

Le jeu (contradictoire) des présomptions en matière de surcoût anticoncurrentiel dans la directive 2014/104/UE. Quelles implications en cas d'actions en réparation séparées ?

François Cuvelier

*Sous la direction scientifique de :
Prof. dr. A.-L. Sibony*

1. INTRODUCTION

1. **La mise en œuvre du droit européen de la concurrence.** Lorsque les entreprises faussent le jeu de la concurrence européenne, elles s'exposent à des sanctions de deux ordres. D'une part, leurs agissements troublent l'ordre public économique et nécessitent, conséquemment, l'intervention de la puissance publique¹. La Commission européenne ou une autorité nationale de concurrence d'un État membre peut ainsi décider de sanctionner – souvent en imposant une amende – l'entreprise coupable d'une infraction au droit de la concurrence². D'autre part, les pratiques anticoncurrentielles sont aussi susceptibles de porter atteinte aux intérêts de personnes privées³, consommateurs ou entreprises, qui peuvent se prévaloir de l'effet direct des dispositions du traité. À ce titre, les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent engager la responsabilité civile de l'entreprise coupable et solliciter la réparation de leur préjudice sous la forme de dommages et intérêts devant les juridictions nationales⁴.

2. **La preuve du lien causal complexifiée par la répercussion des surcoûts.** En droit belge, les actions en réparation de ces « préjudices concurrentiels⁵ »

¹ OCDE, Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, *Relation entre action publique et action privée - France*, DAF/COMP/WP3/WD(2015)1, 15 juin 2015, pt 63.

² C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1422.

³ *Ibidem*.

⁴ La réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ne peut, en principe, être obtenue dans le cadre de la mise en œuvre des règles de concurrence par les autorités publiques. En effet, l'octroi de dommages et intérêts ne relève généralement pas de la compétence des autorités de concurrence, mais bien de celle des juridictions nationales.

⁵ Pour des raisons de brièveté, nous préférons l'appellation – quoiqu'incorrecte – de « préjudice concurrentiel » à celle de « préjudice résultant d'une infraction au droit de la concurrence ».

sont intentées sur la base de l'article 1382 du Code civil. Le succès de telles actions est alors conditionné à la réunion des trois éléments constitutifs de la responsabilité civile : une faute, un dommage et un lien de causalité les unissant. La démonstration de ce dernier élément est particulièrement ardue pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. En effet, il leur est souvent difficile de lier une perte de chiffre d'affaires (c'est-à-dire, le préjudice qu'elles estiment avoir subi) à une pratique anticoncurrentielle donnée sur un marché soumis à de nombreux aléas économiques⁶. Cette difficulté s'explique tout particulièrement par l'existence d'une chaîne de distribution au long de laquelle le préjudice économique est répercuté, en tout ou en partie, des acheteurs directs (traitant directement avec les entreprises en infraction) aux acheteurs indirects. Ainsi, « à défaut de lien contractuel direct avec l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle, le lien de causalité se perd au fil des échanges commerciaux »⁷. Dès lors, si l'acheteur direct pourra se prévaloir d'un contrat qui établira avec certitude le lien qu'il entretient avec l'entreprise coupable de pratiques anticoncurrentielles, l'acheteur indirect aura un statut de victime plus aléatoire, lequel rend la preuve du lien causal davantage complexe et, partant, l'indemnisation de son préjudice davantage hypothétique⁸.

3. La répercussion du surcoût dans la directive 2014/104/UE. Née du constat que le droit à la réparation des préjudices concurrentiels souffrait d'un déficit d'effectivité⁹, la directive 2014/104/UE (ci-après « la directive »)¹⁰, a été adoptée afin d'assurer aux victimes de pratiques anticoncurrentielles une chance réaliste d'obtenir une juste et effective compensation de leur préjudice. Cet objectif passait, avant tout, par l'allègement du fardeau probatoire pesant sur les victimes, auxquelles il incombe d'établir les conditions de fond de l'action en indemnisation. À cet effet, la directive consacre plusieurs dispositions à la répercussion du surcoût, soit la situation dans laquelle le dommage subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle a été répercuté, en tout ou en partie, par la victime directe sur ses propres cocontractants (les acheteurs indirects)¹¹. Ces derniers sont habilités à demander la réparation du préjudice répercuté, mais à la condition qu'ils puissent démontrer l'existence d'une telle répercussion. La directive facilite cette démonstration au moyen d'une *présomption*, énoncée à l'article 14, suivant laquelle une victime

⁶ J. LEONARD, « Le droit de la concurrence entre-t-il dans l'ère du *private enforcement* ? La loi sur l'action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence », *Competitio*, 2018, p. 5.

⁷ *Ibidem*, p. 259.

⁸ *Ibidem*, p. 237.

⁹ M. CHAGNY et S. CHAVAL, « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *Bulletin de droit économique*, 2015, p. 6.

¹⁰ Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *J.O.*, L 349, du 5 décembre 2014.

¹¹ M. CHAGNY et S. CHAVAL, *op. cit.*, p. 6.

indirecte est, moyennant le respect de certaines conditions, « réputée avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre ». Par ailleurs, afin d'éviter que les victimes directes puissent obtenir la réparation d'un préjudice qu'elles ont pris le soin de répercuter sur leurs clients, l'article 13 de la directive autorise l'entreprise défenderesse à invoquer que le surcoût dont l'indemnisation est sollicitée a été répercuté et ne constitue plus un dommage à réparer dans le chef de la victime directe. Cette disposition peut être interprétée comme une *présomption* de non-répercussion des surcoûts.

4. Objet de la contribution. Cet article a pour objet de présenter et d'évaluer les deux présomptions introduites par la directive en matière de répercussion des surcoûts. Nous montrons que la manière dont le législateur européen aborde la question de la répercussion manque de cohérence juridique, ce qui risque, dans la pratique, de conduire à la surindemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

5. Plan. Nous présentons, tout d'abord, le phénomène de la répercussion des surcoûts en droit de la concurrence et les présomptions introduites par la directive (2.). Nous montrons, ensuite, que le jeu de présomptions est susceptible de conduire à la surindemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles en cas d'actions en indemnisation séparées (3.). Nous évaluons, enfin, les moyens procéduraux permettant au juge belge de prendre en considération les actions en réparation séparées et ainsi réduire le risque que nous aurons identifié (4.).

2. LA RÉPERCUSSION DU SURCOÛT EN DROIT DE LA CONCURRENCE

6. Nous présentons, tout d'abord, le principe de la répercussion du surcoût en droit de la concurrence et montrons que celui-ci – généralement décrit comme « the central problem of private antitrust enforcement »¹² – complexifie fortement la conceptualisation et l'indemnisation du préjudice concurrentiel (2.1.). Nous abordons, ensuite, la manière dont la directive entend encadrer ce phénomène dans le cadre du contentieux indemnitaire de la concurrence (2.2.).

2.1. NOTIONS

7. La répercussion comme principe général de droit européen. La répercussion des surcoûts économiques est un principe général de droit de l'Union européenne. Il trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour de

¹² F. BULST, « Of Arms and Armours, The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law », *Bucerius Law Journal*, 2008, p. 85.

justice relative au remboursement des droits de douane illégalement perçus par les États membres. Dans l'affaire *San Giorgio*¹³, la Cour a ainsi reconnu qu'un commerçant avait le droit de demander le remboursement des droits illégalement perçus par un État membre. Toutefois, l'État est exempté du remboursement s'il peut établir que le commerçant a répercuté le surcoût économique né de l'impôt illégal sur ses clients. Selon la Cour, « rembourser [au commerçant] le montant de la taxe qu'il a déjà perçu de son acheteur équivaldrait pour lui à un double paiement susceptible d'être qualifié d'enrichissement sans cause »¹⁴. L'application de la répercussion du surcoût en matière de contentieux de la concurrence a été indirectement reconnue par la Cour de justice dans l'affaire *Courage*¹⁵. La Cour y a, en effet, déclaré que *toute personne* – ce qui inclut les acheteurs indirects ayant subi une répercussion – pouvait demander la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi.

8. Définition de la répercussion des surcoûts anticoncurrentiels. Selon la théorie économique, une entreprise répond généralement de manière rationnelle à l'augmentation de ses coûts en élevant les prix qu'elle pratique vis-à-vis de ses clients¹⁶. Dès lors, si en raison d'une entente illégale, l'ensemble des fournisseurs actifs sur un marché augmente concomitamment leurs prix, les acheteurs des biens concernés par cette surfacturation, dans l'hypothèse où ces acheteurs sont des entreprises, verront leurs coûts augmenter et leurs marges se réduire¹⁷. Ces « acheteurs directs » seront alors incités à augmenter leurs propres prix afin de transférer ce surcoût à leurs clients (« les acheteurs indirects »). Ces derniers, s'ils sont également des entreprises, risquent eux aussi de répercuter ce surcoût aux acheteurs de leurs produits, et ainsi de suite jusqu'au consommateur final¹⁸. En pratique, il est donc fréquent que le préjudice économique né du comportement anticoncurrentiel soit répercuté, en tout ou en partie, en aval d'une chaîne de distribution, dans les prix des biens ou services concernés¹⁹. Le préjudice concurrentiel est alors partiellement, voire intégralement, supporté par les acheteurs indirects ou les consommateurs finaux et non par les co-contractants directs de l'entreprise auteure de l'infraction.

9. Illustration : l'entente des producteurs de verre automobile. À titre exemplatif, considérons l'illustration suivante. En 2008, la Commission a mis au jour et poursuivi une entente ayant pour objet la fixation des prix sur le

¹³ C.J.C.E., 9 novembre 1983 (*San Giorgio*), C-199/82, *Rec.*, p. 3595.

¹⁴ C.J.C.E., 14 janvier 1997 (*Comateb*), C-192/95 à C-218/95, *Rec.*, 1997, I, p. 165, pt 22.

¹⁵ C.J.C.E., 20 septembre 2001 (*Courage*), C-453/99, *Rec.*, 2001, I, p. 6297.

¹⁶ B. DURAND, « Comment prendre en compte la répercussion des surcoûts dans le calcul du préjudice ? », *Competitio*, 2018, p. 52.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ J. LEONARD, *op. cit.*, p. 23.

marché du verre automobile²⁰. Les surcoûts illégaux nés de cette entente ont été supportés, en premier lieu, par les constructeurs automobiles qui se fournissaient auprès des producteurs de verre impliqués dans l'entente. Cependant, les constructeurs automobiles ont, en toute vraisemblance, intégré le surcoût né de l'entente dans le prix final des voitures qu'ils produisaient. De la sorte, le dommage concurrentiel peut être considéré comme ayant été – partiellement ou totalement – répercuté, dans le prix de vente de la voiture, sur les consommateurs, acheteurs indirects.

10. Les deux implications de la prise en compte de la répercussion. En cas de répercussion des surcoûts, le principe de la réparation intégrale des préjudices concurrentiels, tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice²¹, emporte deux exigences. Il requiert, d'une part, « que toute personne située en aval de la chaîne de distribution puisse exiger la réparation du préjudice réel qu'elle a subi sous la forme du surcoût répercuté »²² et, d'autre part, « que l'auteur de l'infraction puisse, dans le cadre de l'action civile, se prévaloir de la répercussion du surcoût par un acheteur direct afin de n'avoir pas à compenser ce dernier au-delà de la perte qu'il a effectivement subie »²³. Pour répondre à ces deux exigences, les articles 12 à 14 de la directive reconnaissent, premièrement, la qualité aux acheteurs indirects à agir en réparation, et, deuxièmement, l'admissibilité de la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre l'action portée par l'acheteur direct.

2.2. LA REPERCUSSION DU SURCÔÛT DANS LA DIRECTIVE

11. La directive aménage la preuve de la répercussion des surcoûts anticoncurrentiels tant lorsque l'action en réparation est portée par un acheteur direct (2.2.1.), que par un acheteur indirect (2.2.2.). Le jeu de présomptions ainsi introduit nous semble contradictoire (2.2.3.).

2.2.1. La répercussion du surcoût et l'action en réparation de l'acheteur direct

a. L'article 13 comme moyen de défense contre l'action de l'acheteur direct

²⁰ Commission européenne, décision du 28 novembre 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. COMP/39165 – Verre plat), n° C(2007)5791 final.

²¹ Comme l'a admis la Cour de justice dans l'arrêt *Courage* précité, la pleine efficacité des dispositions du traité serait mise en péril si l'ensemble des victimes de pratiques anticoncurrentielles ne pouvait prétendre à la réparation de leur préjudice. La directive s'inscrit indéniablement dans cette logique compensatoire puisqu'elle oblige les États membres à veiller à ce que *toute personne* ayant subi un préjudice concurrentiel puisse en poursuivre la réparation.

²² A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELBROECK, « L'action collective en droit de la concurrence belge », in *L'action en réparation collective* (sous la dir. de J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART), Limal, Anthemis, 2015, p. 395.

²³ *Ibidem*.

12. **La consécration du « *passing-on defence* » en droit européen.** L'article 13 de la directive énonce que l'entreprise défenderesse à une action en dommages et intérêts peut invoquer, comme moyen de défense, que le demandeur a répercuté sur ses clients, en tout ou en partie, le surcoût résultant de l'infraction (ce moyen est communément désigné par son appellation anglaise de « *passing-on defence* »). En effet, lorsqu'une victime réduit sa perte subie en la répercutant en aval de la chaîne de distribution, la perte répercutée ne constitue plus un dommage à indemniser dans son chef²⁴.

13. **Le rejet du « *passing-on defence* » en droit fédéral américain.** Le droit de l'Union européenne a ainsi pris le contre-pied de la jurisprudence fédérale américaine qui, depuis l'arrêt de la Cour suprême *Hanover Shoe*, refuse l'admissibilité de la répercussion des surcoûts comme moyen de défense dans le contentieux indemnitaire de la concurrence²⁵. Selon la Cour suprême, admettre le « *passing-on defence* » découragerait les acheteurs directs à poursuivre la réparation de leur préjudice puisque ce moyen implique, par définition, la réduction, parfois de manière substantielle, du montant de dommages et intérêts qui leur serait alloué. La jurisprudence fédérale américaine, dans une logique opposée à l'approche strictement compensatoire européenne, privilégie donc les actions en indemnisation portées par les acheteurs directs (lesquels sont souvent des entreprises, plus capables que des consommateurs à engager des procédures judiciaires longues et coûteuses), quitte à autoriser une indemnisation dépassant le montant du préjudice réel subi par ceux-ci²⁶.

14. **« *Passing-on defence* » et réparation intégrale.** À l'inverse, l'admission de la répercussion du surcoût comme moyen de défense en droit européen n'est guère étonnante. En effet, depuis l'arrêt *Courage* précité, la jurisprudence européenne postule que toute victime a droit à obtenir la *réparation intégrale* du préjudice qu'elle a subi. Or, refuser l'admissibilité de la répercussion des

²⁴ Avant la transposition de la directive, il n'existait pas, en droit belge de disposition consacrant l'admissibilité de ce moyen de défense. Celui-ci était toutefois admis en vertu du droit commun de la responsabilité et du principe de la réparation intégrale des préjudices. Voy. Bruxelles (9e ch.), 26 février 2015, 2012/AR/1.

²⁵ *Hanover Shoe & Co v United Shoe Machinery Corporation*, 392 US 481 (1968) ; *Illinois Brick Co v Illinois*, 431 US 720 (1977). Le refus de l'admissibilité du « *passing on defence* » en droit fédéral américain est également dicté par des considérations relatives aux difficultés probatoires et incertitudes pratiques que comporte l'estimation de la répercussion des surcoûts « in the real economic world, rather than an economist's hypothetical model » (392 US 493).

²⁶ La manière dont la question de la répercussion des surcoûts est abordée au sein d'un ordre juridique est révélatrice de la question de savoir si celui-ci est principalement axé sur la dissuasion des infractions au droit de la concurrence (ce qui implique de s'assurer que le défendeur ne conserve pas ses gains illicites) ou sur l'indemnisation de l'ensemble des acteurs économiques susceptibles d'être victimes d'une infraction. Comme le note F. BULST, « the more a system favours direct purchaser suits, the more it is likely to be primarily concerned with deterrence (or in fact enforcement efficiency) rather than with compensation. Conversely, the more it addresses indirect purchaser concerns, the more it focuses on furthering compensation » (F. BULST, *op. cit.*, p. 85).

surcoûts comme moyen de défense aurait permis aux victimes directes d'obtenir une indemnisation supérieure à leur préjudice réel et, inversement, de laisser les victimes indirectes sans réparation. Comme le note J. LÉONARD, « la répercussion du surcoût illustre un des fils rouges de la directive, à savoir le souci d'octroyer à chaque victime d'une pratique anticoncurrentielle la réparation intégrale du dommage subi, tout le dommage mais rien que le dommage »²⁷.

15. Charge de la preuve du « *passing-on defence* ». La charge de la preuve du moyen de défense tiré de la répercussion du surcoût incombe au défendeur en responsabilité. À cet effet, celui-ci peut demander la production de preuves en possession du demandeur, acheteur direct. Il peut s'agir, notamment, des factures adressées par le demandeur à ses clients pendant, mais aussi avant, et après, la période infractionnelle²⁸.

b. L'article 13 comme une présomption de non-répercussion du surcoût

16. Plus qu'un simple moyen de défense invocable contre l'action en réparation de l'acheteur direct, nous estimons que l'article 13 de la directive peut également être interprété comme instaurant une présomption légale non-irréfragable suivant laquelle le demandeur à l'action est réputé ne pas avoir répercuté le surcoût qu'il a subi, à moins que le défendeur ne puisse le prouver²⁹.

17. La transposition de l'article 13 en droit français. À cet égard, la transposition de la directive en droit français est on ne peut plus claire sur le sens de l'article 13. En effet, l'article L481-4 du Code de commerce français, tel qu'inséré par l'ordonnance de transposition du 9 mars 2017, précise : « L'acheteur [...], qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une telle répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur, auteur de la pratique anticoncurrentielle ». Présumer ainsi la non-répercussion du surcoût lorsque l'action est portée par un acheteur direct contraste avec l'orientation prise jusqu'alors par la jurisprudence française, la Cour de cassation faisant auparavant peser sur la victime, demanderesse en responsabilité, la démonstration de la non-répercussion du dommage dont elle sollicitait la réparation³⁰.

²⁷ J. LÉONARD, *op. cit.*, p. 23.

²⁸ CDE, art. XVII.83 ; I. CLAEYS et M. VAN NIEUWENBORGH, « De rechtsvordering tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit ? », *T.B.H.*, 2018/2, p. 129.

²⁹ R. AMARO, « Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles », *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2015, pt 21.

³⁰ Com. 15 mai 2012, Bull. civ., n° 11-18495, justifiant cette solution par le principe selon lequel la preuve du préjudice incombe à la partie qui l'invoque. Voy. Paris, 27 février 2014, R.G. n° 10/18285.

2.2.2. La répercussion du surcoût et l'action de l'acheteur indirect

a. L'introduction d'une présomption de répercussion du surcoût

18. Reconnaissance du droit à agir aux acheteurs indirects. Afin de garantir la pleine efficacité du droit à la réparation intégrale, l'article 12 de la directive prévoit que « toute personne » puisse demander réparation de son préjudice, « que celle-ci soit ou non un acheteur direct ou indirect d'un auteur de l'infraction »³¹. Le droit à agir ainsi reconnu aux victimes indirectes résulte de l'importance qu'accorde la Cour de justice au droit à la réparation intégrale³². En effet, comment pourrait-on valablement considérer que l'on protège le droit à la réparation des préjudices concurrentiels si une partie des victimes (les demandeurs indirects), ne peut en obtenir la réparation ?

19. Les difficultés rencontrées par les acheteurs indirects. Cependant, en pratique, les actions en réparation portées par les acheteurs indirects sont rarement un succès. La raison en est, comme le relève la Commission, qu'il « peut se révéler particulièrement difficile pour les consommateurs et les entreprises qui n'ont pas effectué d'achats directement auprès de l'auteur de l'infraction de prouver l'étendue du préjudice subi »³³. En effet, les chaînes de distribution au long desquelles les surcoûts nés de l'infraction sont répercutés sont souvent longues et diffuses. Dans de telles circonstances, « les acheteurs indirects peuvent n'être pas en mesure de prouver avec certitude l'étendue de leur dommage (c'est-à-dire l'ampleur du surcoût) ainsi que le lien de causalité entre ce dommage et le comportement anticoncurrentiel »³⁴.

20. La présomption de répercussion de l'article 14. Dès lors, compte tenu des difficultés auxquelles la victime indirecte se heurte dans l'administration de la preuve de cette répercussion, la directive facilite cette démonstration au moyen d'une présomption légale. En effet, si le principe demeure que la charge de la preuve concernant l'existence et l'ampleur de la répercussion incombe à la victime indirecte³⁵, l'article 14, paragraphe 2, opère un

³¹ Avant la transposition de la directive, le droit belge permettait déjà à l'acheteur indirect d'agir en justice sur la base de l'article 1382 du Code civil afin de demander la réparation du dommage qu'il avait subi du fait de la répercussion d'un surcoût, puisque le droit belge n'exige pas l'existence d'un lien causal direct entre le fait dommageable et le préjudice (P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1613). Voy. notamment, Bruxelles, 11 octobre 2011, R.G. 2010/AR/3112 et H. BOULARBAH, D. GÉRARD, X. TATON, « Contentieux indemnitaire et réparation collective en droit européen de la concurrence », FIDE, janvier 2016, p. 14.

³² La qualité à agir des acheteurs indirects avait déjà été reconnue dans la jurisprudence de la Cour de justice : voy. *Courage*, pt 26 ; *Manfredi*, pt 61 et C.J.U.E., 5 juin 2014 (Kone), C-557/12, *Rec.*, 2014, I, p. 1317.

³³ Directive 2014/104/UE, considérant 41.

³⁴ A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 395.

³⁵ Directive 2014/104/UE, art. 14, paragraphe 1.

déplacement de l'objet de la preuve moyennant le respect de certaines conditions : une victime indirecte sera « réputé(e) avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre » dès lors qu'elle a établi un faisceau d'éléments qu'il est sans conteste plus simple de démontrer pour celui qui n'a aucun lien avec l'auteur de la pratique anticoncurrentielle³⁶.

21. Le faisceau d'éléments à établir par l'acheteur indirect. En substance, pour pouvoir bénéficier de l'application de la présomption, il suffit à la victime indirecte de prouver que (i) le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence³⁷, (ii) que cette infraction a entraîné un surcoût pour le cocontractant direct du défendeur³⁸ et (iii) qu'il a acheté des biens ou services concernés par l'infraction ou des biens ou services les incorporant³⁹. L'acheteur indirect n'a donc pas à démontrer qu'il a lui-même subi un surcoût. Cette présomption est non-irréfragable puisqu'il est permis au défendeur de démontrer, s'il le peut, que le surcoût n'a pas été répercuté, ou, du moins, qu'il ne l'a pas été dans la mesure prétendue par le demandeur.

b. Une présomption sous-tendue par des considérations non strictement économiques

22. Les déterminants économiques de la répercussion des surcoûts. A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELEBROECK rappellent que les déterminants essentiels de la répercussion des surcoûts sont l'élasticité de la demande ainsi que la compétitivité du marché sur lequel opèrent les acheteurs directs et indirects⁴⁰. F. BULST précise également que « whether or not an overcharge is passed on through the market down to the final consumer primarily depends on the elasticity of supply, the duration of the infringement and the intensity of competition between direct purchasers and between other intermediate purchasers »⁴¹. Or, ces nombreux facteurs varient considérablement en fonction du secteur d'activité concerné et des caractéristiques propres au marché en cause⁴².

³⁶ M. CHAGNY et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 7.

³⁷ Notons qu'en vertu de l'article 9 de la directive, l'existence d'une infraction au droit de la concurrence est établie de manière irréfragable lors de l'instance civile si elle a été préalablement constatée au stade de l'action publique par l'autorité nationale de la concurrence ou une instance de recours.

³⁸ Notons également que l'existence d'un surcoût est présumée en cas d'entente, aux termes de l'article 17, paragraphe 2 de la directive.

³⁹ Directive 2014/104/UE, art. 14, paragraphe 2.

⁴⁰ A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 396.

⁴¹ F. BULST, *op. cit.*, p. 87.

⁴² Oxera, « Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions », janvier 2014, p. 1, accessible à : <https://www.oxera.com/agenda/passing-game-the-ongoing-debate-about-pass-on-in-damages-actions/> (page consultée le 28 octobre 2019). Par exemple, si l'acheteur direct opère sur un marché hautement concurrentiel et si l'acheteur indirect dispose d'une forte puissance d'achat (ou « *buyer power* »), il est peu probable que le surcoût soit répercuté sur ce dernier (RBB Economics, « Study on the Passing on of overcharges », février 2017, p. 30, accessible à :

23. L'impossibilité de généraliser une présomption. En conséquence, l'existence d'une répercussion dépend nécessairement des faits de chaque espèce et ne pourrait pas, d'un point de vue strictement économique, faire l'objet d'une présomption généralisée⁴³. Il appert donc que la présomption de répercussion des surcoûts, introduite en faveur des acheteurs indirects par la directive, ne se justifie pas économiquement parlant et répond davantage à des considérations politiques relatives à la facilitation de la démarche probatoire des victimes.

2.2.3. Un jeu de présomptions contradictoires

24. La qualité du demandeur comme déterminant de la répercussion. Si le jeu de présomptions introduit par la directive en matière de répercussion des surcoûts participe indubitablement à la facilitation de la situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, il manque toutefois de cohérence. En effet, les dispositions combinées des articles 13 et 14 peuvent, en pratique, donner lieu à des situations totalement contradictoires, puisque la question de savoir si la répercussion du surcoût peut être, ou non, présumée dépend de la qualité du demandeur en responsabilité. Ainsi, lorsque l'action en réparation est portée par un acheteur direct, l'on présumera – selon l'interprétation évoquée *supra* (n° 16) – que le surcoût n'a pas été répercuté vers l'acheteur indirect, en vertu de l'article 13. En revanche, si l'action en réparation est intentée par un acheteur indirect, on présumera que l'acheteur direct lui a répercuté son surcoût en application de l'article 14, alors même que si cet acheteur direct agissait contre le même défendeur, il serait présumé ne pas avoir répercuté ce surcoût⁴⁴.

25. Difficultés probatoires en cas d'actions en réparation séparées. En pratique, lorsque des victimes établies à différents niveaux d'une chaîne de distribution intentent des actions en réparation contre une même entreprise défenderesse dans le cadre de procédures séparées, ce que la directive encourage⁴⁵, celle-ci se trouvera dans une situation quasi-impossible, voire «

<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>, page consultée le 28 octobre 2019).

⁴³ Cartel Damages Claims, « Comments on the European Commission's White Paper on Damages actions for breach of EC antitrust rules », 2008, p. 10, accessible à : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cdc_en.pdf (page consultée le 28 octobre 2019).

⁴⁴ M. COUSIN, « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », 25 mars 2017, accessible à : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/5842/reparation-ou-punition-a-propos-de-l-ordonnance-sur-les-actions-en-dommages-et-interets-du-fait-des-pratiques-anticoncurrentielles> (page consultée le 28 octobre 2019).

⁴⁵ Directive 2014/104/UE, considérant 13.

schizophrénique », d'un point de vue probatoire⁴⁶. En effet, dans le cadre de l'action introduite par un acheteur indirect, l'entreprise défenderesse devra démontrer que le surcoût *n'a pas été répercuté* sur les prix payés par ledit acheteur. Pourtant, dans le cadre de l'action introduite par un acheteur direct, elle tentera de démontrer que ce même surcoût *a été répercuté* sur les prix payés par l'acheteur indirect. Nous montrons ci-après que les incidences pratiques naissant de ce jeu de présomptions à géométrie variable ne sont pas négligeables. En effet, il risque de conduire à une réparation excessive des préjudices concurrentiels.

3. LE RISQUE DE RÉPARATION EXCESSIVE EN CAS D' ACTIONS EN INDEMNISATION SÉPARÉES

26. Le principal problème que nous identifions à la suite de l'introduction de ce jeu de présomptions consiste en un risque de surindemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ce risque pourrait se matérialiser en cas de décisions de justice contradictoires, rendues à la suite d'actions en réparation séparées, introduites par des demandeurs situés à différents niveaux d'une chaîne de distribution. Nous commençons ce chapitre en posant le problème (3.1.). Nous différencions ensuite selon que les actions en réparation séparées soient portées, respectivement, par des acheteurs direct et indirect (3.2.) ou par des acheteurs indirects situés à différents niveaux d'une même chaîne de distribution (3.3.).

3.1. DEFINITION DU PROBLEME

27. **Constat.** Il est fréquent que des acteurs économiques établis à différents niveaux d'une même chaîne de distribution intentent, chacun pour le préjudice qu'ils estiment avoir subi, des actions en réparation dans le cadre de procédures judiciaires séparées⁴⁷. En conséquence, différents tribunaux peuvent être amenés à statuer sur l'existence du même surcoût anticoncurrentiel et sur sa répartition hypothétique le long de la chaîne de distribution. Dans une telle situation, il n'est pas improbable que le recours aux présomptions conduise à des jugements inconciliables sur la question de l'existence et du taux de la répercussion⁴⁸. Ces jugements contradictoires peuvent potentiellement aboutir à la surindemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, tant lorsque les actions en réparation séparées sont portées par des acheteurs direct et indirect que par des acheteurs indirects différents.

⁴⁶ P. HECKER et C. LAVIN, « La directive “private enforcement” : un premier bilan mitigé », *J.D.E.*, 2015, p. 237.

⁴⁷ J. ADYNS, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁸ *Ibidem*.

3.2. ACTIONS PORTEES PAR DES ACHETEURS DIRECT ET INDIRECT

28. Le risque de décisions contradictoires quant à l'existence de la répercussion. Comme nous l'avons vu, le demandeur en réparation ayant la qualité d'acheteur indirect bénéficiera de la présomption que les surcoûts ont été répercutés à son encontre, tandis que le demandeur acheteur direct sera présumé ne pas les avoir répercutés sur ses propres clients⁴⁹. Dès lors, « dans l'hypothèse où l'auteur de l'infraction, étant attrait devant des juridictions différentes par des acheteurs directs et indirects, s'avère incapable tant d'établir la répercussion des surcoûts à l'égard des premiers, que de renverser la présomption de répercussion des surcoûts à l'égard des seconds », les dispositions combinées des articles 13 et 14 de la directive comportent un risque réel d'aboutir à une réparation excessive du préjudice concurrentiel⁵⁰.

29. En pratique, une telle situation n'est pas improbable. En effet, d'un côté, rares sont les hypothèses où l'acheteur indirect ne bénéficiera pas de la présomption inscrite à l'article 14, celle-ci devant être établie par des éléments qu'il est, en pratique, facile de réunir⁵¹. En revanche, la preuve contraire ouverte au défendeur apparaissant comme « notoirement difficile à rapporter »⁵², dans nombre de cas, « le défendeur à l'action ne sera pas en mesure de renverser la présomption de répercussion des surcoûts »⁵³. D'un autre côté, il est également difficile pour le défendeur à une action portée par un acheteur direct d'établir que celui-ci a répercuté le surcoût dont il sollicite la réparation⁵⁴. Il est donc probable que pour l'acheteur direct, le préjudice soit

⁴⁹ I. CLAEYS et M. VAN NIEUWENBORGH, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁰ A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 397 ; American Bar Association, « Joint comments of the American Bar Association, Section of International Law, and Section of Business Law on the Commission of the European Communities' White Paper on Damages Actions for breach of the EC Antitrust Rules », 2008, p. 21, accessible à : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/aba_en.pdf (page consultée le 28 octobre 2019).

⁵¹ M. CHAGNY et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 7 ; O. ODUDU et A. SANCHEZ-GRAELLS, « The interface of EU and national tort law: Competition law », in *Research Handbook on EU Tort Law* (sous la dir. de P. GILIKER), Elgar, 2017, p. 163.

⁵² A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 397.

⁵³ *Ibidem*. Dans son avis sur l'avant-projet de loi visant à assurer la transposition de la directive en droit belge, la Commission belge de la Concurrence avait également pris toute la mesure « des difficultés pour le défendeur de réfuter la présomption visée à l'article XVII.85 du Code de droit économique qu'une répercussion a eu lieu » et rappelait alors toute l'importance de la « possibilité qui est prévue pour le juge d'également enjoindre au demandeur ou à un tiers, à la demande du défendeur, de divulguer des preuves » (Avis 2016-1150 du Conseil Central de l'Économie, précité, p. 11). Sur la difficulté pour le défendeur de renverser la présomption de répercussion des surcoûts, voy. M. BOTTA, « The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damage Directive », *ERPL*, 2017, p. 890.

⁵⁴ Bonelli Erede Pappalardo, Bredin Prat, Hengeler Mueller, Slaughter and May, Uria Menendez, « Damages Actions for breach of the EC Antitrust Rules. Comments on the Commission's White Paper », 30 juin 2008, p. 33, accessible à



considéré comme n'ayant pas été répercuté, tandis que pour l'acheteur indirect, celui-ci soit présumé avoir été répercuté. Dans de telles circonstances, le défendeur aura compensé deux fois le même préjudice, une première fois dans le chef de l'acheteur direct et une seconde fois dans le chef de l'acheteur indirect.

3.3. ACTIONS PORTEES PAR DIFFERENTS ACHETEURS INDIRECTS

30. Le risque de décisions contradictoires quant à l'ampleur de la répercussion. Il est également possible que des acheteurs indirects établis à différents niveaux d'une chaîne de distribution intentent, devant des tribunaux différents et chacun pour leur préjudice, des actions en dommages et intérêts contre l'auteur de l'infraction. Dans une telle hypothèse, le risque ne serait pas que ces tribunaux rendent des décisions contradictoires en ce qui concerne l'existence d'une répercussion, mais bien à propos des montants qui ont été facturés à chaque demandeur. Cela est d'autant plus probable que la quantification des surcoûts répercutés est un exercice difficile, au terme duquel différents juges arrivent le plus souvent à des estimations différentes⁵⁵.

4. LES MOYENS PROCÉDURAUX PERMETTANT DE PRENDRE EN CONSIDÉRATION LES ACTIONS SÉPARÉES

31. La nécessité de prendre en compte les actions séparées. Dans les deux hypothèses que nous venons d'énoncer, le risque que des décisions de justice contradictoires soient rendues est bien réel. Soucieux de garantir la cohérence entre les décisions de justice résultant des différentes procédures en indemnisation, le législateur européen a donc tenté de limiter le risque de réparation excessive du dommage subi⁵⁶. À cet effet, l'article 15 de la directive impose aux États membres de prévoir des règles procédurales appropriées pour éviter le risque de décisions contradictoires. Plus précisément, cet article énonce que les juridictions nationales saisies d'une action en dommages et intérêts doivent pouvoir tenir dûment compte des autres actions portant sur la même infraction au droit de la concurrence, mais intentées par des demandeurs situés à d'autres niveaux de la chaîne de distribution, ainsi que des décisions de justice adoptées à la suite de ces actions. Ce chapitre a pour objet d'évaluer les moyens procéduraux à la disposition des juges belges pour

:https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/bbhsu_en.pdf
(page consultée le 28 octobre 2019).

⁵⁵ J. ADYNS, *op. cit.*, p. 316 ; C. PETRUCCI, « The issues of the passing-on defence and indirect purchasers' standing in European competition law », *European Competition Law Review*, 2008, p. 36.

⁵⁶ J. LÉONARD, *op. cit.*, p. 24.

réaliser un tel exercice, en distinguant selon que les actions en indemnisation séparées soient introduites dans un seul et même État membre (4.1.) ou dans des États membres différents (4.2.).

4.1. LE TRAITEMENT DES ACTIONS INTRODUITES DANS UN MEME ÉTAT MEMBRE

32. Dans l'hypothèse où des actions en indemnisation séparées sont introduites par des demandeurs différents dans un seul et même État membre, il peut sembler relativement aisé de contrer le risque de réparation excessive à charge de l'entreprise défenderesse. En droit belge, deux catégories de règles procédurales permettent aux juridictions saisies de demandes en réparation de prendre en compte les actions similaires, ainsi que les jugements rendus sur ces actions⁵⁷. Les parties peuvent ainsi soulever un moyen relatif à la connexité entre plusieurs actions en réparation (4.1.) ou se prévaloir de l'autorité de la chose jugée des décisions de justice portant sur ces actions (4.2.).

4.1.1. *La jonction de causes connexes en droit belge*

33. **La jonction de causes en droit belge.** Aux termes de l'article 30 du Code judiciaire, les demandes en justice connexes peuvent être jointes en une seule et unique procédure. On considère comme connexes toutes les demandes en justice pendantes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il existe un intérêt à les instruire et à les juger en même temps, et ce afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes venaient à être jugées séparément⁵⁸. Il appert que des actions en dommages et intérêts relatives à une même infraction au droit de la concurrence et intentées par des demandeurs différents relèvent de la notion d'affaires connexes. En effet, il est souhaitable de les traiter ensemble afin d'éviter des décisions inconciliables sur la question de l'existence et du taux de répercussion des surcoûts anticoncurrentiels. Toutefois, la jonction pour cause de connexité est soumise à l'appréciation souveraine de la juridiction saisie de la demande de jonction, ainsi qu'à certaines conditions procédurales⁵⁹.

4.1.2. *L'exception de chose jugée en droit belge*

34. **L'autorité de chose jugée.** Il est également possible que des procédures en indemnisation séparées, mais relatives à une même pratique anticoncurrentielle, soient introduites à des moments différents. Les causes

⁵⁷ H. BOULARBAH, D. GÉRARD et X. TATON, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, « Jonction des demandes pour cause de litispendance ou de connexité », *J.J.P.*, 2010, p. 81.

⁵⁹ H. BOULARBAH, D. GÉRARD et X. TATON, *op. cit.*, p. 14. Par exemple, des actions séparées ne peuvent être jointes que si elles sont pendantes devant une même juridiction ou devant des juridictions différentes statuant au même degré.

n'étant alors plus pendantes, elles ne peuvent être jointes. Dans de telles circonstances, il reste possible de prévenir le risque de décisions inconciliables en opposant, lors de la seconde procédure, l'autorité de chose jugée de la décision rendue en premier lieu. En effet, « tout jugement ou arrêt prononcé sur l'une des actions, peut être invoqué par les parties dans le cadre d'une autre action introduite pour la même infraction »⁶⁰. Dès lors, en pratique, lorsqu'une entreprise a déjà été condamnée au paiement de dommages et intérêts dans le cadre d'une première procédure en indemnisation, elle se prévaudra généralement de l'autorité de chose jugée attachée à la décision rendue à cette occasion, dans le cadre d'une seconde procédure intentée par un autre « maillon » de la chaîne de distribution⁶¹. Une telle démarche est motivée par le souhait de faire obstacle au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice dont question dans la première procédure et ainsi éviter une surcompensation des victimes⁶².

35. Le caractère relatif de l'autorité de chose jugée. Si les règles sur l'autorité de chose jugée permettent, en théorie, de prévenir le risque de décisions inconciliables, notamment sur la question de l'existence et du taux de répercussion du surcôût, il ne peut néanmoins être exclu que le juge saisi de la seconde procédure en indemnisation statue de manière différente que le premier juge sur ces questions. En effet, l'autorité de chose jugée revêt un aspect relatif⁶³. Cela signifie qu'elle lie uniquement les parties au litige et emporte seulement une force probante non-irréfragable à l'égard des tiers⁶⁴. Ceux-ci peuvent donc tenter de démontrer que ce qui a été jugé par le premier juge ne l'a pas été correctement. De plus, cette force probante ne lie aucunement le juge saisi de l'action subséquente mue par ou contre le tiers⁶⁵.

36. En conséquence, dans l'hypothèse où la première procédure en réparation a été intentée par un acheteur direct, l'autorité de chose jugée attachée à la décision rendue à cette occasion ne s'impose qu'à cet acheteur et à l'entreprise défenderesse (ceux-ci étant parties au litige). Les acheteurs indirects désireux, par la suite, de poursuivre la réparation de leur préjudice sont, quant à eux, des tiers au premier litige. Dès lors, la décision rendue à l'issue de cette première procédure n'emporte à leur égard qu'une présomption simple de vérité judiciaire qu'ils peuvent tenter de renverser, en

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ L'acte de juger est revêtu de l'autorité de la chose jugée (articles 23 à 27 du Code judiciaire). Celle-ci emporte que le jugement, une fois devenu définitif, est présumé de manière irréfragable être la vérité légale dans le cas d'espèce. L'exception de chose jugée permet de faire obstacle à l'introduction d'une demande nouvelle fondée sur les mêmes faits.

⁶² I. CLAEYS et M. VAN NIEUWENBORGH, *op. cit.*, p. 129 ; Staff Working Paper, précité, pt 225.

⁶³ Cass, 2 mars 2018, C.17.0106.F ; Bruxelles, 14 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 399.

⁶⁴ J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in *Les effets de la décision de justice* (sous la dir. de G. DE LEVAL et Fr. GEORGES), CUP, Liège, Anthémis, 2008, p. 173.

⁶⁵ Cass., 12 mai 2016, C.14.0561.N. ; Cass., 21 janvier 2011, C. 10.0100.N.

démontrant que ce qui a été jugé à propos de la répercussion du surcoût dans le cadre de la première action ne l'a pas été correctement. Autrement dit, ces acheteurs indirects peuvent convaincre le second juge de statuer de manière à s'écarter de la décision rendue en premier lieu et ainsi décider autrement de l'existence ou du taux de la répercussion.

37. En pratique, un tribunal peut avoir accordé, à l'issue d'une première procédure, des dommages et intérêts à un acheteur direct en supposant que celui-ci n'a pas répercuté le surcoût anticoncurrentiel sur ses clients, tandis que dans une seconde procédure, un autre tribunal peut accorder des dommages et intérêts à un acheteur indirect en présumant que ce dernier a subi la répercussion des surcoûts. Dans une telle situation, l'entreprise défenderesse aura compensé deux fois le même préjudice. Si la décision rendue à l'issue de la première procédure est devenue définitive, il s'agira d'une *causa judicati* faisant obstacle à ce que l'entreprise défenderesse introduise une action en remboursement de l'indu contre le premier demandeur, acheteur direct⁶⁶.

4.2. LE TRAITEMENT DES ACTIONS INTRODUITES DANS PLUSIEURS ÉTATS MEMBRES

38. **Le risque né de la dimension internationale des pratiques anticoncurrentielles.** Étant donné que les effets diffus des pratiques anticoncurrentielles peuvent affecter un nombre important de personnes à travers l'Union et que la directive encourage les actions en réparation à tous les niveaux de la chaîne de distribution⁶⁷, le risque que des actions séparées soient engagées devant des juridictions de différents États membres n'est pas négligeable⁶⁸. Comme l'écrivent D. GÉRADIN et L.-A. GRELIER, « in such a scenario, there is indeed a risk that a court in Member State A rules that no pass-on occurred and grants the full damages amount claimed by the direct purchaser, while another court in Member State B finds that there was some pass-on and grants damages to a customer of this direct purchaser »⁶⁹.

39. La directive précise que des moyens procéduraux doivent également être disponibles dans ces affaires transfrontalières. Dès lors, afin de prévenir que des actions intentées par des demandeurs situés à des niveaux différents d'une chaîne de distribution ne donnent lieu à une réparation excessive, les juridictions nationales saisies d'actions en réparation d'un préjudice concurrentiel doivent ainsi tenir dûment compte des actions concurrentes et des décisions de justice en résultant dans d'autres États membres⁷⁰. À cette fin,

⁶⁶ I. CLAEYS et M. VAN NIEUWENBORGH, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁷ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 1462 ; Directive 2014/104/UE, considérant 13.

⁶⁸ P. HECKER et C. LAVIN, *op. cit.*, p. 237.

⁶⁹ D. GERADIN et L.-A. GRELIER, « Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg? », *Concurrences*, 2014, p. 13.

⁷⁰ Directive 2014/104/UE, considérant 44.

les juges peuvent recourir à des moyens relevant du droit international privé, à savoir la jonction des causes connexes (4.2.1.) ou, dans l'hypothèse où il a déjà été statué sur une des actions, l'autorité de chose jugée de la décision rendue dans un autre État membre (4.2.2.).

4.2.1. *La jonction de causes connexes dans le règlement Bruxelles 1bis*

40. L'article 30 du règlement Bruxelles 1bis. La directive précise que « les actions pendantes devant les juridictions de différents États membres peuvent être considérées comme connexes au sens de l'article 30 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil (dit « règlement Bruxelles 1bis ») »⁷¹. Aux termes de cet article, en cas d'actions connexes⁷² pendantes devant des juridictions d'États membres différents, les juridictions nationales autres que la première juridiction saisie *peuvent* surseoir à statuer ou, dans certaines circonstances, se dessaisir de l'affaire et la renvoyer devant la première juridiction saisie, à condition que cette dernière soit compétente pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction⁷³.

41. Une garantie insuffisante. Cependant, il s'agit là d'une simple *possibilité* pour les juridictions saisies en deuxième lieu, lesquelles ne sont donc pas tenues de prendre en compte les éventuelles procédures en réparation intentées séparément dans un autre État membre. Nous estimons que cette simple possibilité ne constitue pas une garantie suffisante permettant de rencontrer le risque de surindemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles⁷⁴. Ceci tient au fait que la directive n'introduit qu'un niveau minimal d'harmonisation entre les États membres en matière d'évaluation des préjudices concurrentiels. En conséquence, comme le soulignent D. GERADIN et L.-A. GRELLIER, « unless and until the Brussels Regulation is amended to oblige a national court to abide by another court's earlier ruling that concerns the same infringement, there will remain a material

⁷¹ Directive 2014/104/UE, considérant 44.

⁷² La connexité entre de telles actions est évidente : « Damages actions launched in different Member States in relation to the same behaviour would be likely to lead to a risk of “conflicting decisions” and thus qualify as “related” for the purposes of Article 30 » (D. ASHTON et D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 183).

⁷³ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 30.

⁷⁴ J. ADYNS, *op. cit.*, p. 316 ; D. PHILIPPE et A.-B. SUDRAUD, « Les Actions en Réparation suite aux Infractions du Droit de la Concurrence : La consécration du *Private Enforcement* », in *Le droit économique en mouvement – Het economisch recht in beweging* (sous la dir. de C. JAMMAERS), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 34 qui souligne que « ces mécanismes de collaboration semblent malgré tout un peu faible pour contrecarrer les risques d'avoir des décisions contradictoires en cas d'actions simultanées émanant de demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution ». Voy. également X. TATON, *op. cit.*, p. 1052 et T. BONTINCK, *op. cit.*, p. 801.

risk that a defendant may have to pay total damages that are higher than the harm actually incurred by the various claimants »⁷⁵.

4.2.2. *L'autorité de chose jugée de la décision issue d'un autre État membre*

42. **L'autorité de chose jugée dans le règlement Bruxelles 1bis.** Dans l'hypothèse où une juridiction d'un autre État membre a déjà statué sur une demande en indemnisation, il ne sera plus possible de joindre les causes. Dans ce cas, la partie défenderesse peut toujours prévenir le risque de décisions inconciliables en opposant l'autorité de chose jugée attachée à la décision étrangère rendue en premier lieu, en application de l'article 26 du règlement Bruxelles 1bis. Les considérations que nous avons développées à propos de l'exception de chose jugée en droit belge (voir *supra*, n° 35) sont transposables. En effet, en raison de l'effet relatif caractérisant l'autorité de chose jugée du jugement étranger, il est loisible pour le juge saisi en second lieu de décider différemment de l'existence ou du taux de la répercussion du surcoût⁷⁶.

43. Ceci est d'autant plus probable qu'il existe un grand nombre de pratiques et de méthodes différentes en matière d'évaluation des préjudices concurrentiels et que les instruments adoptés en la matière par la Commission sont dépourvus de toute forme contraignante. En effet, conscient du fait que l'évaluation du dommage concurrentiel est très souvent l'objet d'incompréhensions pour les juges, le législateur européen a mis l'accent sur la nécessité de faciliter le processus de quantification au moyen d'outils susceptibles de clarifier et unifier les procédés mis en œuvre. Cependant, la communication de la Commission⁷⁷ et le guide pratique de la quantification des préjudices⁷⁸ ayant été adoptés à cet effet sont purement indicatifs et le choix des méthodes d'évaluation des préjudices concurrentiels demeure, dès lors, une prérogative des États membres. Il ne nous semble donc pas exclu que des juridictions nationales recourant à des méthodes différentes d'évaluation des surcoûts se montrent réticentes face aux méthodes employées dans d'autres États membres et refusent, ainsi, de tenir pour acquis les estimations et répartitions déterminées par le juge étranger.

5. CONCLUSION

⁷⁵ D. GERADIN et L.-A. GRELIER, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e ed., 2015, L.G.D.J., p. 494 ; Cartel Damages Claims, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ Communication de la Commission « relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *J.O.U.E.*, C 167, du 13 juin 2013, p. 19.

⁷⁸ Guide pratique de la Commission concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, SWD (2013) 205, du 11 juin 2013.

44. **La réparation intégrale à tout prix.** Il ressort de cet article que la problématique de la répercussion des surcoûts est étroitement liée à la question fondamentale du rôle qui, dans un ordre juridique déterminé, est reconnu à l'action privée en droit de la concurrence⁷⁹. La reconnaissance du droit d'agir aux acheteurs indirects, l'admissibilité du « *passing-on defence* » ou encore la répartition de la charge de la preuve de la répercussion, sont autant de choix qui témoignent des objectifs que l'ordre juridique en question assigne au contentieux privé de la concurrence. Dans le premier chapitre, nous avons montré qu'en consacrant l'admissibilité du « *passing-on defence* » en droit européen – qui s'interprète comme une présomption de non-répercussion du surcoût en faveur de l'acheteur direct – et en introduisant une présomption de répercussion du surcoût en faveur de l'acheteur indirect, la directive s'inscrit dans une logique résolument compensatoire où l'action privée est davantage conçue comme un moyen d'assurer une juste compensation aux personnes lésées par des comportements anticoncurrentiels, plutôt que comme un instrument dissuasif. Ce jeu de présomptions a beau être l'exact reflet de la directive, il n'en laisse pas moins perplexe tant il manque de cohérence juridique, puisque la question de savoir si le surcoût a été répercuté dépend uniquement de la qualité du demandeur à l'action.

45. **Le risque de réparation excessive.** Dans le deuxième chapitre, nous avons mis en évidence que le jeu des présomptions en matière de répercussion des surcoûts risque d'exposer l'entreprise défenderesse à devoir payer plus qu'elle ne doit, dans l'hypothèse où des actions en réparation sont introduites par des acheteurs situés à des maillons différents d'une chaîne de distribution. Par exemple, le défendeur risque, au-delà de l'exigence de la réparation intégrale, de payer deux fois les mêmes dommages et intérêts : une fois aux acheteurs directs, parce qu'il n'est pas en mesure de prouver que le surcoût a été répercuté, et une fois aux acheteurs indirects, en raison de la présomption légale de répercussion.

46. **Des moyens procéduraux insuffisants.** Dans le troisième chapitre, nous avons expliqué que pour prévenir l'imposition de responsabilités multiples, la directive laisse aux États membres la liberté de prévoir les garanties procédurales nécessaires. À cet effet, tant la jonction des causes que l'exception de chose jugée peuvent être invoquées devant les juridictions belges. Ces règles ne garantissent toutefois pas que l'imposition de responsabilités multiples puisse être évitée. En effet, leur application étant entièrement tributaire de leur invocation par les parties et de la bonne volonté des juges, elles n'offrent pas de garanties suffisantes pour prévenir, de manière raisonnable, le risque de surindemnisation⁸⁰.

⁷⁹ E. COMBE, « Le passing-on defence », *Concurrences*, 2011, p. 8.

⁸⁰ En effet, l'article 15 de la directive se contente d'attirer l'attention des États membres sur la nécessité de tenir compte des actions portées devant d'autres juridictions. Comme le note N. DUNNE, « the effectiveness in practice of this relatively weak, and optional formulation however,

47. La création d'une juridiction spécialisée en droit belge. Dans de telles conditions, il reste à espérer que les juridictions nationales feront preuve d'une vigilance accrue, en particulier dans les affaires transfrontières⁸¹, et l'on ne peut que regretter que la directive n'ait pas prévu davantage de garde-fous afin de prévenir ce risque de surindemnisation⁸². Comme le note A. COUSIN, « on aurait ainsi pu concevoir *l'obligation* faite au juge de tenir compte des sommes versées aux acheteurs indirects dans l'appréciation des sommes devant être versées aux acheteurs directs ». Nous estimons qu'une mesure susceptible de réduire fortement le risque de décisions contradictoires consisterait en la désignation, en droit belge, d'une juridiction spécialisée pour connaître du contentieux indemnitaire de la concurrence⁸³. En effet, la concentration des litiges privés relatifs aux pratiques anticoncurrentielles permettrait, à tout le moins en ce qui concerne les actions introduites en Belgique, de prévenir de manière optimale le risque de décisions contradictoires en matière de répercussion des surcoûts.

is yet to be seen » (N. DUNNE, « Legislative Comment: Courage and compromise », *European Law Review*, 2015, p. 15).

⁸¹ A. ACCARAIN CHAPUT et D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 398.

⁸² M. COUSIN, *op. cit.* Par ailleurs, dans sa réponse à la consultation publique relative au Livre blanc, le cabinet Baker McKenzie considère que les dispositions du Règlement « Bruxelles 1 bis » (encore Règlement « Bruxelles 1 » à l'époque) en matière de litispendance doivent être aménagées en vue de prendre en compte les particularités du contentieux de la concurrence (Baker McKenzie, « White Paper on Damages: Response to consultation », 2008, accessible à : https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/bakmck_en.pdf, page consultée le 28 octobre 2019).

⁸³ F. BULST, *op. cit.*, p. 86 et J. ADYNS, *op. cit.*, p. 316. Sur cette question, voy. également la proposition du professeur BOULARBAH de créer, au sein du tribunal de l'entreprise de Bruxelles, une chambre anglophone spécialisée dans le contentieux de la concurrence faisant suite à une décision préalable d'une autorité publique (contentieux dit « follow-on ») (H. BOULARBAH, « La Brussels International Business Court », *L'Echo*, 10 avril 2018, disponible à : <https://www.lecho.be/opinions/carte-blanche/la-brussels-international-business-court-une-reelle-opportunit-e-pour-bruxelles/9999989.html>, page consultée le 28 octobre 2019).