198 V. égal. M. Chagny, Imputability Issues in the Collection of Damages: Joint Liability, Parent-Subsidiary Relationships, etc., GCLC, nov. 2013, à paraître.

199 Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-21701.

Première hypothèse : l'action est engagée contre la seule société mère, alors que cette dernière n'a pas pris part personnellement à l'infraction, sa responsabilité n'ayant été retenue qu'en sa qualité de société mère. Que l'on puisse retenir une faute à son encontre n'est pas certain. La difficulté est accentuée si, comme cela arrive, compte tenu de la liberté reconnue à la Commission quant à l'attraction du groupe, la société mère n'est même pas mentionnée dans la décision.

Deuxième hypothèse inverse : l'action est intentée contre une filiale du groupe qui n'est pas mentionnée comme destinataire dans la décision de l'autorité. Cette attraction d'une filiale, extérieure à la pratique commise par une autre filiale, s'explique pour justifier la compétence internationale du juge saisi, la filiale présente sur le territoire jouant le rôle d'*anchor defendant*. L'hypothèse n'est pas d'école, comme le montrent les contentieux qui se déroulent actuellement devant les juridictions britanniques²⁰⁰. Là encore, à supposer la compétence internationale du juge admise, se pose le problème de savoir si l'on peut déclarer responsable une société qui n'a jamais participé à la pratique anticoncurrentielle.

15. En d'autres termes, il y a une différence d'approche fondamentale entre le droit civil et la procédure civile et le droit de la concurrence. Certes, l'on peut les réconcilier, mais à la double condition que l'autorité de concurrence mentionne précisément dans la décision toutes les personnes morales qu'elle estime responsable, en tant que coauteur ou "garant" de l'infraction, et que, de son côté, le demandeur à l'action en réparation attraise toutes les personnes morales. Cela étant, il aurait été pour le moins utile que des précisions soient apportées sur ce point, ne serait-ce que dans la liste des définitions donnée dans la directive.

2. L'appréciation du lien de causalité

16. L'appréciation du lien de causalité est une autre difficulté qui aurait sans doute mérité des précisions supplémentaires. L'on ne peut dire qu'elle ait été ignorée puisque le texte contient des développements détaillés, qui ont été par ailleurs longuement débattus, sur la question de la répercussion du surcoût²⁰¹. Toutefois, à l'origine, le débat a été en quelque sorte biaisé par le fait que l'on est parti de la jurisprudence américaine, où le problème se pose en termes de reconnaissance du droit d'action. Cela transparaît encore dès l'intitulé de l'article 12, qui parle de droit à réparation.

Encore faudra-t-il voir comment ces dispositions seront appliquées par les juridictions. Le précédent dont on dispose avec l'affaire *Doux*²⁰² en France semble montrer une certaine réticence²⁰³. Bien que la version presque définitive de la directive ait été connue au moment où la cour d'appel a rendu son arrêt²⁰⁴, les juges ont suivi la position de la Cour de cassation, qui n'est plus celle du texte.

17. De plus, la directive n'était même pas encore adoptée que l'affaire *Kone*²⁰⁵ a illustré l'existence d'autres difficultés. Dans le versant autrichien de l'affaire du cartel des ascenseurs, une entreprise, qui n'avait pas contracté avec les cartellistes, mais avec des entreprises étrangères à l'entente, a demandé réparation aux entreprises auteurs des pratiques. La particularité de l'affaire venait du fait que le préjudice invoqué résultait du prix plus élevé pratiqué par les entreprises tierces, ces dernières profitant de l'existence de l'entente pour fixer les prix à un niveau rehaussé. Était en cause "l'effet de prix de protection", ou encore l'effet d'ombrelle. Or, en droit autrichien de la responsabilité, les règles applicables notamment sur le terrain de la causalité conduisaient à une exclusion de la réparation.

Reformulant la question posée par la Cour suprême autrichienne, la Cour a considéré qu'il s'agissait de déterminer si le droit d'un État membre qui exclut "de manière catégorique" et pour des motifs juridiques que des entreprises participant à une entente répondent, sur le plan civil, de dommages résultant du prix plus élevé pratiqué par une entreprise tierce en raison des agissements de l'entente est compatible avec l'article 101 TFUE. Pour la Cour, une telle solution automatique remet en cause l'effectivité du droit à réparation du fait de la violation de l'article 101 TFUE par ailleurs consacré. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'arrêt : seul le caractère automatique de l'exclusion du droit à réparation de cette catégorie de préjudice est contraire à l'effectivité de l'article 101 TFUE. Encore faut-il que la victime apporte la preuve, au regard des spécificités du marché concerné, de l'existence d'un tel prix de protection. Par ailleurs, la Cour ajoute une autre condition, qui sera certainement difficile à apprécier : le fait que les membres de l'entente ne puissent ignorer ces circonstances et spécificités.

202 Sur l'affaire *Doux*, consécutive au cartel de la lysine, v. les prises de position successives et différentes des juges : T. com. Paris, 29 mai 2007, CA Paris, 10 juin 2008, C. cass., 15 juin 2010, qui a admis la *passing-on defence* en censurant la Cour d'appel pour ne pas avoir recherché concrètement si la victime n'avait pas répercuté sur ses clients les surcoûts résultant du cartel. V. E. Combe, I. Simic et F. Rosati, *Passing-on defence*, *Concurrences* n° 4-2011, spéc. I. Simic, n° 19.

203 M. Chagny, *Approche critique et prospective à la lumière de la directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles*, *Concurrences* n° 3-2014, p. 32, spéc. n° 28.

204 CA Paris, 27 février 2014, RG n° 10/18285.

205 CJUE (5^e ch.), 5 juin 2014, aff. C-557/12, *Kone*, *Concurrences* n° 3-2014, p. 77, note J.-P. Christienne, p. 161, note A. Lacroix, *Europe*, 2014, comm. L. Idot.

200 L. Idot, *La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ?* *Concurrences*, n° 3-2014, p. 43 et s.

201 Pour un commentaire autorisé, v. D. Calisti, *préc.*, spéc. n°s 27-35.

18. Ces quelques précédents montrent qu'il est très difficile d'avoir une application uniforme des articles 101 et 102 TFUE dès lors que leur mise en œuvre fait appel au noyau dur et historique des droits nationaux que sont le droit civil et le droit des obligations. Il n'en demeure pas moins que, malgré ces imperfections, l'adoption de la directive ne peut qu'être saluée et permettra peut-être de limiter quelque peu le *forum shopping* que le récent développement des actions privées a révélé.

19. En guise de conclusion, le principe *ne bis in idem* mentionné dans l'intitulé de la table ronde appelle quelques remarques. Ce principe, qui ne joue qu'en présence de deux condamnations pénales visant une même personne pour les mêmes faits, est *a priori* totalement étranger à notre sujet. Y faire référence ne s'explique que parce qu'il est souvent invoqué à tort et à travers par les entreprises condamnées pour pratiques anticoncurrentielles. Dans le contexte des actions en réparation, il est parfois mentionné à l'occasion de la

question du cumul des sanctions administratives et des sanctions civiles, cumul présenté comme une "double peine". D'un point de vue juridique, le principe *ne bis in idem* est d'autant plus "hors sujet" que la directive a opté pour une approche purement compensatoire de la réparation et exclut les dommages et intérêts punitifs. Toutefois, d'un point de vue politique, l'on peut se demander s'il est, ou non, opportun, dans le cadre de la fixation du montant de l'amende, de tenir compte du fait que l'entreprise s'engage à réparer les dommages causés par son comportement. Ce choix est à l'heure actuelle rejeté par la Commission et la majorité des ANC. Il faut néanmoins mentionner l'article 18, § 4, de la directive, qui permet à une ANC de tenir compte de l'indemnisation versée à la suite d'un règlement consensuel avant qu'elle n'ait adopté sa décision en tant que circonstance atténuante. Cela suppose que le règlement consensuel mettant fin à l'action en réparation intervienne avant l'adoption de la décision de l'autorité de concurrence, ce qui sera sans doute doublement exceptionnel... ■

Decentralized uniform application and *ne bis in idem*

Jacques Steenbergem

jacques.steenbergen@bma-abc.be

Président, Autorité belge de la concurrence, Bruxelles

1. In this contribution I will briefly address two issues: the sanctions imposed by NCAs and the effect of decisions of NCAs and review courts the effect of NCAs' and review courts' decisions in the light of Article 9 of the damages directive.

I. Sanctions

2. When sanctions are imposed by one or more NCAs in respect of the same infringement that had an impact on markets of more than one Member State, we need to examine in the light of Article 50 of the Charter and the *Toshiba* case law:²⁰⁶

– whether the fact that several NCAs impose sanctions because of the impact of the same infringement on their relevant territories risks:

(i) to infringe the *ne bis in idem* principle,

(ii) to lead to overenforcement;

– and whether the fact that not all the NCAs of the affected jurisdictions—and perhaps only one of them—impose sanctions, leads to underenforcement.

3. In the light of the *Toshiba* case law, there is no significant risk of an infringement of the *ne bis in idem* principle as long as every decision is concerned with the impact of an infringement on different (geographic) markets.

4. But even when there is no issue of illegality, there can be an issue of legitimacy or economic double jeopardy in case several NCAs impose sanctions calculated on worldwide or EU turnover. This may also raise ability to pay issues with regard to damages as well as fines. We must expect that the ability to pay damages will gather significance after the implementation of the damages directive and in view of the fact that an increasing number of Member States provide for some form of collective action.

206 Case C-17/10, 19 December 2013, *Toshiba*.

5. The answers to these questions depend therefore in the first place on the rules on sanctions in national competition law: Can fines be calculated on the basis of worldwide turnover (as e.g. in France), or only on the basis of turnover on the domestic market (sometimes including exports, as in Belgian competition law)?

6. The different hypotheses can be summarised as follows:

NCA's	Turnover	<i>Ne bis in idem</i>	Uniform application and deterrence	Ability to pay fines or damages
1 or few	Domestic	None	Underenforcement	Positive impact
1 or few	EU or worldwide	None	Neutral or limited	Neutral or limited
Several	Domestic	None	Limited risk of underenforcement	Potentially positive impact
Several	EU or worldwide	None in view of case law	Risk of overenforcement	Negative impact

7. It does not come as a surprise that the issue of adequate deterrence (the avoidance of over- or underenforcement) argues in favour of the handling of cases by the Commission when the same infringement affects markets in several Member States.

8. The need to decentralize enforcement and the fact that it is not always clear from the start of an investigation which markets have been affected, make it, however, necessary to seek solutions that minimize the above-mentioned risks also when cases are dealt with by NCAs. Such solutions should not only address the issues raised when several NCAs investigate the same infringement, but also the issues caused when only a few of the authorities in affected Member States decide to act. The way we address the latter issues may even be the more important because it may facilitate case allocation arrangements between NCAs, for which the optimization of resource allocation is at least as important as for the EU Commission.

1. Some suggestions

9. It would be welcome if future rules on procedural convergence required:

- Member States to enable their NCA to calculate fines on the basis of the worldwide or at least EU turnover;

- NCAs (with the ability to calculate fines on the basis of the worldwide or EU turnover) to coordinate the calculation of fines whenever several NCAs envisage the imposition of sanctions in respect to the same infringement, or at least to refrain from the calculation of fines on the basis of a larger than domestic turnover when this may lead to overenforcement because the same turnover would be taken into account by more than one competition authority;

- The organization of the exchange of information on domestic cases necessary to trigger the required concertation.

10. In the absence of mandatory rules on procedural convergence we could adopt best practices:

- on the relevant exchange of information between NCAs;

- on the principle that whenever one NCA is given the lead in respect of infringements that affect a number of Member States, priority should be given to NCAs that can take into account turnover in all of the affected markets.

II. Effect of NCA decisions and Article 9 of the draft damages directive

1. Article 9(1) and domestic procedures

11. In its final wording, Article 9(1) of the directive²⁰⁷ is only indirectly concerned with the decentralized enforcement of EU competition rules. It organizes the binding effect of the decisions of NCAs in their own jurisdiction. This is, at least for the competition authorities, a welcome provision that largely confirms prevailing practice. Its implementation and enforcement may still meet some hurdles. It is too early to know whether the general rules and principles on the priority of EU law will be sufficient to overcome constitutional objections to the binding effect of administrative decisions affecting *droits subjectifs civils* on the judiciary.

2. Article 9(2) and procedures in other Member States

12. Whenever markets are national, we must expect that NCAs will (and can) only investigate infringements with regard to their impact on their domestic market. Only when the relevant geographic market is larger than national can we assume that the investigation of an NCA will be directly relevant with regard to the impact of an infringement on the market in other Member States. I therefore consider it understandable that Article 9(2) of the directive does not provide for the binding effect of NCA decisions in other Member States.

13. An EU-wide binding effect of NCA and review court decisions would also have added significantly to the convergence issues discussed with regard to sanctions: What if more than one NCA or review court have taken a decision in respect of an infringement and there are divergences among these decisions? Article 11(4) of Regulation 1/2003 limits the risk of substantive divergences between decisions of NCAs, but only in so far as they did not decide in respect of national markets with different characteristics. And there is no equivalent safeguard against divergent decisions of review courts.

14. Remains the issue of the effect the decisions taken in other Member States should have in accordance with the directive. We understand that Article 9(2) does not create an assumption or a reversal of the burden of proof. Case law will have to clarify the meaning of “*as at least prima facie evidence that an infringement of competition law has occurred and, as appropriate, may be assessed along with any other material brought by the parties.*” Prima facie is, e.g. a standard that is easy to reach according to Belgian case law on interim relief cases²⁰⁸. The review court and the authority apply in Belgium the not manifestly unreasonable test²⁰⁹. But if the ambition of Article 9(2) does not go beyond the indication that it would not be manifestly unreasonable to take into account decisions of NCAs or review courts in other Member States, the provision might lessen instead of enhance the impact of such decisions! ■

208 It is not required that there is evidence of a clear and manifest infringement: Brussel, 21 January 2002, *Sabam/VZW Radio Tienen e.a.*, *Jaarboek H&M* 2002, 840 en *RvM Jaarverslag 2002*, Bijlagen 601; Voorz. RvM 14 January 1998, nr. 98-VMP-1, *Daniel Daube/Loterie Nationale*, referred to by D. Vandermeersch, *De Mededingingswet*, Kluwer, Mechelen 2007, 307, note 15.

209 Brussel, 6 February 2013, TBM 2013, 182 and the earlier decision of the President of the Council of 22 May 2012 in the *Armajaro Trading* case.

207 Text agreed between the Parliament and the Council of 17 April 2014.

La position de petits États parmi les réseaux internationaux de concurrence : Expériences et perspectives

Introduction

Pierre Rauchs

Président, Conseil de la concurrence, Luxembourg

Private antitrust enforcement: A claimant's perspective

Christopher Rother

Head of regulatory, competition and antitrust law,
Deutsche Bahn AG, Berlin

ABSTRACT

La table ronde a mis en exergue l'importance des réseaux de coopération internationaux pour les petits États aux moyens réduits. Elle est introduite par une illustration du coût de la non-concurrence pour une entreprise allemande et est suivie d'un état des lieux du développement des réseaux de coopération à différents niveaux géographiques.

The round-table highlighted the importance of competition networks for small countries with limited resources. The debate is introduced with an illustration of the severe damage a German company suffered from anticompetitive behavior and is followed by a state of play of the development of international cooperation networks of different geographical levels.

Introduction

Pierre Rauchs

pierre.rauchs@conurrence.etat.lu

Président du Conseil de la concurrence, Luxembourg

1. Le Conseil de la concurrence du Luxembourg est une toute petite structure composée de quatre conseillers, de deux enquêteurs et d'un greffier. Dans son évaluation du programme national de réforme et du programme de stabilité 2013 du Luxembourg, la Commission européenne fait remarquer que *“l'application effective des règles de concurrence serait renforcée si elle disposait d'un personnel plus important”*²¹⁰. Ce que la Commission écrit à propos de l'application des règles de concurrence vaut évidemment aussi pour sa participation active dans les nombreux réseaux de coopération, en premier lieu l'ECN (European Competition Network), mais aussi le réseau ICN

(International Competition Network), qui est l'association des autorités de concurrence sur le plan mondial ainsi que la coopération au niveau de l'OCDE. Il est cependant essentiel qu'une partie de ses ressources soit consacrée à cette coopération qui lui fait profiter des bonnes pratiques observées ailleurs ainsi que de nombreuses études de cas et d'enquêtes sectorielles.

2. Au-delà du bilan de l'application de la loi relative à la concurrence, la présente table ronde est l'occasion de rappeler aux milieux des affaires, mais aussi à nos consommateurs et, surtout, aux décideurs politiques qu'investir dans une autorité de concurrence signifie investir dans la compétitivité du pays sans le moindre coût. Un nombre plus important d'enquêteurs entraînera en principe le démantèlement d'ententes qui resteraient secrètes à défaut de moyens de poursuites.

²¹⁰ Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme du Luxembourg pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité du Luxembourg pour la période 2012-2016.

Plus le Conseil prend des décisions d'infraction, plus les amendes prononcées viendront renflouer les caisses de l'État. C'est donc un cercle vertueux que celui institué par le renforcement des autorités de concurrence.

3. La prise de conscience de l'importance d'une autorité de concurrence dotée de moyens sérieux passe inévitablement par la prise de conscience que la non-concurrence, c'est-à-dire la non-divulgaration des ententes et des abus de position dominante, porte un coup à l'économie et engendre des coûts énormes à la collectivité et aux victimes des atteintes à la législation anticartel.

4. Christopher Rother, qui dirige un comité interne de la Deutsche Bahn chargé de collecter les dommages-intérêts en faveur de la compagnie allemande des chemins de fer, victime de nombreux cartels en tant que cliente de divers fournisseurs, illustre le coût faramineux que doivent supporter les entreprises qui payent des prix artificiellement surfaits résultant d'ententes illicites. Le Conseil a invité M. Rother puisque les Chemins de Fer Luxembourgeois ont eux-mêmes, comme la Deutsche Bahn, été victimes d'un cartel mis sur pied par des fabricants d'aiguillages qui ont trafiqué les marchés publics relatifs à la fourniture d'aiguillages²¹¹. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a aussi pu s'appuyer sur les relations établies au sein de l'ECN pour entrer en contact avec le Bundeskartellamt, qui a démantelé un cartel sur le même marché de produits en Allemagne.

5. Le comité dirigé par Christopher Rother s'occupe actuellement de six procédures extrajudiciaires de recouvrement de dommages-intérêts, de dix affaires de demandes de dommages-intérêts portées devant les juridictions civiles de cinq États auxquelles viennent s'ajouter annuellement en moyenne deux à trois affaires nouvelles. Le département dirigé par Christopher Rother réclame dans ces différentes actions des dommages-intérêts d'un montant total dépassant 1 billion d'euros y non compris les intérêts, ce qui fait sans doute de son département de loin le plus profitable de la Deutsche Bahn.

6. Ainsi, l'application privée du droit de la concurrence (qui est mieux exprimée par le terme anglais de *private enforcement*) constitue le prolongement extrêmement important de l'application publique du droit de la concurrence par les autorités de concurrence (*public enforcement*). La complémentarité des dommages-intérêts alloués avec les amendes prononcées par le Conseil de la concurrence est le meilleur instrument de dissuasion pour les entreprises qui sont tentées de se soustraire aux règles de concurrence.

7. Mais, pour qu'il y ait *private enforcement*, il faudra, en amont, l'application des règles de concurrence par les autorités de concurrence. Et, pour l'application de ces règles, il faut des autorités de concurrence fortes, dotées de moyens suffisants pour surveiller les marchés.

8. Loukia Christodoulou, présidente de la Commission for the Protection of Competition chypriote, nous informe comment l'autorité de concurrence chypriote arrive à superviser le fonctionnement d'un marché insulaire, un des plus petits de l'Union européenne avec 9 2451 km² de superficie sur lequel vivent 865 900 résidents. Il faut constater que, comparée au Grand-Duché, où une population de 525 000 résidents (auquel il faut ajouter 156 000 frontaliers venant travailler quotidiennement au Luxembourg) vit et travaille sur un territoire de 2 586 km², l'autorité de concurrence chypriote dispose d'une équipe bien plus importante que le Conseil de la concurrence luxembourgeois. Elle est composée d'une présidente et de quatre conseillers à temps plein qui peuvent s'appuyer sur une équipe permanente de dix-neuf juristes et économistes, de deux agents temporaires et de quatre consultants. La nouvelle loi chypriote du 28 mars 2014 vient de renforcer les pouvoirs de l'autorité et reconnaît explicitement l'importance d'une autorité de concurrence puissante en temps de crise pour s'attaquer à celles des entreprises qui se sclérosent en tentant d'échapper à la concurrence. Loukia Christodoulou illustre avec force le bénéfice que son autorité retire des travaux des réseaux de l'ECN et de l'ICN, pourvoyeurs d'études précieuses, de discussions tantôt académiques, tantôt éminemment pratiques et sources de contacts personnels utiles et efficaces.

9. Anu Bradford, professeure de droit à la très renommée Columbia Law School (CLS), nous a fait le plaisir d'intervenir, *via* Skype, à notre conférence pour nous donner un avant-goût de l'étude qu'elle prépare actuellement sur le développement des autorités de concurrence à travers le monde.

10. Pas moins de cent vingt juridictions différentes disposent aujourd'hui de législations ayant trait au droit de la concurrence. Néanmoins, nous manquons encore d'explications convaincantes quant à la diffusion et aux retombées internationales du droit de la concurrence. Cela n'a rien d'étonnant, sachant que la plupart des législations en matière de concurrence n'ont été adoptées qu'au courant des deux dernières décennies.

11. Concrètement, rares sont de nos jours les informations empiriques disponibles sur les différences entre les juridictions nationales aussi bien en termes de contenu qu'en termes de mise en œuvre pratique de celles-ci. Pour y remédier, la CLS a mis en œuvre un programme de recherche ambitieux, visant à mieux comprendre le droit international de la concurrence. Ce programme est axé avant tout sur la collecte de données empiriques. Expliquer, à l'échelle mondiale, les motivations ayant conduit à des différences au niveau des lois sur la concurrence et leurs pratiques d'exécution proprement dites, telle est la finalité du programme lancé par la CLS.

211 Décision du Conseil de la concurrence n° 2013-FO-03 du 23 octobre 2013.

12. Concrètement, la CLS travaille sur un modèle qui analyse la corrélation entre le niveau de mise en œuvre des droits de la concurrence nationaux et le degré de développement des économies respectives, leur taille, leurs spécificités économiques régionales, le degré d'ouverture de l'économie ou encore le niveau de maturité de l'Autorité de concurrence en place.

13. Pour mesurer et expliquer cette corrélation, le modèle prévoit d'abord la création d'une base de données regroupant toutes les informations pertinentes sur les différentes législations nationales de concurrence d'une part et leur mise en pratique d'autre part. Ce n'est que par la suite que l'agrégation et l'analyse de ces données permettront de mettre en exergue les principales tendances existantes au niveau du droit de la concurrence ainsi que de leur mise en œuvre pratique tant à une échelle globale qu'à une échelle régionale.

14. Comprendre le degré de coopération existant entre les différents pays présuppose une meilleure compréhension des différentes législations nationales en matière de concurrence et de leur application concrète au quotidien. Pour y arriver, le modèle de la CLS prévoit en outre la collecte et l'analyse des textes de coopération déjà existants entre les différentes autorités de concurrence, de même que toutes les dispositions nationales existantes en matière de législation antitrust. Cette étude empirique permet ainsi d'expliquer *in fine* l'émergence d'un droit de la concurrence "universel".

15. L'idée d'un droit de la concurrence international pour appréhender les problèmes de concurrence qui se posent dans une économie globalisée, c'est aussi le thème de l'exposé d'Antonio Capobianco, Senior Competition Law Expert à l'OECD Competition Division.

16. Le conférencier constate que le nombre d'autorités de concurrence nationales est passé de près de 20 en 1990 à plus de 120 en 2012 et que cette explosion des créations d'autorités va de pair avec la globalisation des échanges commerciaux. Ainsi peut-on noter que le nombre de concentrations d'entreprises dans lesquelles interviennent des entreprises de nationalités différentes est passé de 2 070 en 1995 à 8 746 en 2011, que le nombre de notifications de concentrations dans l'Union européenne dans lesquelles intervient au moins une entreprise basée en dehors de l'UE est passé de 20 en 1993 à près de 180 en 2007, que la part des cas de cartels où intervient au moins une entreprise établie en dehors de l'UE est passée, entre la période 1990-2000 et la période 2001-2013, de 30 % à plus de 50 % et que, parallèlement, le montant total des amendes prononcées par la Commission européenne à l'encontre des firmes non européennes a littéralement explosé depuis l'an 2000 pour notamment atteindre 2 099 millions d'euros en 2008 ! Ces chiffres expliquent à suffisance la nécessité du renforcement de la coopération internationale, laquelle doit inclure le partage de bonnes pratiques, mais aussi la convergence des législations et l'échange d'information lorsqu'on en vient à s'attaquer aux cas concrets d'ententes ou d'abus de position dominante transnationaux. Antonio Capobianco note que le monde est actuellement partagé entre des zones de coopération plus poussée et des zones où des organisations plus globales doivent encore s'investir dans le *policy development* et le *capacity building*. Le rôle de l'OCDE doit surtout être compris comme un forum qui, à l'aide de tables rondes, de recommandations et de conseils, doit préparer l'harmonisation et la convergence des systèmes nationaux existants et proposer une coopération *via* la *soft law* en tenant compte des contraintes légales existant en raison des systèmes légaux encore très divergents. Le mot de la fin, Antonio Capobianco le réserve aux États membres à taille plus modeste, lesquels États sont les premiers à profiter d'une coopération dans le cadre d'organisations telles que l'OCDE. ■

Private antitrust enforcement: A claimant's perspective

Christopher Rother

christopher.rother@deutschebahn.com

Head of regulatory, competition and antitrust law,
Deutsche Bahn AG, Berlin

1. Providing a better legal framework for private enforcement of damages claims has been at the core of political debate pertaining to EU competition law over the past decade. What used to be a discussion for only a few experts has now developed into an important aspect of competition law enforcement in the EU and its Member States.

2. With an annual purchase volume of €25 billion, Deutsche Bahn, the German transport and logistics group, and its subsidiaries are exposed to several cartels both on EU and Member States level. Given the potentially high value of damages, it constitutes a corporate duty under German law to evaluate all economic, legal and strategic aspects of enforcing such claims. To meet these requirements, DB has established a dedicated unit within its antitrust department which is responsible for managing and handling private enforcement of cartel damages claims. By establishing such a dedicated unit, DB is a forerunner amongst large corporations in Europe. The dedicated unit acts as a profit centre within the antitrust department, handling a claim portfolio of more than €1 billion plus interest. On group level, DB provides funds for claims management and litigation costs upfront. Proceeds from settlements or granted by courts are paid out to the respective DB subsidiaries that own the claims after deduction of internal and external costs related to the case.

3. However, from a claimant's perspective there are considerable challenges of private antitrust litigation which are discussed below.

I. Passing-on defence

4. The passing-on defence is a major obstacle for cartel victims. In Germany, cartel members can rely upon the passing-on defence and claim that direct purchasers didn't suffer damages because inflated prices were passed-on to the next market level (Federal Court of Justice in *ORWI*²¹²). The passing-on defence leads to higher trial risks for cartel victims and increases the complexity of follow-on claims considerably. In many cases, indirect purchasers will have little incentive to claim damages for cartel-related price increases that were (partly) passed-on

to their market level. Even if there was sufficient financial incentive, indirect purchasers will most likely not be in a position to prove that prices were inflated in the first place and if and to what extent inflated prices were passed on to them by direct purchasers. By allowing cartel members to rely upon the passing-on defence, there is a considerable risk that cartelists will end up paying no compensation at all and will keep the financial benefits of their illegal cartel behaviour for themselves.

5. It would be preferable to exclude the passing-on defence and to allow only direct purchasers to claim damages from the cartel members. Direct purchasers would most likely have sufficient knowledge about the cartelised market to successfully enforce damage claims. If indirect purchasers indeed suffered damages themselves, they should be allowed to claim compensation for the inflated prices passed-on to them from their contractual partners—the direct purchasers. The passing-on defence should exceptionally be available if the direct purchasers are wholesalers which merely resell the cartelised good without adding value to it in form of reprocessing or offering special services.²¹³

6. The concern that by excluding the passing-on defence cartel members could be exposed to multiple claims for one and the same damage is purely theoretical. Until now, there are no reports that cartelists ended up paying twice for the same damage.

II. Access to file: Information is key

7. A key issue for claimants is to obtain access to often hidden and protected documentation and other evidence which are necessary to prove their case. In follow-on claims, a valuable source of evidence can be the case files of the competent competition authority. In this respect, the following aspects of German private antitrust litigation are of particular interest:

– As regards the standard of proof, the court has to be convinced that the facts presented by the claimants are complete and true. However, conviction in this regard

212 German Federal Court of Justice, 28.6.2011 – KZR 75/10 – *ORWI*.

213 Cf. German Federal Court of Justice in *ORWI*, District Court of Arnheim (Netherlands) – *Tennet/ABB*, 12/3/13.

does not mean absolute certainty. Rather, a high level of plausibility is sufficient. When it comes to the burden of proof, the principle applies that the party who claims a right in court has to demonstrate and to provide evidence for the facts justifying its claim. Thus, the claimant has to prove the infringement of competition law, the individual damages suffered, and the causal link between the two. The burden of proof also requires the claimant to make the respective evidence available to the court (e.g. by presenting the documentary evidence). The latter especially causes significant practical problems.

– In follow-on cases, it is relatively easy to prove the infringement of competition law. Where a final decision of a National Competition Authority in any EU Member State or a final decision of the European Commission has identified an infringement, German courts are bound by such finding so that no further proof is necessary regarding the existence of an infringement. But when it comes to individual damages suffered and the calculation of such damages respectively, things are more difficult. The calculation of damages suffered by the claimant is based on section 248 of the German Civil Code. In principle, damage claims are restricted to actual loss (apart from loss of profit and payment of interest). Thus, the claimant has to be put in the hypothetical situation he would be in “but for” the illegal conduct. In other words, the claimant has to prove the existence of a difference between the cartelized price actually paid and the hypothetical competitive price during the time of the cartel. In practice, this can be very difficult because of the lack of the relevant information. Especially in non-hard core cartel cases, the suffered loss is often hard to prove. In fact, such difficulties are eased under section 287 of the German Code of Civil Procedure, which provides the judge’s duty to estimate the damage if the exact calculation is too difficult or the costs are disproportionate compared to the claimed loss. However, this will be only a raw and regularly lower estimation and, thus, does not reflect the actual damage suffered by the claimant. Hence, the estimation does not balance the information asymmetry with regard to the duty of the claimant to substantiate the claim in particular. The asymmetry of information is at the expense of the injured party. In order to avoid such imbalance of information, claimants must have access to the case files of the relevant competition authority to be able to effectively enforce their claims. However, getting access to files is not an easy task.

No weighing up by German Courts on case-by-case-basis

8. In follow-on cases, it could be helpful for claimants to get access both to leniency documents and the confidential version of the infringement decision from the German Federal Cartel Office (FCO) to strengthen their case. Under German procedural rules, by extension of criminal procedural rules, lawyers for the victims of cartel behaviour

can request the FCO for access to that authority’s file provided the legitimate interests of the claimant outweigh the legitimate interests of the wrongdoer/cartelist or third-parties in non-disclosure, and that granting access does not imperil the investigation of the FCO.

9. In *Pfleiderer*,²¹⁴ the FCO granted only limited access to its case files and refused access to all leniency documents therein. Upon appeal, the County Court Bonn disagreed with the FCO and held that the claimant was entitled to access under German rules. Upon urging by the FCO, the County Court did however agree to refer preliminary questions to the Court of Justice (ECJ) to make sure that access under German rules would not collide with EU rules. In its decision, the ECJ said that it is for Member States’ courts to balance, on a case-by-case-basis, the possibly diverging interests of ensuring the efficacy of leniency programs with the rights of individuals to claim damages for harm suffered as a result of these cartels. The County Court who had referred the question to the ECJ carried out this exercise and—now sitting in a different formation—ruled against disclosure of the relevant leniency documents. The Court decided that, under German law, it would not be in the public interest to disclose any leniency document to the claimant. Disclosing the leniency documents would prejudice the success of the FCO leniency programme, which is a primary tool in fighting cartels.

10. So far, such denial has been upheld by the Courts. In *Coffee Roaster*,²¹⁵ the Higher Regional Court of Düsseldorf rejected the claims for access, holding that the leniency applicants’ trust in the confidential treatment of their applications and documents submitted by them prevails over the information interest of the parties requesting access to the files. According to the court’s ruling, this legitimate interest of customers who have suffered damages from a cartel can generally be adequately satisfied by the disclosure of the FCO’s order imposing the fines. Thus, the Court granted the applicants access only to the non-confidential versions of the FCO’s decisions imposing the fines, with all business secrets of the companies and personal data of the individuals concerned redacted. In addition, the applicants were granted access to a list mentioning all pieces of evidence kept in the file.

11. However, German competition litigation landscape continues to evolve. Recently, the German Higher Regional Court of Hamm²¹⁶ ruled that a leniency application submitted by a cartelist and the confidential version of a cartel decision adopted by the European Commission included in a criminal investigation file may be disclosed by the public prosecutor to a civil court asked to rule on a damage claim against members of the cartel.

214 ECJ, 14/06/2011, Case C-360/09.

215 Higher Regional Court of Düsseldorf, 22/08/2012, Case V-4 Kart 5 + 6/11 (*OWI*).

216 Higher Regional Court of Hamm, 26/11/2013, Case 1 VAs 116/13.

12. Developments in the UK look different. In *National Grid*,²¹⁷ the English High Court ruled that the claimant should be permitted access to certain parts of the leniency documents and sections of the European Commission's confidential decision by applying the principles of *Pfleiderer* on a case-by-case basis.

13. How is the situation with regard to access to files under European Law? In *Donau Chemie*,²¹⁸ the ECJ held that legislation of the Member States guaranteeing absolute protection to the public enforcer's files by stating that antitrust victims can only get access to the files with consent of cartel members contradicts the general principle of effectiveness of EU law (*effet utile*) because there is no assessment on a case-by-case basis. The ECJ held that the need to protect leniency programmes cannot justify a rule prohibiting access to any such document.

14. In *EnBW*,²¹⁹ the ECJ overturned the finding of the EU General Court in a case concerning third-party access to cartel documents under the EU's public transparency regulation (Regulation 1049/2001). The ECJ held that the European Commission may adopt a general assumption against disclosure under the Regulation in cartel cases (Art. 4(2) of the Regulation), without carrying out a specific, individual assessment of each document. In order to rebut the general assumption, potential private damages claimants must establish that access to particular document is "necessary." Interestingly, the ECJ did not answer the question how a claimant should establish that necessity without knowing the content of the particular document in question.

Limiting the right of access to the files in practice

15. As a result it can be noted that the cartel authorities grant high protection for the cartelists. With regard to the infringement decisions of cartel investigations, the FCO only grants access to the non-confidential version of the decisions. The European Commission also only publishes non-confidential versions of decisions, partly delayed by several years. Both, FCO and European Commission deny access to leniency documents, such as corporate statements and settlement submissions. With regard to procedural documents, the FCO grants access only to lists of secured evidence. The European Commission denies complete disclosure of documents.

16. Based on the lessons learned from recent judgements and their practical implementation outlined above, cartel victims face enormous difficulties to get access to the files of the FCO or of the European Commission which are necessary justifying their case.

III. Limitation periods

17. Under German law there are two different kinds of limitation periods applicable in private antitrust damage claims.

18. The first one is the general limitation period of three years, which is dependent of knowledge or grossly negligent lack of knowledge of all circumstances substantiating the claim (Sec. 195, 199 BGB). It is not exactly clear when these criteria are fulfilled. It would be appropriate to consider that the limitation period begins at the earliest with the date of publication of the final decision as decided by the Austrian Supreme Court²²⁰ or on the date when the potential claimant gets an insight into the decision of the competition authority. But a recent decision from the District Court of Düsseldorf²²¹ suggests that limitation already starts with publication of a press release in some cases.

19. The second relevant limitation period is the ten year limitation period pursuant to Sec. 199 (3) No 1 BGB, which is independent of any knowledge. Considering the long duration of cartels and public antitrust proceedings and the difficulties in getting access to the penalty notice, this limitation period is too short. There is a risk that a part of the private damage claims is time-barred before the party having suffered damages even knows that a cartel existed.

20. Another problem is that it has not yet been decided by a higher court whether Sec. 33(5) GWB is applicable to "old cases." Sec. 33(5) GWB stipulates that the limitation period shall be suspended from that point of time when a public competition investigation is initiated. A recent decision from the District Court of Düsseldorf argues against applicability of that rule to "old cases."

217 *National Grid Electricity Transmission plc v. ABB Ltd and others*, judgment of 4 April 2012, [2012] EWHC 869 (Ch).

218 ECJ, 06/06/2013, Case C-536/11.

219 ECJ, 22/05/2012, Case T-344/08.

220 OGH (Austria), 16/12/2013, Case 6 Ob 186/12i.

221 District Court of Düsseldorf, 17/12/13, Case 37 O 200/09 (Kart) U.

IV. EU antitrust damage directive

21. The European Commission has recognized the shortcomings of private enforcement in Europe. Therefore, the European Commission has proposed a directive for private antitrust damage claims.²²² The new directive contains important impulses and clarifications in order to strengthen private enforcement of competition law.

22. The directive will, among other things, harmonize the rules on limitation periods. The minimum limitation period will be five years from the time of knowledge and there will be no limitation period independent of knowledge. Further, the directive stipulates that limitation periods shall not begin to run before an infringement has ceased. The passing-on defence shall be admissible.

23. The proposed provisions pertaining to disclosure of documents are, on principle, to be welcomed. However the general exemption from disclosure obligation with regard to leniency corporate statements and settlement submissions is to be rejected. According to decisions of the ECJ (*Pfleiderer*,²²³ *Donau Chemie*²²⁴) assessment on a case-by-case basis is required by primary EU law. Besides it is not necessary to grant additional privileges to leniency applicants. Due to immunity respectively reduction of fines, leniency programs will remain attractive without further privileges.

24. The directive has passed the European Parliament in April 2014. Next steps are the formal adoption by the Council and the publication of the directive. This is not expected before November 2014. Thereafter, Member States will have two years to implement the directive. ■

222 Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AM-D+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//EN>.

223 ECJ, 14/06/2011, Case C-360/09.

224 ECJ, 06/06/2013, Case C-536/11.

Défis dans l'application du droit de la concurrence dans des petits États

Le point de vue du législateur

Franz Fayot

Président, Commission de l'Économie, Chambre des Députés, Luxembourg

Design issues when setting up a multipurpose authority: Some insights from the Netherlands

Chris Fonteijn

Président, Conseil de l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et marchés

Synergie entre droits de la concurrence et de la consommation

Bob Schmitz*

Conseiller juridique, Union Luxembourgeoise des Consommateurs

Challenges in competition law enforcement in small economies

Claude Strasser

Directeur général, POST Luxembourg

ABSTRACT

Le droit de la concurrence dans l'Union européenne est basé sur un corpus de règles et des lignes directrices. Cependant, alors que les autorités et les entreprises bénéficient d'un ensemble de règles claires, l'application d'une règle "one size fits all" à toutes les économies peut avoir un résultat faussé. Cela concerne POST en qualité d'opérateur historique dans le secteur télécom et postal et comme entreprise appartenant à l'Etat luxembourgeois. Même si tous ces marchés sont totalement libéralisés, l'application du "one-size-fits-all" en droit de la concurrence conduit les autorités à croire que POST a une position dominante. La réponse de POST n'est pas de se plaindre de cette situation, mais d'adopter pleinement les principes de concurrence et d'être totalement transparent envers les autorités luxembourgeoises dans les domaines des télécommunications et de la concurrence.

Competition law in the EU is based on a set array of legislation and guidelines. However, while both authorities and businesses benefit from a clear set of rules, applying a "one size fits all" format to all economies can have a distorted outcome. This concerns POST, as a Luxembourg state-owned undertaking which is the historical operator in the telecom and postal sector. Even when all these markets are fully liberalised, the "one-size-fits-all" application of competition law leads authorities to believe that POST has a dominant position. POST's reply to this is not to "suffer" from this situation, but to fully embrace competition principles and to be fully transparent towards the Luxembourg competition and telecom sector authorities.

Le point de vue du législateur

Franz Fayot

ffayot@chd.lu

Président, Commission de l'Économie, Chambre des Députés, Luxembourg

I. Introduction

1. Le Luxembourg est un petit marché comptant une population de 537 000 habitants, à laquelle s'ajoutent environ 150 000 frontaliers présents dans le pays pendant la journée de travail.

2. Du fait de sa petite taille, deux phénomènes caractérisent le marché luxembourgeois du point de vue du droit de la concurrence : dans maints domaines, l'existence de marchés dominés par quelques entreprises (p. ex. la distribution de la presse, la télé) et la présence d'anciens monopoles (p. ex. télécoms, énergie).

** Cette contribution n'engage pas l'ULC.

3. De ce fait, deux constats s'imposent. Le premier est que le droit de la concurrence est une discipline jeune, la première loi sur la concurrence datant de 2004. Il en résulte que les réflexes des entreprises quant à l'application et la conformité au droit de la concurrence ne sont pas toujours présents. Cela est vrai en particulier pour les entreprises locales qui ne font pas partie d'un groupe international. Le deuxième constat est que l'exiguïté du territoire et la proximité des décideurs économiques favorisent naturellement les comportements anticoncurrentiels, en premier lieu les ententes.

II. Les options politiques prises au Luxembourg

4. La première option prise par le législateur consistait dans la réunion, au sein du Conseil de la concurrence, des fonctions anciennement divisées entre l'Inspection de la concurrence et le Conseil de la concurrence. Le Conseil assume, depuis la loi du 23 octobre 2011, les fonctions d'enquête et de décision en matière de concurrence. Le législateur a su tirer les conséquences des inefficiences du système dualiste précédemment en place en instituant une autorité unique.

5. Une autre option, prise cette fois-ci avant tout par le Conseil de la concurrence lui-même depuis 2012, consiste à privilégier les "procédures d'engagement", qui sont une forme de procédure négociée, préventive entre l'autorité et une entreprise en infraction. Le Conseil explique la philosophie de "cette approche nouvelle dans la conception de la mission d'une autorité de concurrence" dans les termes suivants dans son rapport annuel 2012 (p. 22) : "Surveiller et punir, aujourd'hui, n'est plus l'unique apanage d'une autorité de concurrence moderne. La raison d'être d'une autorité de concurrence n'est pas de sanctionner, mais d'œuvrer pour atteindre l'objectif de politique économique qu'est le libre jeu de la concurrence. Très souvent, ce but est mieux atteint par des méthodes moins contraignantes que sont la négociation, la discussion et la coopération entre l'administration et les entreprises."

6. Deux procédures d'engagement ont ainsi été décidées en 2012 (*EPT* et *Valora*) et plusieurs autres ont suivi depuis (en 2014 : *Téléphonie Mobile*, *Chambre des Experts*, *Coordinateurs de sécurité*, *OAI*), ce qui semble indiquer que cette procédure sied particulièrement bien au Luxembourg, pays où l'on aime résoudre les conflits de manière consensuelle.

III. Options politiques futures ?

7. Une question récurrente discutée au Luxembourg est celle de l'opportunité d'introduire un contrôle des concentrations. Mais on peut se demander si notre marché n'est pas tout simplement trop petit pour qu'un tel instrument fonctionne de manière satisfaisante. Rappelons que la structure même d'un marché de la taille du Luxembourg favorise la formation de monopoles ou de marchés avec très peu de concurrents, donc très concentrés. Dans ces conditions, est-il désirable ou indiqué de limiter les concentrations et ne doit-on pas plutôt s'inquiéter des comportements anticoncurrentiels résultant de telles situations ? Et à supposer même qu'on veuille introduire un contrôle des concentrations au niveau national, comment définir les critères pertinents d'une concentration prohibée ?

8. Une autre proposition d'amendement a été formulée dans un avis récent du Conseil en rapport avec le projet de loi 6592 sur la distribution verticale dans le secteur automobile. Critiquant ce qui constitue, selon lui, une mesure protectionniste injustifiée en faveur d'un seul secteur de l'économie – à savoir celui des concessionnaires automobiles et garagistes –, le Conseil a suggéré de réfléchir au contraire à l'introduction d'un "abus de puissance économique". Constatant cependant que cet instrument fonctionne imparfaitement en France et serait difficilement applicable au Luxembourg, la Commission juridique de la Chambre des Députés n'a pas retenu cette suggestion. Elle s'est par contre interrogée sur l'opportunité d'introduire dans le code de commerce une disposition applicable à tous les secteurs de la distribution introduisant une protection similaire à celle offerte aux concessionnaires automobiles – c'est-à-dire protection contre une résiliation anticipée, protection des investissements, etc.

9. D'autres pistes de réflexion sont la possible introduction d'une "procédure de non-contestation des griefs", procédure négociée additionnelle voulue par le Conseil de la concurrence, un système d'attestation négative et la possibilité de lancer des *class actions*.

10. Sur le plan institutionnel, des réflexions sont encore menées sur une possible fusion entre le Conseil de la concurrence et l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR). ■

Design issues when setting up a multipurpose authority: Some insights from the Netherlands

Chris Fonteijn

chris.fonteijn@acm.nl

Président, Conseil de l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et marchés

Introduction

1. The Netherlands Authority for Consumers & Markets (ACM) was created on 1 April 2013, by merger of the former Netherlands Competition Authority (NMa), Netherlands Consumer Authority, and the Netherlands Independent Post and Telecommunication Authority (OPTA). ACM is a new authority, with a unique set of powers in the EU.²²⁵ It is charged with enforcing competition law, consumer protection, and sector-specific regulation.²²⁶

2. ACM has as its central focus the improvement of consumer welfare. Our mission is to create options and opportunities for consumers and businesses. We do this by combining our methods and tools in competition, regulation, and consumer protection, in order to solve market problems. Our focus is on the effect of our interventions rather than the applied methods.²²⁷

3. The first part of this article outlines the background to the creation of ACM and provides some insights that could be useful when considering the establishment of a multipurpose organization. It is not the aim of the article to advocate the creation of multipurpose authorities. The success of an agency design will likely depend on the country in which it is implemented, and the prevailing political or economic circumstances, and may even be agency-specific. For example, efficiencies of merging might simply not exist in countries where authorities' powers rarely overlap. However, if the option is on the table, there are some agency design issues that could be considered of particular relevance when setting up a multipurpose agency. This article aims to provide insights from the lessons learned in the Netherlands and focuses on two elements: independence and innovation.

I. The creation of a multipurpose organization

4. The idea of merging different autonomous administrative agencies arose earlier in the Netherlands. On at least two occasions, in 2002 and again in 2007, the Dutch government considered a merger between the NMa and the OPTA, but with no result.²²⁸ In 2013 a third attempt was made. An important driver this time was the fact that the Ministry of Economic Affairs was looking for a way to save costs and felt there were efficiencies to be gained by combining the agencies. Also, with the establishment of the Netherlands Consumer Authority in 2007, there were now three agencies responsible (directly or indirectly) for promoting consumer welfare in the workings of the market economy. It was felt that merging them would increase effectiveness and at the same time decrease the administrative burden on the companies in the market. Moreover, market developments in certain sectors provided better arguments for anticipating a move away from an *ex ante* system of regulation towards an *ex post* system of overseeing markets.

5. The Ministry of Economic Affairs decided that the merging authorities themselves were best placed to give shape to the new organization.²²⁹ This was, in my view, a crucial decision. It enabled us to make full use of our own experiences with the three organizations and, maybe more importantly, it gave our management and staff a feeling of ownership over what the end result should be.

225 The Australian ACCC and the New Zealand Commerce Commission have similar competences.

226 In regulated energy, transport, telecommunication and postal markets.

227 See ACM's Strategy Document at <https://www.acm.nl/en/publications/publication/11993/Strategy-Netherlands-Authority-for-Consumers-and-Markets>.

228 See, for example, <http://krant.telegraaf.nl/krant/archief/20020711/teksten/fin.nma.opta.snel.samengaan.html> and <http://www.telecompa-per.com/nieuws/meerderheid-tweede-kamer-wil-fusie-tussen-opta-en-nma--611508>.

229 Of course the legislative process was the responsibility of the Ministry, but also here, there was close cooperation in drafting the legal texts.

1. ACM today

6. ACM is now over one year old, has 500 employees and is managed by a three-member executive board. ACM has a Chief Economist's office and a Strategy and Communications office under the Board. In addition, there are six departments: Competition; Legal; Consumers; Energy; Telecom, Post and Transport regulation; and finally a corporate management department (HR, IT, facilities, finance, etc.). The first year required readjusting for all involved. Approximately 30% of staff crossed over from carrying out one agency's primary activities to those of another.

7. Bringing separate institutions under one roof does not in itself create integration. From the start of the merging process, we tried to involve agency employees in cross-agency teams on topics ranging from detection to strategy and from communication to legislation. The Chief Economist's office now services all the work of the authority. ACM's consumer information portal *Consuwijzer*²³⁰ and the ACM Academy are examples of projects dedicated to enhancing the effectiveness and knowledge base of ACM.

8. Although we have already accomplished a lot in one year, there is still work to do for ACM. There are other issues arising from the merger where we are still trying to optimize a common approach, for example, in our prioritization cycle, and knowledge management systems. As a learning organization, ACM aims to improve its operations continuously by engaging in a permanent and constructive dialogue with stakeholders, and by sharing best practices with other authorities.

2. Achieving synergies

9. One of the benefits of the merger is that ACM now has a better mix of tools to tackle market problems. A case in point is the roll-out of broadband in the Netherlands. In 2008 and 2012, the NMa conducted assessments of several mergers and a joint venture permitting the incumbent KPN to increase its hold on the wholesale and retail Internet markets. At one stage this involved designing a solution that incorporated behavioural remedies with the ease of monitoring through a regulatory system.²³¹ This was done by the NMa, in close consultation with OPTA.

10. ACM is currently investigating KPN's latest desire to further extend its stake in the joint venture Reggefiber. The difference between 2008 and today is that, in 2008, the cooperation in this case required far more effort and negotiation between the two separate authorities, NMa and OPTA. Today, ACM is in a position to use joint teams, with experts from the regulatory and the competition side. We can work far more swiftly. We can decide the issues jointly at management level, and the authority can speak with one voice.

230 See <https://www.consuwijzer.nl>.

231 See <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6357/NMa-conditionally-approves-joint-venture-of-KPN-and-Reggefiber>.

11. Another example of synergy lies in ACM's position to use new theories of how consumers respond to economic stimuli, in order to encourage competition and innovation. For example, in November 2012, ACM published a report on consumer confidence in the energy market that revealed that although consumers could save up to EUR 500 on their annual energy bills, 64% of customers had never switched. *Consuwijzer* therefore created an online switching coach to assist consumers with comparing energy companies' offers.²³²

12. Previously, using its regulatory powers, ACM had imposed penalties of a total of EUR 525.000 on an energy company, Greenchoice, for making misleading statements about discounts. Greenchoice also misled customers on the amount of the transfer penalty consumers risk on changing from their existing suppliers. It is precisely this sort of activity that gives switching a bad name among consumers and ultimately prevents competition from delivering benefits to them.²³³

13. ACM built on this work, in 2014, with a new initiative on consumer switching, in energy contracts coupled with a slogan: "*You snooze, you lose!*" The slogan was carefully chosen to take into consideration that consumers have a loss aversion tendency.²³⁴ If consumers do not take any action, they are often unnecessarily stuck with contracts that might be too expensive or with contracts that no longer meet their current needs. As a result, consumers lose out on hundreds of euros per year.

14. These initial examples show that there is a level of cross-fertilization between different forms of market oversight that can be beneficial to consumers. Such synergies may also be achieved, at least to some extent, by close cooperation between separate authorities. There are, however, some design issues, regarding independence and innovation, that are arguably of particular relevance when considering setting up a multipurpose agency.

II. Independence and innovation

1. Independence

15. Independence is a cornerstone of any sector-specific regulator, and is enshrined in EU sector-specific legislation. Independence was not specifically singled out as being essential for NCA's in Regulation 1/2003. However, it became clear from cases such as *Vebic*²³⁵

232 See <https://www.acm.nl/en/publications/publication/11373/Among-those-wanting-to-switch-energy-suppliers-many-decide-not-to-because-of-unclear-information>.

233 See <https://www.acm.nl/en/publications/publication/7460/Consumer-Authority-penalises-Greenchoice-for-misleading-doorstep-selling>.

234 See <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12357/Consuwijzer-launches-awareness-campaign-on-switching>.

235 European Court of Justice, Case C-439/08, *Vebic*, 7 December 2010.

and also from references to NCA independence in international agreements that the independence of the NCA in its decision-making was viewed by the European Commission as an important aspect for the effectiveness of competition decisions. Against the backdrop of cuts in the resources of several authorities, the Heads of the EU competition authorities adopted an ECN Recommendation on the continued need for effective institutions, in which they stated: “(...) *competition authorities need to be adequately equipped for their tasks and be able to act under suitable conditions for the execution of their task, in an impartial and independent manner.*”²³⁶ Finally, in its recent publications, reporting on Ten Years of the ECN and anticipating the amendment of Regulation 1/2003, the European Commission goes further and makes it clear that independence of the NCA is of increasing importance.²³⁷ In its 2014 Communication to the European Parliament and the Council, the Commission states: “*It is necessary to ensure that NCAs can execute their tasks in an impartial and independent manner. For this purpose, minimum guarantees are needed to ensure the independence of NCAs and their management or board members and to have NCAs endowed with sufficient human and financial resources.*”²³⁸

16. Indeed, I would submit that independence is a cornerstone of the multipurpose authority. A sufficient degree of independence as a key ingredient enables authorities to enforce regulatory and competition policy satisfactorily. For that reason, independence is one of ACM’s core values, alongside openness and professionalism.²³⁹

17. Formal provisions to ensure that a multipurpose authority is independent in its decision-making are important, but rules relating to the nomination of the Chair and budget allocation are just as relevant. These factors are also referred to in the Commission’s Communication. However, the influence that ministries can have on the supervisory authority may also ultimately depend on the personalities of the minister and authority staff involved. It is how they behave in the daily running of the authority that guarantees its independence. You can have independence formally on paper, but it is no use unless it is also respected in the daily life of the authority. A strong understanding between the authority and ministry on the need for independence is essential.

²³⁶ ECN Resolution, 16 November 2010: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

²³⁷ Commission Staff Working Document SWD (2014) 230 – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 (SWD(2014) 230/2, 9.7.2014), Commission Staff Working Document SWD (2014) 231 – Enhancing Competition Enforcement by the Member States’ Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues (SWD(2014) 231/2, 9.7.2014). See <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>.

²³⁸ Communication from the Commission – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives (COM(2014) 453, 9.7.2014), § 29. See <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>.

²³⁹ See ACM’s Strategy Document at <https://www.acm.nl/en/publications/publication/11993/Strategy-Netherlands-Authority-for-Consumers-and-Markets>.

18. ACM recently experienced a situation where both forms of independence, formal and informal, were crucial to ACM’s decision-making in its advice to the government on the collective closure of coal-fired power plants under the Dutch Energy Agreement.²⁴⁰ We examined this element of the Agreement, and ascribed a monetary value to the environmental benefits that were claimed as a result of the collective closure, but found that the benefits to the Dutch consumer did not outweigh the costs of reducing energy production in this way. This was not an easy decision for ACM. We are well aware of the effort that went into reaching this agreement between the government and the 40 or so private and public parties involved. It was, however, an important decision, as it showed that ACM is there, at the end of the day, to protect the consumer.

19. More and more situations where independence is of great importance are likely to arise as government increasingly pushes private sector regulation to solve public interest issues through cross-sector agreements rather than using more expensive regulation. This trend requires an innovative perspective from the agency and, above all, an independent approach. For example, ACM has produced a guide to assist parties who want to launch cooperative sustainable initiatives, involving sustainable food production.²⁴¹

2. Accountability

20. The flip side of allowing sufficient independence to the competition authority is ensuring its accountability to ensure that competition authority is subject to proper democratic control.²⁴² ACM presents its annual report to the Parliament and, as Chairman of the Authority, I appeared before a parliamentary committee to answer questions on ACM’s performance.

21. In addition, with the increasing importance of consumer empowerment, and increasing involvement of expert groups and consumer groups in consultations, accountability to the general public has also become a core element of authority governance. Different opinions in society are voiced in the media on the pros and cons of the free market system, and on the protection of public interests. It is for this reason that NCAs work at showing the effects that their interventions have for consumers. As a result of this, ACM devotes considerable time to consulting on issues concerning its future priorities, making use of round table events and social media, to gather information, and encourage dialogue between the authority and the sector. Authorities may have to work hard to gain public support and, in fact, it could be argued that, as the participation and consultation of consumers

²⁴⁰ See <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12046/ACM-deal-over-closing-down-coal-power-plants-harms-consumers>.

²⁴¹ See <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability>.

²⁴² M.J. Trebilcock and E.M. Iacobucci, Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate, *Loyola University Chicago Law Journal*, 41, (2010), 457.

and stakeholders in their decision-making processes increases, the formal accountability requirements fade in importance.

22. ACM wishes to give account of the effectiveness of its work in an open manner. In some cases, the outcome of ACM's work is directly visible to consumers. However, in most cases, the effect of the NCAs' work is more indirect. For this reason, ACM calculates—using fairly conservative assumptions—in monetary value the expected outcome of its work for consumers. In 2013, this amount summed up to an estimated EUR 1.85 billion.²⁴³

23. Openness about our operations can also be achieved by showing the direct effects—either quantitative or qualitative—of specific interventions imposed on market parties. This is why ACM this year started a project on *ex post* impact evaluations. The goal is to provide our organization with a helpful tool to analyze market behavior, set concrete objectives, and measure the impact of interventions in individual cases. On the one hand, this serves to gather information on the effectiveness of our operations, which can be used in later cases. On the other hand, this approach serves as a way to show the public that we choose our instruments wisely, and that they have the intended effect.

3. Innovation

24. Authorities benefit from being distinctive in how they deal with markets, and being acknowledged as a relevant stakeholder. One way to do this is through innovation. As the environment in which the NCA operates is constantly changing, so should the NCA change. The European Commission is cautious when it comes to merged authorities, warning that “*such amalgamation of competences should not lead to a weakening of competition enforcement or a reduction in the means assigned to competition supervision.*” However, such amalgamations can also operate as a catalyst for changes, for example, in enforcement methods. Classical enforcement methods may become less effective after time. That is why ACM adopts a problem-solving approach. This means that the effects of our actions for consumers are always central, and the methods to achieve this can vary. In the past year, we imposed fines, pushed for commitments, launched consumer awareness campaigns, or even used a combination of methods in order to reach our goals.

25. This theme of “Innovation in Oversight, Oversight and Innovation” was the topic of the ACM Congress 2014. The guests included representatives from international authorities, government, universities, and the private sector. Her Majesty Queen Maxima, Cass Sunstein, Bill Kovacic, Annet Aris, and David Leadbeater were the speakers at the conference. They shed light on the types of innovations that are demanded from regulatory authorities, but also how authorities themselves can incentivize innovations in the market. An important

lesson we drew from the conference is that innovation, which necessarily implies the willingness to experiment and take risks, is an important condition for achieving long-term goals.

26. An example of the way in which we are honing our tools is by the centralization of our information system on tips and signals. Apart from our aim always to use state of the art techniques for detection, we also want to ensure that information received through tips from the market can all be gathered in one place. We consider this concept of information-exchange a crucial condition for reaping the benefits of a merged authority, in order to achieve synergies, and also to avoid unnecessary administrative burden that may be inherent in dealing with multiple enforcers. The authority's power to share information in this way is enshrined in law, and was seen by the legislator as one of the important benefits of the merger of the consumer authority, competition authority, and sector-specific regulators.

4. Human capital

27. An authority can have many ambitions, of which none will prevail if it is not properly staffed, both in quantitative as well as qualitative terms. Accurate recruitment is essential for innovations to succeed. ACM has set as a priority to build on a qualitative and diverse staff. Where authorities are historically mostly built around lawyers and economists, we are now also looking at personnel specialized in behavioral sciences, data analysis, and so on. It is eventually the quality and fit of the staff that determine the achievements of an authority.

28. The new ACM Academy was launched in 2013, enabling our employees to take courses and improve their knowledge and skills in the areas of competition enforcement, regulation and consumer protection. ACM seeks to cooperate with educational and development programs at other regulators, government agencies, and universities. ACM has an extensive program for taking on student interns from the top Dutch universities. In addition, it organizes and participates in round tables and seminars to which academics and experts are invited to discuss topical issues of competition law and oversight. For example, ACM staff participated in a class given by Harvard's Malcolm Sparrow, in December 2013.

Conclusion

29. ACM is convinced of the synergies that are created in the Netherlands by bringing together the powers in competition, regulation, and consumer protection. This does not necessarily mean that the creation of an ACM is the solution for every country. The relevant context in which authorities operate still determines the possible efficiencies of such a merger. This article has highlighted certain design issues, such as independence and innovation, which are particularly relevant in such agency design deliberations. ■

243 ACM Annual Report 2013

Synergie entre droits de la concurrence et de la consommation*

Bob Schmitz**

bobschmitz@compuserve.com

Conseiller juridique, Union Luxembourgeoise des Consommateurs

11. La transposition récente de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs²⁴⁴ a permis de rappeler le lien étroit entre droit de la consommation et droit de la concurrence : “(...) *il est possible d’envisager un code de droit économique qui regrouperait le droit de la consommation et le droit de la concurrence, c’est-à-dire des matières qui reposent sur une logique de régulation et dont la dimension collective se traduit par l’omniprésence de l’administration gardienne de l’ordre public économique* (...)”²⁴⁵ La Belgique a suivi cette voie en adoptant, le 28 février 2013, un code de droit économique.

12. Quant à l’Italie, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato déjà chargée de l’application du droit de la concurrence et des pratiques commerciales déloyales lésant les consommateurs (ainsi que les petites entreprises), elle s’est vu confier en plus l’enforcement de la directive 2011/83/UE. L’association italienne des consommateurs Altroconsumo y voit la principale valeur ajoutée de la transposition de cette directive, car “*grâce à cette indication claire quant au rôle de l’antitrust comme autorité de référence pour les relations de consommation, le système du public et du private enforcement en sort renforcé*”²⁴⁶. L’antitrust italien a démontré sa grande efficacité encore récemment en condamnant l’entreprise Apple pour avoir induit en erreur les consommateurs sur leurs droits de garantie légale découlant de la directive 1999/44/CE pour mieux promouvoir et vendre ses propres garanties commerciales²⁴⁷. Cette condamnation italienne, avec l’obligation pour Apple et ses revendeurs d’afficher une notice claire sur les droits de garantie légale sur leur site Internet (ainsi que dans les magasins), a été le point de départ d’actions coordonnées au niveau communautaire ainsi que d’actions en cessation dans plusieurs autres pays (dont une action de

l’ULC devant les tribunaux luxembourgeois²⁴⁸) contre Apple pour des pratiques identiques. À ce jour, il s’agit de l’exemple le plus patent de l’efficacité transfrontalière d’une autorité indépendante appliquant tant le droit de la concurrence que le droit de la consommation. Certains se sont étonnés que pour une même pratique trompeuse, une amende de 900 000 euros ait été imposée en Italie, mais seulement de 47 000 euros en Espagne²⁴⁹. L’explication peut résulter notamment du fait que l’antitrust italien a tenu compte du volet concurrence en constatant qu’Apple menaçait ses revendeurs autorisés de leur retirer l’agrément si d’aventure ils osaient informer correctement les acheteurs sur leurs droits légaux.

13. D’autres pays européens ont décidé récemment de regrouper le *public enforcement* du droit de la concurrence et celui du droit de la consommation (Royaume-Uni, Irlande²⁵⁰, etc.) voire les autorités sectorielles (Pays-Bas²⁵¹). La nouvelle autorité britannique CMA (Competition & Markets Authority) a publié, en mars 2014, un guide²⁵² sur l’usage qu’elle compte faire de ses pouvoirs en matière de consommation, en écrivant notamment : “*Experience strongly suggests that competition and consumer policy are linked (...) An understanding of consumer policy can help competition analysis through a better understanding of consumer detriment and how consumers interact with businesses. Lessons from consumer behaviour can inform how remedies are likely to work in practice and whether they will be effective (...) The CMA will seek to target consumer enforcement action where it can secure wide-ranging changes to markets and tackle significant consumer detriment, particularly in emerging trends. (...) For the CMA, enforcement action may be appropriate where it has determined that breaches of law point to systemic failures in a market (sector or geographic), where changing the behaviour of one business would set a precedent or have other market-wide implications, where*

* Nous nous référons aux droits économiques des consommateurs.

** Cette contribution n’engage pas l’ULC.

244 JO L 304/64, 22.11.2011.

245 D. Voinot (professeur à l’Université Lille 2), Transposition de la directive relative aux droits des consommateurs en droit français : ultime étape avant l’adoption d’un nouveau code de la consommation ? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, numéro séparé 2013 “La Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs et sa transposition en droits belge et français”.

246 “Nuovi diritti dei consumatori all’orizzonte”, 14.04.2014, Altroconsumo Consumer policy on-line (www.consumatoridirittimercato.it).

247 Provvedimento n. 23155 del 21.12.2011 confermato dal TAR.

248 À la suite d’un arrangement à l’amiable, l’affaire a été rayée : v. “Garantie légale”, <http://store.apple.com/lu>.

249 Comunicado de Resolucion 24.6.2013, Comunidad de Madrid (N° Doc : 05-127627. 3/13).

250 Competition and Consumer Protection Commission annoncée en date du 31 mars 2014.

251 Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM): www.acm.nl.

252 Consumer Protection : Guidance on the CMA’s Approach to Use of its Consumer Powers, March 2014; www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority.

there is an opportunity to set an important legal precedent or where there is a strong need for deterrence or to secure compensation for consumers (...)."

14. Ces synergies nationales ne trouvent, hélas, pas encore de véritable écho au niveau communautaire, comme le montrent deux textes de la Commission européenne publiés presque au même moment au début de juillet de cette année. Il s'agit, d'une part, du rapport de la Commission sur le fonctionnement du règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs²⁵³ et, d'autre part, de la communication de la Commission Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 : Achievements and Future Perspectives²⁵⁴.

15. Tant pour la consommation (Consumer Protection Cooperation/CPC network) que pour la concurrence (European Competition Network/ECN), il existe des réseaux d'échange d'informations et de coopération entre autorités nationales, dont la Commission souligne les mérites et résultats obtenus. Concernant une meilleure application commune du droit, la Commission met le doigt sur des lacunes actuelles similaires. Concernant la concurrence, elle précise : *"To enhance EU competition enforcement for the future, the institutional position of NCAs (National Competition Authorities) needs to be reinforced while at the same time ensuring further convergence of national procedures and sanctions applying to infringements of EU antitrust rules. Both aspects are key to achieving a truly common competition enforcement area in the EU (...)*" Quant à la consommation, elle relève : *"The evaluation points to obstacles caused by the discrepancy in the proceedings' nature and the competent authorities' powers among the Member States. Such obstacles may not only cause delays in cooperation and in case handling, but affect the effectiveness of EU consumer protection laws' enforcement and trust in the system. The evaluation recommends addressing these problems by a targeted coordination of CPC relevant procedural issues (...)*" Il faut espérer que la nouvelle Commission, présidée par M. Jean-Claude Juncker, s'inspirera des développements nationaux visant des synergies fonctionnelles entre ces différentes branches de droit dans un but d'efficacité accrue de l'enforcement.

16. Compte tenu de sa dimension réduite, le Luxembourg est particulièrement tributaire d'une concurrence saine au-delà de ses frontières. Tant les professionnels que les consommateurs implantés au Luxembourg peuvent pâtir plus que dans des pays plus grands de pratiques anticoncurrentielles provenant de l'étranger. Ainsi en est-il d'un problème souvent évoqué au Grand-Duché, mais jamais résolu, qui a une incidence très nette sur le niveau des prix. Les distributeurs luxembourgeois sont en effet souvent obligés de se procurer les marchandises *via* un importateur (souvent belge) au lieu de pouvoir s'adresser directement à la maison mère, ou à

un fournisseur de leur choix²⁵⁵. Quant aux consommateurs luxembourgeois, la Commission a relevé elle-même que, comme leurs collègues dans d'autres petits pays (comme Malte), ils sont davantage victimes de "refus de vente" en matière de commerce électronique. Beaucoup de sites ne permettent, en effet, de vendre ou de livrer des produits qu'aux consommateurs résidant sur le territoire que le site Internet national couvre. Il en est ainsi des sites Internet d'Apple, mais aussi d'autres grandes marques comme Zalando. Jusqu'à récemment, il n'existait pas de site luxembourgeois de Zalando²⁵⁶ et il était impossible aux consommateurs luxembourgeois d'acheter par exemple *via* les sites allemand ou belge. Le refus de vente d'un produit ou d'un service à un consommateur, sauf motif légitime, n'étant pas sanctionné au niveau communautaire comme une pratique commerciale déloyale (contrairement à l'art. L. 122-1, code de la consommation en France), des poursuites éventuelles dépendent essentiellement du droit de la concurrence (éventuellement de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur²⁵⁷). Nous nous sommes interrogés notamment sur les restrictions territoriales d'Apple Store et avons alerté sans suite la Commission : *"(...)* Nous pensons que les restrictions de vente sont dues à la politique de distribution de Apple. Le droit de la concurrence permet parfaitement aux entreprises de choisir la distribution exclusive en réservant des territoires de vente protégés à un seul distributeur. Apple peut interdire à ses distributeurs de faire de la promotion de vente active en dehors de leur propre territoire alloué. Par contre, le droit de la concurrence ne tolère pas qu'un distributeur (Apple Store Luxembourg) ne puisse répondre à des commandes de consommateurs résidant ailleurs. C'est ce qu'on appelle des "ventes passives" qui doivent éviter justement qu'une grande multinationale comme Apple segmente le Marché intérieur pour mieux contrôler sa propre politique de prix et d'offres de produits et de services (...)"²⁵⁸.

17. Le Conseil de la concurrence luxembourgeois (ci-après Conseil) ne peut qu'être jaloux des pouvoirs confiés à ses collègues membres du ECN, ce qui présuppose que des ressources adéquates leur soient allouées. Il n'en est rien au Luxembourg, mais malgré tout notre Conseil a prouvé qu'il agit avec détermination dans l'intérêt des consommateurs même si des intérêts nationaux sont invoqués pour qu'il soit moins vigilant. Il en est ainsi surtout depuis que notre pays s'est doté du modèle d'autorité administrative unique et indépendante regroupant les fonctions d'instruction et de décision tout en les séparant d'un point de vue fonctionnel. Ci-après, les enseignements de trois cas majeurs : *TV par câble, Assurance RC Auto, Distribution autos*.

255 Shopping sans frontières, hebdomadaire *Le Jeudi* du 3 juillet au 9 juillet 2014.

256 <http://fr.zalando.be/zalando.be/zalando-cgv>.

257 Son article 20 stipule que "les États membres veillent à ce que le destinataire ne soit pas soumis à des exigences discriminatoires fondées sur sa nationalité ou son lieu de résidence."

258 Que faut-il penser des restrictions territoriales de vente de Apple Store ? dans le mensuel de l'ULC, *de Konsument*, mars 2012 (www.ulc.lu)

253 COM(2014) 439 final, 1.7.2014.

254 COM(2014) 453, 9.7.2014.

18. Dans l'affaire *Coditel* (devenu *Numericable*), le Conseil²⁵⁹ a condamné, à la suite d'une plainte de l'ULC, le distributeur par câble pour un triple abus de position dominante :

- facturation de frais d'abonnement pour les prises au-delà de la première prise sans avoir établi l'existence de frais réels (pratique de prix excessifs) ;
- obligation d'acheter les décodeurs que l'entreprise commercialise elle-même (vente liée limitant injustement les choix des consommateurs) ;
- commercialisation des seuls modèles de décodeurs imposant des fonctions comme le guide des programmes, la *video on demand* ou l'accès à Internet dont les abonnés n'ont pas nécessairement besoin ou qu'ils peuvent obtenir ailleurs (limitation du libre choix des consommateurs).

19. Dans le cadre de cet exposé, deux réflexions du président de l'époque du Conseil méritent notre attention. *“Le Conseil tient à exprimer ses regrets que l'ensemble des reproches soulevés par les nombreux consommateurs n'aient pas fait l'objet de la part de l'Inspection de la concurrence d'une appréciation plus approfondie au regard de la notion d'abus d'exploitation (...). Le Conseil estime, en effet, que le fait qu'un comportement puisse être justiciable d'un autre domaine du droit ne justifie pas à lui seul qu'il ne soit pas justiciable du droit de la concurrence.”* L'Inspection avait constaté qu'*“un nombre important de reproches adressés à Coditel ne relevaient pas du droit de la concurrence, mais d'autres domaines tel que le droit des contrats, le droit des obligations, le droit de la consommation ou le droit de la protection de la vie privée [qui] n'avaient pas lieu d'être poursuivis par ses soins”*. Il s'agissait notamment des plaintes de nos membres relatives au défaut de qualité du service clientèle, de problèmes de facturation, du comportement général de Coditel (chantage, etc.) ou encore de la qualité et de l'étendue du service de distribution (coupures injustifiées, mauvaise qualité, etc.). Cela illustre notre propos que les droits de la concurrence et de la consommation méritent un examen conjoint en veillant évidemment à ce que les droits de procédure respective soient respectés.

20. Deuxième réflexion du président du Conseil communiquée aux médias : *“Le retour des sommes versées relève de la relation contractuelle entre abonnés et Coditel [mais] il est probable que seuls quelques abonnés iront devant les tribunaux pour récupérer quelques centaines d'euros.”* Il s'agit d'un aveu d'impuissance signifiant que Coditel profite *de facto* d'un inacceptable enrichissement sans cause. Ce cas prouve à suffisance que l'introduction d'une action de groupe permettant aux victimes d'intenter ensemble, par le biais d'une association de consommateurs, une action en réparation devant les tribunaux civils s'impose. Depuis lors, la France et la Belgique ont légiféré et introduit l'action

de groupe, y compris en matière de concurrence²⁶⁰. Une recommandation de la Commission européenne invite les États membres à introduire dans leurs systèmes nationaux le recours collectif d'ici au 26 juillet 2015²⁶¹. À ce jour, notre gouvernement n'a, hélas, soumis à consultation aucun avant-projet de loi, alors que les lois française et belge offrent des modèles probants.

21. L'affaire *Assurance RC Auto* était particulièrement sensible parce qu'elle concernait un accord conclu au sein de l'Association des Compagnies d'Assurances et de Réassurances du Grand-Duché de Luxembourg (ACA), avec la bénédiction de l'autorité administrative (Commissariat aux Assurances), empêchant les assureurs membres d'utiliser le bonus/malus (échelle établie en fonction des accidents) d'un contrat préexistant pour fixer (réduire) la prime de départ d'un nouveau contrat du même assuré pour une voiture supplémentaire, ou lors de la reprise d'un véhicule de *leasing*, ou encore lors du transfert du contrat, par exemple, du père au fils, ce dernier étant le conducteur effectif ayant obtenu le bonus grâce à sa conduite prudente. L'ULC a réuni un nombre impressionnant de plaintes individuelles et en a saisi le Conseil tout en sachant qu'il ne serait pas aisé de faire condamner un des secteurs phares de la place financière luxembourgeoise. L'affaire s'est compliquée encore quand le ministre des Finances de l'époque a pris fait et cause pour l'ACA dans sa réponse à une question parlementaire alors que l'instruction du Conseil était en cours. Malgré cette défense politique du *“modèle luxembourgeois”* (sic le ministre dans les médias), le Conseil a fait preuve d'une parfaite indépendance et a sévèrement condamné l'ACA ainsi que neuf compagnies membres²⁶². Autre aspect remarquable de cette affaire qui a été rondement menée par le Conseil : elle a engendré un dialogue constructif entre l'ULC et l'ACA qui a abouti à une déclaration commune en matière de réforme du système bonus/malus à Luxembourg.

22. Concernant la *Distribution auto*, une loi du 24 juillet 2014 relative aux règles spécifiques s'appliquant aux accords verticaux de distribution dans le secteur automobile²⁶³ stipule que ses dispositions (d'ordre public) *“s'appliquent obligatoirement à tout accord vertical de distribution de véhicules automobiles où l'une des parties au moins est une entreprise établie au Luxembourg”* en prévoyant que ces accords doivent être conclus pour une durée d'au moins cinq ans ou, si l'accord est à durée indéterminée, il ne peut être résilié qu'avec un préavis d'au moins deux ans. En plus, des indemnités au profit des distributeurs luxembourgeois sont prévues. L'exposé des motifs précise que *“vu la petite taille du marché luxembourgeois, ils [distributeurs luxembourgeois] ne disposent vraisemblablement pas de suffisamment de pouvoir pour négocier des accords aussi favorables que dans le passé”*. Cette loi a été adoptée à la va-vite malgré de nombreuses

260 V. not. Rapport annuel 2013 de l'Autorité de la concurrence (France).

261 JO L 201, 26.7.2013.

262 Décision n° 2012-FO-08 du 20 décembre 2012.

263 Mémorial A – n° 143, du 1^{er} août 2014.

259 Décision 2013-FO-01 du 5 mars 2013

réticences, dont l'avis du Conseil de la concurrence²⁶⁴, qui se demande notamment si l'intérêt des consommateurs est sauvegardé : *“Est-ce que les mesures envisagées améliorent la distribution des véhicules automoteurs ? Est-ce qu'elles contribuent au progrès économique ? Sont-elles de nature à réserver au consommateur une partie équitable du profit qui en résulterait ? Autant de questions qui demeurent sans réponse...”* Le Rapport parlementaire rappelle que *“les règles européennes portant sur la distribution de véhicules neufs ont été simplifiées et permettent aux constructeurs d'organiser leurs réseaux de distribution avec plus de flexibilité dans le cadre de marchés de distribution où évoluent des distributeurs multimarques et monomarques. Par ailleurs, les nouvelles règles devraient améliorer la concurrence entre réparateurs agréés et indépendants par un accès facilité à la documentation technique des constructeurs et aux pièces détachées (...)”*²⁶⁵. Or, ni le projet ni la loi adoptée ne se soucient des garages indépendants mais uniquement des distributeurs agréés. Dès l'entrée en vigueur des nouvelles règles de concurrence automobile au 1^{er} juin 2010, nous avons émis nos doutes : *“L'intention de renforcer la position des garagistes indépendants est louable mais quel est leur poids réel face au constat de la Commission : ‘(...) la position généralement forte des réseaux de réparateurs agréés sur le marché, leur importance particulière pour les propriétaires de véhicules automobiles neufs et le fait que les consommateurs ne sont pas prêts à parcourir de longues distances pour faire réparer leur véhicule (...)’. Question que des enquêtes de la Commission devraient vérifier d'ici quelque temps : les prix des entretiens et réparations ont-ils baissé de manière significative”*²⁶⁶. À ce jour, nous n'avons pas connaissance de résultats d'enquête ni au Luxembourg ni ailleurs.

23. En Belgique, l'association Federauto – regroupant les indépendants – a récemment mené une enquête au sein de ses membres. Nous lisons également avec intérêt qu'en France une décision de libéralisation des pièces de rechange dans le secteur de la réparation automobile est en attente²⁶⁷.

24. Concernant les questions du Conseil, le rapport parlementaire avance que l'objectif recherché par la loi est conforme aux intérêts des consommateurs, qu'une répercussion sur le niveau des prix de vente des automobiles est à exclure et *“que protéger ces détaillants d'adaptations ou de résiliations intempestives de leurs contrats de distribution est dans l'intérêt des automobilistes souhaitant continuer à disposer d'un réseau assez dense de garagistes à proximité et permettant ainsi d'assurer l'entretien régulier de leurs véhicules toutes marques confondues”*. Cette argumentation confirme que seuls les réseaux de distribution sélective réputés chers tiennent à cœur au législateur luxembourgeois. Il faut savoir que l'avis de l'ULC n'a pas été sollicité et que les garagistes indépendants ne sont guère organisés dans notre pays pour défendre des intérêts communs.

25. En conclusion, le lien étroit entre pratiques anticoncurrentielles – pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs – droits économiques des consommateurs ne peut guère être contesté, d'autant moins que la libéralisation des pratiques commerciales déloyales a fait disparaître les restrictions, par exemple, en matière de ventes liées qui ne peuvent plus guère être contestées qu'au regard de l'abus de position dominante. Quant au *public enforcement* de ces branches de droit, l'évolution nationale confirme l'interdépendance et le bien-fondé de les regrouper au sein d'une autorité indépendante qui a l'habitude d'effectuer des enquêtes poussées comme le font précisément les autorités de la concurrence. Le *public* et le *private enforcement* du droit de la consommation ne peuvent qu'en bénéficier, y compris pour entamer par la suite des actions en réparation collective devant les tribunaux. ■

264 Avis n° 2014-AV-01 du 14 février 2014.

265 Rapport de la Commission de l'économie, 19 juin 2014 (doc. parl. n° 6592/6), www.chd.lu.

266 Concurrence accrue en matière de réparation et d'entretien des automobiles ? *de Konsument*, septembre 2010, www.ulc.lu.

267 Rapport annuel 2013 de l'Autorité de la concurrence, précité, p. 6.

Challenges in competition law enforcement in small economies

Claude Strasser

nicole.d.angelo@post.lu

Directeur général, POST Luxembourg

I. Introduction

1. Competition law in the EU is based on a set array of legislation and guidelines. These are intended to be applied uniformly across the EU regardless of the size of the economy in order to ensure a consistent application of competition law. As the European Commission has noted, “*it sees no reason to modify competition laws or their application according to the size of the relevant geographic market.*”²⁶⁸ However, while both authorities and businesses benefit from a clear set of rules, applying a “one size fits all” format to all economies, regardless of their size, can have a distorted outcome, amongst others when determining market dominance or when assessing the consequences of the dominance.

2. This concerns POST, as a Luxembourg state-owned undertaking which is the historical operator in the telecom and postal sector and further also provides financial services. Even when all these markets are fully liberalised, the “one size fits-all” application of competition law leads authorities to believe that POST has a dominant position. It is thus without surprise that POST, as other historical operators in other countries, is regularly involved in procedures before the Luxembourg Competition Authority. It is the position of POST that dominance is not just a matter of market shares and that market power must anyhow be assessed taking duly into account geographical specificities and the emergence of new technologies.

II. Challenges in determining dominance

3. Determining market dominance is intended to be flexible enough to account for the various situations that might arise. And yet, more often than not, market dominance is adduced simply from an assessment of the market share of the business. If reaching a certain threshold, the business is deemed to be dominant. While relying on this threshold facilitates the determination of

whether a business is dominant, the outcome may seem distorted when applying the same formula to differently sized economies. A simple example is that of telecom providers in Luxembourg and abroad.

4. If simply considering size, incumbent operators in small economies are likely to fall short of reaching the levels of impact that incumbent operators in larger economies have. POST is, as noted, the incumbent operator in the postal and telecom sector. It is the third largest employer in Luxembourg with an annual turnover of EUR 700 million and approximately 200 000 customers. In comparison, other incumbent operators have up to 30 million customers. It is clear that there is a significant difference between these operators and yet, while the latter are no longer considered dominant in their markets, POST remains classified as the dominant operator in Luxembourg.

5. Such relative size is equally visible when considering the position of operators of small economies compared to operators in larger economies during negotiations. For example, in an ever more connected world, competitive roaming charges are vital for telecom providers to be competitive on the local market. And yet, in negotiations about roaming charges with non-Luxembourg operators, such as large US telecom providers, POST is at a disadvantage due to its small size.

6. A final point is the question of the notion that an operator is considered dominant if it can act as it chooses independently of the actions of its competitors and consumers, such as by having the ability to freely set prices. While being the incumbent operator entails a certain status, POST is in no way immune to the demands of the market. With the number of operators in Luxembourg, customers have a great choice in determining their provider and it is becomingly increasingly easier to switch between providers. Thus, the moment POST attempts to dictate prices, the market share that so defines POST as dominant would certainly vanish.

7. Determining dominance based merely on market share is therefore an oversimplification of the reality. And the “one size fits all” approach which is common in EU competition law and regulatory matters is therefore not practical in many aspects.

²⁶⁸ International Competition Network, ICN Special Project for the 8th Annual Conference – Competition Law in Small Economies (2009), p. 5, available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc385.pdf>.

III. Challenges in defining the relevant market

1. The product market and new technologies

8. The troubled application of the “one size” competition law to smaller economies is evident in other areas, such as the definition of the relevant market. While the question of new technologies and their inclusion in the calculation of the relevant market is subject to discussion by many competition authorities,²⁶⁹ the small size of the Luxembourg economy highlights this issue, especially in terms of the new technologies on the telecom sector.

9. Luxembourg operators not only compete with each other, they also compete with alternative operators. These operators vary in format and size, ranging from small independent operators to subsidiaries of large European operators. Increasingly, however, the fiercest competition is not between these “traditional” operators, but rather between the traditional operators and the providers of Over-the-top content (OTT).

10. These players use the Internet as a platform to act globally and are not as restricted by national borders as traditional operators. The large online operators, such as Google and YouTube, deliver content, often free of charge, to their customers on the back of networks set up and maintained by telecom operators. Their customers are situated around the world and, provided they have an Internet connection, the online operators can deliver services to them. In comparison, if traditional telecom operators want to export their products, like IPTV, to cities close to the border of Luxembourg, such as Trier in Germany, Metz in France or Arlon in Belgium, they face the additional regulatory requirements of the country they wish to expand to.

11. Traditional operators are thus faced with competitors that often have no physical presence in the country and who have little or no need of physical infrastructure; actors who, nevertheless, have an appreciable effect on the market. The providers of OTT are the real “game changers” in the modern service provision sector. These players have an ever-increasing influence on the market, yet are not considered to be direct competitors of traditional operators. Bearing in mind that POST is considered dominant on the Luxembourg market, these new technologies will represent a true challenge for competition authorities and competition law in general.

269 OECD, Policy Roundtable on Competition Issues in Television and Broadcasting 2013 (2013), available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf>.

2. The geographical market

12. A further issue is the determination of the relevant geographical market. For the mobile phone markets, for example, the continuous reduction in roaming fees and future abolition thereof raise the question of the expanse of the market. With ever reducing roaming fees, consumers may use the same phone number and, thus, the same operator throughout Europe. This would in essence create a virtual single EU market or rather, a national market which is stretched beyond its natural boundaries.

13. Of note here is equally that the Luxembourg workforce is to a significant extent made up by commuters from neighbouring countries: Germany, France and Belgium.²⁷⁰ With negligible or no roaming fees, neighbour country residents may opt to have only one operator—an operator which is located in the country where they live. The position of a smaller telecom operator, such as POST, will therefore be more concrete vis-à-vis other, larger EU telecom operators.

14. Competition authorities charged with supervising operators in smaller economies, such as Luxembourg, will therefore most likely face difficulties in determining the geographical market.

IV. Challenges in assessing the objectives of competition law

15. A final challenge that the “one size” competition law faces when applied to small economies is the need for infrastructure and the effect of competition law on consumers. The Luxembourg economy is heavily dependent on information technology including the availability of high-speed networks and reliable infrastructure.²⁷¹ Furthermore, consumers benefit from ever-extending networks of high-speed connections.

16. The development and upkeep of such infrastructure require a significant investment. As the incumbent operator, POST put in place a majority of the infrastructure which is currently used, and to this day continues to expand and evolve it. By way of example, POST currently has in place a large copper network and is working on expanding its fiber optic network.

270 At the beginning of 2012, this figure sat at 43.5%. Statistic available at: <http://www.luxembourg-public.lu/fr/societe/emploi-travail/marche-emploi/index.html>.

271 Communiqué du gouvernement, Le secteur de l'ICT fleurit au Luxembourg : Trois nouvelles entreprises se lancent (4 July 2014), available at: <http://www.gouvernement.lu/3829997/04-ict>.

17. However, in order to make these investments, a certain size and a certain level of revenue is required. Lower-level market shares of 10-20% would simply not suffice to make the necessary investments. POST would not be in a place to update the infrastructure and there are few other parties in Luxembourg who are currently contributing to the same extent to the development of the infrastructure.

18. Having a larger market share is therefore necessary and yet, as noted above, in small economies, such as Luxembourg, a larger market share often entails a finding of dominance and subsequent restrictions on activities, which may prevent the development on infrastructure. Without the involvement of POST, the Luxembourg economy would not have the same level of up-to-date infrastructure to rely on. Competition law should therefore not be a goal in itself aiming at creating competition, but it should also go beyond and consider national investment and, in the end, social welfare.

V. Conclusion: How does POST respond to these challenges?

19. The format that competition law currently foresees in applying the same rules to economies which vary greatly in size raises a number of issues. What may seem a dominant position in Luxembourg is miniscule compared to other operators in a sphere that is increasingly becoming globalised.

20. POST's reply to this is not to "suffer" from this situation, but to fully embrace competition principles in its corporate strategy and to be fully transparent towards the Luxembourg competition and telecom sector authorities.

21. For instance, POST has 17 wholesale offers available to its competitors on the telecom market, some of which are not regulated. It has also given access to its optical fiber network, where other operators abroad have conducted legal battles to prevent this.

22. Obviously POST also wants to stay active in the retail business and, in order to guarantee transparency on the market, has voluntarily taken the road of placing its telecom retail activities in a separate legal entity.

23. This enhanced level of transparency will undoubtedly help competition and sector authorities to better assess the market situation. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf,
Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor,
Dominique de Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot,
Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati,
David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Martine Behar-Touchais
Jean-Philippe Christienne
Michel Debroux

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Muriel Chagny, Valérie Durand,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré,
Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,
Ianis Girgenson, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky
Jérôme Gstalter

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Centre de Recherche en Droit Public
Jean-Philippe Kovar
Francesco Martucci
Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara,
Pierre Kobel, Silvia Pietrini,
Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel-Kahn,
François Souty, Stéphanie Yon

Reuves

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant,
Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Livres

Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | *Concurrences Journal*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	467,25 €	560,70 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	488,25 €	585,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	729,75 €	875,70 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	645,75 €	774,90 €
--	----------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Concurrences Journal + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	834,75 €	1001,70 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	939,75 €	1127,70 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France