

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles

Dossier | Concurrences N° 2-2015 | pp. 11-37

Présentation

Anne-Sophie Choné-Grimaldi
Professeure de droit privé, Université de Caen Basse-Normandie

La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand

Florian Bien
Professeur, Faculté de droit, Université de Wurtzbourg | Chaire Alfred Grosser, Sciences Po, Paris (année universitaire 2014-2015)

La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien

Silvia Pietrini
Maître de conférences, Université de Lille (Lille II)

La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français

Rafael Amaro
Maître de conférences, Université Paris Descartes (CEDAG)

Considerations concerning the implementation of the EU Competition Law Damages Directive in Spain

Paul Hitchings
Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Luis Loras
Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Miguel Angel Malo
Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Implementation of the Damages Directive in England & Wales

Florian Wagner-von Papp
Associate Professor, University College London

The direction of European competition litigation: Lessons from the U.S. experience

Ashley E. Bass
Lawyer, Covington & Burling, Washington DC

Peter D. Camesasca
Lawyer, Covington & Burling, Brussels

La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles

Présentation

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

Professeure de droit privé, Université de Caen Basse-Normandie

La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand

Florian Bien

Professeur, Faculté de droit, Université de Wurtzbourg, Chaire Alfred Grosser, Sciences Po, Paris (année universitaire 2014-2015)

La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien

Silvia Pietrini

Maître de conférences, Université de Lille (Lille II)

La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français

Rafael Amaro

Maître de conférences, Université Paris Descartes (CEDAG)

Considerations concerning the implementation of the EU Competition Law Damages Directive in Spain

Paul Hitchings

Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Luis Loras

Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Miguel Angel Malo

Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Implementation of the Damages Directive in England & Wales

Florian Wagner-von Papp

Associate Professor, University College London

The direction of European competition litigation: Lessons from the U.S. experience

Ashley E. Bass

Lawyer, Covington & Burling, Washington DC

Peter D. Camesasca

Lawyer, Covington & Burling, Brussels

ABSTRACT

La directive relative aux actions en dommages-intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles a été publiée le 26 novembre 2014.

Les différentes contributions de ce dossier « Tendances » reviennent sur les difficultés de transposition auxquelles tous les Etats membres seront confrontés.

The directive on actions for damages for infringements of the competition law has been published on 26 november 2014.

This On Topic aims to show the principal issues that arise from the expected implementation of the directive on national laws.

Présentation

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

anne-sophie.chone-grimaldi@unicaen.fr

Professeure de droit privé, Université de Caen Basse-Normandie

1. La réflexion amorcée à Bruxelles il y a plus de dix ans – le *green paper* relatif aux actions en *private enforcement* date de 2005 – a abouti à la publication de la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ces actions relevaient jusqu'alors des règles nationales de la responsabilité civile, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité. La directive bouscule cette autonomie des droits nationaux, une partie importante des règles applicables à la matière

étant appelée à être harmonisée. Les choix effectués ne vont pas toujours dans le sens d'un rapprochement avec le droit américain. MM. Bass et Camesasca, auteurs d'une contribution relative à l'expérience américaine, le déplorent. L'expérience nous révélera s'il fallait le regretter ou, au contraire, s'en réjouir.

2. Ce dossier a pour objet de faire un tour d'horizon des changements législatifs qui sont à attendre dans plusieurs États membres. La directive du 26 novembre 2014 devra en effet être transposée dans les différents droits nationaux avant le 27 décembre 2016. Ainsi que les différentes contributions de ce dossier le révèlent, aucun État ne pourra faire l'économie d'une réforme de son droit national applicable aux actions privées. L'Allemagne (contribution de F. Bien), l'Espagne (contribution de P. Hitchings, M. Angel Malo et L. Loras), la France (contribution de R. Amaro), l'Italie (contribution de S. Pietrini), le Royaume-Uni (contribution de F. Wagner-von Papp) sont, par exemple, concernés. La Commission européenne elle-même devra mettre sa procédure en conformité avec la directive, de sorte à permettre aux États membres, saisis d'actions privées consécutives à une décision rendue par la Commission, de respecter les exigences de la directive.

3. Parmi les principaux points d'innovation, on mentionnera tout d'abord les nouvelles règles relatives à l'accès aux preuves détenues par le défendeur, un tiers ou par une autorité de concurrence (autorité nationale ou Commission). Abondamment discutées, ces règles supposent des transformations assez radicales de la procédure en vigueur dans certains pays comme l'Espagne. Dans d'autres, en revanche, comme en Allemagne, en France, en Italie ou au Royaume-Uni, les changements qui sont à attendre apparaissent de moindre en ampleur.

Il est ensuite prévu de doter les décisions de sanctions adoptées par les autorités nationales de concurrence d'un effet liant. La pratique anticoncurrentielle sanctionnée par l'autorité nationale sera tenue pour établie en vue

de l'application des règles de responsabilité par la juridiction nationale du pays dont elle relève. C'était déjà le cas au Royaume-Uni ou en Allemagne. En Italie ou en Espagne, cela ne l'était qu'imparfaitement. En France, cela ne l'était pas du tout. Quant à la décision adoptée par une autre autorité nationale que celle du pays dont la juridiction relève, la directive impose de lui attribuer valeur de preuve *prima facie*. Contrairement à l'Allemagne, l'Espagne ou l'Italie, la France et le Royaume-Uni n'accordaient pas une telle valeur à ce type de décision.

La théorie du *passing-on* est consacrée. Nul n'en est surpris, tant la théorie recevait déjà des applications jurisprudentielles nombreuses dans les différents États membres.

Enfin, la directive instaure une présomption de dommage en présence d'une entente. Ce système de présomption, déjà connu en Italie et en Allemagne, constituera une nouveauté en France et au Royaume-Uni. Une nouveauté regrettable, tant il a déjà été montré, dans d'autres domaines que la concurrence, qu'elle s'acclimatait mal avec le système français de responsabilité civile. Comment, notamment, évaluer les dommages et intérêts, si l'existence du dommage n'est pas établie ?

4. La lecture des différentes contributions révèle que l'harmonisation souhaitée par les institutions européennes n'aura pas toujours pour effet de faciliter les actions privées, comme le laissaient pourtant entendre les premiers travaux de réflexion entrepris sur cette réforme. Certains pays, comme le Royaume-Uni, étaient déjà dotés de règles procédurales et substantielles favorables aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Si l'harmonisation aura pour effet, dans la majorité des pays, de faciliter les actions privées, elle aura donc, dans d'autres, pour effet de les encadrer. Faut-il s'en émouvoir ? La réponse est négative si l'on croit à la construction européenne. Celle-ci suppose que soit imposé aux États membres le respect d'un principe d'égalité, destiné à limiter, autant que faire se peut, le risque de *forum shopping*. ■

La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand

Florian Bien

bien@jura.uni-wuerzburg.de

Professeur, Faculté de droit, Université de Wurtzbourg,
Chaire Alfred Grosser, Sciences Po, Paris (année universitaire 2014-2015)

1. L'adoption en 2014 de la directive sur les actions privées en droit de la concurrence a été précédée par des préparatifs considérables de la part de la Commission européenne. C'est notamment l'arrêt *Courage*, rendu en 2001 par la CJEU, ainsi que le passage, en 2004, de l'interdiction avec réserve d'autorisation au système dit "de l'exception légale" qui ont permis un tel développement. Abondant dans le même sens, le législateur allemand avait, dans le cadre du septième amendement de la loi contre les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*) adopté en 2005, apporté au droit allemand de la concurrence d'importants changements destinés à rendre plus efficace et plus opérationnelle la protection juridique des victimes des ententes et pratiques illicites.

2. Au nombre de ces innovations, il convient de citer l'élargissement du cercle des personnes ayant la qualité pour agir en justice, la possibilité accordée à des associations qualifiées d'intenter une action en justice (à l'exception des actions en dommages et intérêts), le droit de ces associations de prélever (au profit du budget fédéral et donc sans aucune portée pratique) des gains obtenus grâce à une entente illicite, l'effet contraignant des décisions définitives rendues par les Autorités de concurrence, l'interruption de la prescription pendant la procédure administrative, le droit des victimes à la perception d'intérêts déjà à partir du moment où le dommage s'est réalisé ainsi qu'une règle visant à faciliter le calcul des dommages et intérêts.

3. D'autres questions importantes ont déjà été traitées par la jurisprudence. Il faut notamment mentionner ici l'arrêt de principe *ORWI* de la Cour fédérale de justice rendu en 2011¹.

4. La nouvelle directive impose au droit allemand des adaptations dans un large éventail de domaines. C'est notamment la nécessaire coordination des actions privées avec la mise en œuvre du droit de la concurrence par les autorités de concurrence et leurs programmes de clémence qui nécessitera les interventions législatives les plus importantes. Est mise de côté dans cet aperçu rapide la question de la transposition (nécessaire) des articles 18 et 19 de la directive.

I. Auteurs de l'infraction (art. 1 et 2)

5. Aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive, l'infraction au droit de la concurrence peut être commise soit par une entreprise, soit par une association d'entreprises. C'est d'ailleurs dans ces mêmes termes que l'article 2 n° 2 définit l'auteur de l'infraction au sens de la directive. Quelques auteurs allemands en déduisent que le législateur européen a alors transposé la notion européenne d'entreprise (y compris la jurisprudence de la CJUE à propos de l'unité économique et de la responsabilité de l'entreprise mère pour les violations de ses filiales) prévalant en droit des amendes au droit de la responsabilité civile pour violation au droit de la concurrence. Cette solution pourrait ainsi empêcher aux sociétés mères de provoquer expressément la faillite de leurs filiales, qui auraient participé à une entente illicite, en vue d'échapper à une éventuelle obligation de réparer le dommage causé par l'entente. En effet, la société mère pourrait elle-même être tenue responsable. Il semble alors possible que le législateur allemand opte pour une telle transposition de la directive afin d'uniformiser les règles de responsabilité des entreprises en matière d'amendes et d'actions civiles pour violation au droit de la concurrence.

¹ Pour plus de détails, F. Bien, *Concurrences* n° 1-2012, n° 42396, pp. 231-233.

II. Accès au dossier (art. 5 à 7)

6. Les articles 5 à 7 ainsi que l'article 14, alinéa 1^{er}, de la directive traitent de la production de preuves à la requête d'un demandeur. Ces dispositions ne constituent pas en réalité une innovation majeure pour le droit positif allemand. En effet, le paragraphe 142, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile (*Zivilprozessordnung – ZPO*) permet déjà au juge civil d'enjoindre à une partie ou à un tiers qui détiendrait des preuves pertinentes évoquées par une autre partie de les produire au tribunal. Il reste néanmoins recommandé de clarifier dans quelles conditions la production de preuves peut être ordonnée. Cela est d'autant plus nécessaire qu'il n'existe presque pas d'exemples dans la pratique où une juridiction civile aurait enjoint à une partie, en l'occurrence le participant à une entente illicite, de produire les preuves ou d'autres documents en sa possession. La question d'accès au dossier s'est plutôt posée plusieurs fois dans un autre angle procédural. Les victimes présumées d'infractions au droit de la concurrence avaient demandé – sans succès – au Bundeskartellamt et à la Commission européenne l'accès aux documents mis à leur disposition dans le cadre du programme de clémence². De ce point de vue, la transposition des dispositions relatives à la protection des déclarations en vue d'obtenir la clémence ainsi que des propositions de transaction (not. les art. 6 alinéa 6^{eme} et l'art. 7 alinéa 1^{er} de la directive) n'aura qu'une portée limitée sur une pratique décisionnelle allemande déjà très restrictive. Il faut cependant noter à ce propos un arrêt rendu le 26 septembre 2013 par la cour d'appel de Hamm, en vertu duquel le ministère public doit octroyer l'accès au dossier à un juge civil saisi d'une action en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence, et cela bien que ce dossier contienne des documents relatifs à une demande de clémence. Cette jurisprudence peut aussi être appliquée au rapport entre une juridiction civile et le Bundeskartellamt en vertu des paragraphes 56, 49b de la loi sur les sanctions administratives (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG*). Dans les deux cas, les parties à une action civile, qui peuvent exiger l'accès au dossier tenu par le tribunal, auraient également accès aux documents mis à la disposition de ce dernier par le ministère public ou le Bundeskartellamt. Ce droit ressort des dispositions de l'article 103, alinéa 2, de la loi fondamentale (*Grundgesetz*) et du paragraphe 299 du code de procédure civile (*Zivilprozessordnung – ZPO*).

7. Cela étant, le législateur allemand est invité à adopter des règles qui permettent de protéger les informations confidentielles contre une éventuelle divulgation. Il pourrait par exemple prévoir que la production de preuves n'intervienne que dans le cadre de la procédure dite "*confidentiality ring*" (cf. art. 5, al. 4, de la directive). Il devrait également, conformément à l'article 8 de la

directive, prévoir des sanctions explicites pour non-respect de l'obligation de production de preuves et pour tous autres manquements graves y afférents.

III. Effets des décisions des autorités de la concurrence (art. 9)

8. Aucune transposition de la disposition relative aux effets des décisions des autorités de la concurrence n'est nécessaire. D'après l'article 9, alinéa 1^{er}, de la directive, les infractions constatées par la Commission ou par l'autorité nationale de la concurrence doivent être considérées comme établies de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts introduite devant les juridictions nationales. Comme il a déjà été mentionné ci-dessus, le droit positif allemand prévoit déjà depuis 2005 une règle similaire (cf. § 33, al. 4, GWB). Cette disposition nationale va d'ailleurs au-delà des exigences de la directive dans la mesure où l'effet contraignant qu'elle ordonne concerne non seulement les décisions des autorités nationales, mais aussi celles des autorités des autres États membres. En vertu de l'article 9, alinéa 2, de la directive, il suffit que les décisions finales des autorités étrangères puissent être présentées devant les juridictions nationales "*au moins en tant que preuve prima facie*" du fait d'une infraction au droit de la concurrence.

IV. Prescription des droits à indemnisation (art. 10)

9. Les règles allemandes concernant la prescription des actions en dommages et intérêts nécessitent quelques modifications. La plus importante concerne la durée du délai de prescription. Elle doit être portée de trois ans (la durée de prescription de droit commun ; v. paragraphe 199 du code civil allemand – *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) à cinq ans pour honorer les exigences de la directive. En ce qui concerne la question du début des délais de prescription, le droit allemand général (§ 199 BGB) et le texte de la directive (art. 10, al. 1^{er}) partent du même principe selon lequel les délais ne commencent à courir qu'après la date à laquelle la "partie lésée" (le texte de la directive parle, par erreur, du "demandeur" resp. du "*Kläger*", qui peut aussi être un simple cessionnaire d'une action en dommages et intérêts, voir l'exemple de l'action entamée par la société Cartel Damage Claims à l'encontre des producteurs de ciment³) a pris ou est supposée avoir pris connaissance de son droit.

2 V. *Concurrences* n° 2-2012, n° 45915, pp. 174-176, jugement du Tribunal d'instance de Bonn, et *Concurrences* n° 4-2012, n° 49591, pp. 181-182 à propos de l'arrêt *Kaffeehäuser* de la cour d'appel de Düsseldorf.

3 Voir *Concurrences* N° 2-2014, Chronique Jurisprudences européennes et étrangères, pp. 207-210 et *Concurrences* N° 2-2015.

10. Le droit allemand est éventuellement même un peu plus généreux envers les demandeurs en ce qu'il ne laisse commencer à courir le délai qu'au moment où la partie lésée ignorant son droit à réparation devrait avoir eu connaissance "*sans négligence grossière*". Quant aux conditions objectives du début du délai de prescription, c'est la directive qui est plus exigeante. Ainsi, le droit allemand laisse courir le délai de prescription au moment de la naissance du droit (§ 199, al. 1^{er}, n° 1, BGB) tandis que la directive attend que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé. Vu le considérant 36 de la directive, le législateur allemand devrait être autorisé à maintenir le délai de prescription absolu de dix ans contenu dans le paragraphe 199, alinéa 3, BGB. Les règles sur l'interruption de la prescription pendant la durée de la procédure administrative telles que prévues à l'article 10, alinéa 4, de la directive correspondent essentiellement aux dispositions du paragraphe 33, alinéa 5, GWB. La transposition de la directive reste cependant nécessaire concernant le moment où le délai de prescription devrait reprendre à courir après la période d'interruption. En effet, aux termes du paragraphe 204, alinéa 2, BGB ce délai devrait recommencer à courir après six mois suivant la date de la décision définitive de l'autorité de concurrence, tandis que la directive prévoit une année.

11. Enfin, l'article 18, alinéa 1^{er}, de la directive, qui prévoit que le délai de prescription pour intenter une action en dommages et intérêts soit suspendu pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige, trouve d'ores et déjà un correspondant dans le code civil allemand. En effet, le paragraphe 203 BGB ordonne une suspension du délai de prescription en cas de négociations menées par les parties concernées sur le droit à réparation. La disposition allemande va encore au-delà des exigences de la directive dans la mesure où sa deuxième phrase stipule que la prescription ne peut intervenir que trois mois après la cessation définitive des négociations. Cette règle vise à empêcher une mauvaise surprise de la part de la partie défenderesse après la fin des négociations et lui garantit un délai de réflexion de trois mois au minimum.

V. Responsabilité solidaire (art. 11)

12. La responsabilité solidaire des participants à une entente illicite que règle l'article 11, alinéa 1^{er}, de la directive est déjà prévue en droit allemand, notamment aux paragraphes 830 et 840 BGB. Ainsi, la Cour fédérale de justice, dans son arrêt de principe *ORWI* mentionné ci-dessus, avait déjà affirmé le droit de la partie demanderesse de réclamer à la partie défenderesse des dommages et intérêts non seulement pour les livraisons effectuées par le grossiste client de la partie défenderesse, mais aussi par les grossistes ayant vendu du papier mis en marché par d'autres membres de l'entente illicite. Par conséquent, aucune transposition n'est nécessaire pour cette question. Il en va autrement pour le privilège en matière de responsabilité solidaire accordé aux petites et

moyennes entreprises (PME) ainsi qu'aux bénéficiaires d'une immunité accordée par une autorité de concurrence dans le cadre d'un programme de clémence. Ainsi, les alinéas 2 à 4 de l'article 11 de la directive doivent être transposés en droit allemand.

VI. Répercussion des surcoûts (art. 12 à 14)

13. Dans son arrêt de principe précité *ORWI*, la Cour fédérale de justice n'a pas seulement reconnu le droit des acheteurs indirects à demander des dommages et intérêts, mais aussi le droit des parties défenderesses d'invoquer, comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation des surcoûts, le fait que la partie lésée a répercuté le surcoût. Dans cette deuxième hypothèse, la charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe à la partie défenderesse. Le droit allemand et les articles 12 et 13 de la directive ont donc les mêmes principes de départ. Toutefois, à part la disposition générale du paragraphe 142 ZPO précité, les parties défenderesses ne disposent, jusqu'ici, d'aucune règle leur permettant d'exiger la production d'informations par le demandeur ou par des tiers pour faire face au devoir de prouver, le cas échéant, la répercussion du surcoût par la partie demanderesse. Les juges fédéraux, dans leur arrêt *ORWI*, avaient plutôt conseillé aux parties défenderesses de pratiquer la "*Streitverkündung*" en vertu du paragraphe 72, alinéa 1^{er}, ZPO. Or, cet instrument propre au droit de la procédure civile allemand, que l'on pourrait traduire par "intervention forcée dans le procès" et qui ressemble un peu à l'appel en garantie du droit français, n'a, jusqu'ici, joué en pratique aucun rôle. Comparé à l'état actuel du droit allemand, la directive, avec les prescriptions faites dans son article 14, alinéa 2, relatif à la preuve de la répercussion du surcoût, semble améliorer la situation des acheteurs indirects. Une transposition de cette disposition devrait donc être nécessaire.

Du point de vue du droit allemand on peut alors s'attendre à un impact sur la fréquence des actions introduites par les acheteurs directs et indirects. Pour les premiers, le risque d'être partiellement déboutés de leur demande en réparation augmente en raison d'une certaine facilité pour la partie défenderesse d'invoquer la répercussion des coûts. Pour les seconds, ce sont au contraire les chances que leurs actions aboutissent qui devraient augmenter. Or, les acheteurs indirects sont, en général, moins inclinés à entamer un procès, car leur préjudice ne correspond qu'à une partie des produits (ou services) concernés par l'entente. Du point de vue du droit allemand on peut alors craindre que la transposition de la directive rende moins probable l'hypothèse d'une action privée en réparation du préjudice causé par une entente illégale.

VII. Quantification et présomption du préjudice (art. 17)

14. La transposition de l'article 17, alinéa 1^{er}, de la directive n'est pas nécessaire étant donné que le paragraphe 287 ZPO prévoit déjà la possibilité pour le juge d'estimer le préjudice subi par la partie lésée.

15. Aux termes de l'article 17, alinéa 2, de la directive, il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent réellement un préjudice. Toutefois, il s'agit là d'une présomption qui peut être renversée par l'auteur de l'infraction. La jurisprudence allemande en la matière abonde certes dans le même sens ; elle ne part pas cependant d'une simple présomption, mais se fonde plutôt sur de premiers éléments de preuve⁴. La partie défenderesse a la possibilité de renverser cette preuve *prima facie* en invoquant des faits pouvant justifier la possibilité de survenance d'un préjudice pour des cas isolés. Tandis que la présomption du préjudice prévue dans la directive ne peut être renversée qu'au moyen d'une preuve certaine. C'est donc sur ce point que le législateur allemand est appelé à apporter des éclaircissements en vue de se conformer à l'esprit de la directive.

Conclusion

16. Malgré les dispositions déjà existantes en droit allemand et les clarifications apportées par une jurisprudence plutôt riche, la nouvelle directive exige de la part du législateur allemand quelques modifications supplémentaires, partiellement importantes. Il en est ainsi des dispositions relatives à la production des preuves (art. 5 et s. et art. 14, al. 1^{er}), à la prescription (art. 10), à la limitation de la responsabilité solidaire des membres à une entente (art. 11), à la répercussion du surcoût (art. 12 et s.), à la présomption d'un dommage causé par l'entente (art. 17, al. 2) et aux effets du règlement consensuel des litiges (art. 18 et s.). La directive oblige les législateurs nationaux notamment à introduire des dispositions protégeant les programmes de clémence, visant en particulier à l'exclusion de l'accès aux déclarations faites en vue d'obtenir la clémence et à la limitation de la responsabilité des bénéficiaires d'un programme de clémence. Du point de vue du droit allemand, une modification importante concerne la situation des acheteurs directs et indirects face à une éventuelle répercussion des coûts. Cette modification risque également de réduire le nombre d'actions privées pour violation du droit de la concurrence. Ainsi, il ne semble pas exagéré de qualifier la directive en partie comme une directive *contre* les actions privées. ■

⁴ V. not. Kammergericht Berlin, arrêt du 1^{er} octobre 2009 – 2 U 10/03 (Kart.), WuW/E DE-R 2773s., § 38 et s. – *Berliner Transportbeton*.

La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université de Lille (Lille II)

1. Jusqu'à présent, le *private enforcement* italien n'a joué qu'un petit rôle dans l'application du droit de la concurrence. L'introduction de l'action de groupe en 2007, modifiée en 2009, n'a pas entraîné des changements majeurs puisque, s'il est vrai que quelques dizaines d'actions ont été lancées, celles qui ont abouti ne constituent qu'une poignée de cas. Complices de ce résultat en demi-teinte, non seulement les difficultés propres à l'action de groupe, mais aussi celles relatives à toute action privée en droit de la concurrence. La directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles était par conséquent très attendue pour plusieurs raisons. La directive permet, en effet, de renforcer l'arsenal juridique existant. Elle constitue également l'occasion de simplifier un système parfois complexe. Enfin, la doctrine exhorte à élargir le champ d'application des nouvelles dispositions issues de la transposition de la directive aux cas où seul le droit national de la concurrence s'applique afin d'assurer la cohérence générale du *private enforcement*. La transposition de la directive dans le système juridique italien aura un impact dont le degré sera différent selon les domaines, notamment : la production de preuves (I.), l'effet des décisions nationales (II.), la prescription (III.) la responsabilité solidaire (IV.), la répercussion du surcoût (V.) et la quantification du préjudice (VI.).

I. Production des preuves (art. 5 à 8)

2. La directive encadre la possibilité d'enjoindre aux parties et aux tiers de produire des preuves pertinentes au regard du contentieux en réparation ainsi que l'accès au dossier de l'autorité de concurrence. Les règles actuellement applicables en droit italien sont conformes

aux principes énoncés dans la directive. L'interprétation des dispositions du droit positif est toutefois très stricte, ce qui explique en partie le fait que le *private enforcement* italien n'a pas produit jusqu'à présent les effets escomptés.

3. L'accès au dossier issu du contentieux public est fortement limité. En particulier, la victime qui n'a pas été partie à la procédure administrative rencontre un obstacle considérable, dicté de la nécessité de justifier l'accès au dossier sur la base d'un intérêt conforme à l'intérêt juridique de l'activité administrative. De fait, la victime qui est simplement intervenue à la procédure administrative rencontre les mêmes difficultés et est confrontée aux mêmes limitations prévues pour l'accès procédural au regard des informations ou documents confidentiels. L'affaire du carburéacteur illustre parfaitement les difficultés auxquelles s'exposent le demandeur et le défendeur pour accéder au dossier de concurrence⁵.

4. Quant aux outils procéduraux offerts par le code de procédure civile – l'ordre de divulgation sur requête d'une partie et l'ordre de divulgation demandé d'office par le juge sur le fondement des articles 210 et 213 du code de procédure civile –, ils ne semblent pas non plus assurer la possibilité effective d'accès aux preuves. D'une part, l'autorité de concurrence dispose d'un large pouvoir discrétionnaire au regard de cette demande de divulgation. D'autre part, aucune sanction n'est prévue en

⁵ TAR Latium, arrêt du 10 février 2012 (v. notre commentaire, "Le Tribunal administratif régional du Latium rejette la demande d'accès au dossier de l'Autorité de concurrence présentée par une entreprise intervenue à la procédure administrative", *Concurrences*, n° 3-2012, p. 233) ; TAR Latium, arrêt du 9 octobre 2013 (v. notre commentaire, "Le Tribunal administratif régional du Latium refuse l'accès d'une partie au dossier de l'Autorité de la concurrence en vue de préparer sa défense dans le procès au civil", *Concurrences*, n° 1-2014, p. 232).

cas de non-respect de l'ordre de divulgation. Finalement, le renforcement du dispositif existant viendra du fait que la directive introduit de nouveaux mécanismes dissuasifs en cas de non-respect des dispositions relatives à la production et à la destruction des documents.

5. En matière d'accès aux documents issus des programmes de clémence et de transaction, à l'heure actuelle, les tiers au cartel, même lorsqu'ils interviennent à la procédure administrative, ne peuvent accéder ni aux déclarations d'aveu ni à la documentation annexe. En principe, lorsque le juge prononce un ordre de divulgation sur le fondement des articles 210 et 213 du code de procédure civile, l'autorité de concurrence pourrait cependant divulguer les informations recueillies auprès des entreprises ayant bénéficié du programme de clémence. Par conséquent, la transposition de la directive aura un impact sur les victimes agissant devant le juge italien puisqu'elles n'auront plus accès à certains documents ou n'y auront accès qu'après la fin de la procédure.

II. Effet des décisions des autorités nationales de concurrence (art. 9)

6. À première vue, la réception de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la directive entraînera des modifications majeures dans le droit italien. En effet, à l'heure actuelle, il existe une indépendance absolue entre l'action privée et l'action publique en matière de concurrence : la décision de l'autorité de concurrence, même lorsqu'elle est confirmée par les juridictions de contrôle, ne lie pas le juge de la réparation⁶. Le juge n'est pas non plus tenu de suspendre la procédure dans l'attente d'une décision de l'autorité de concurrence⁷.

7. Toutefois, l'impact de la réception de l'alinéa 1^{er} de l'article 9 de la directive sera, en pratique, plus limité. Bien que la Cour de cassation ne confère aucun caractère irréfragable à la constatation de l'infraction par l'autorité de concurrence, elle lui reconnaît une "*haute force probatoire*", celle-ci constituant "*une preuve privilégiée*", en vue de l'exercice de l'action en réparation. La doctrine s'interroge sur cette notion. D'ailleurs, dans un arrêt du 27 mars 2014, la Cour de cassation a admis elle-même qu'elle n'a pas toujours donné à cette notion la même signification : dans certains cas, elle a estimé que les parties ont la possibilité de présenter des preuves qui

6 Cour de cassation, arrêt du 27 mars 2014 (v. notre commentaire, "La Cour de cassation italienne revient sur l'articulation entre private enforcement et public enforcement en admettant un aménagement de la preuve des conditions de responsabilité en vue de la réparation du préjudice subi par les consommateurs", *Concurrences*, n° 3-2014, p. 211).

7 Cour de cassation, arrêt du 11 juillet 2003.

confortent ou démentent le constat de l'Autorité, alors que dans d'autres cas, elle a affirmé que, dans le cadre de l'action en réparation, l'entreprise sanctionnée ne peut pas remettre en question les faits constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle, en se basant sur le même matériel probatoire ou les arguments déjà exposés devant l'autorité de concurrence. Quant à l'étendue de la force de fait exercée par la décision de l'autorité de concurrence, les juridictions de fond considèrent que cette décision peut être invoquée non seulement par les parties à la procédure administrative, mais aussi par toutes les victimes qui se trouvent dans une situation identique, ou au moins comparable, à celles-ci⁸.

8. L'alinéa 2 de l'article 9 de la directive ne devrait, en revanche, poser aucun problème de transposition, car le juge italien considère déjà la décision d'une autorité de concurrence étrangère comme une preuve *prima facie* qui peut être prise en compte avec les autres éléments probatoires apportés par les parties.

III. Prescription (art. 10 et 18)

9. Concernant le délai de prescription applicable à l'action en dommage et intérêt et celui applicable dans le cas spécifique d'ouverture d'une procédure de règlement consensuel du litige, la transposition de la directive aura un impact majeur sur le mécanisme actuellement existant qui prévoit une prescription quinquennale.

10. Pour ce qui est de l'identification du moment où le terme de prescription commence à courir, la Cour de cassation italienne a interprété les dispositions du code civil dans le sens de ce qui est envisagé par la directive. Dans un premier temps, par un arrêt du 2 février 2007, la Cour de cassation a rappelé sa propre jurisprudence selon laquelle la prescription ne commence pas à courir du jour où la conduite causant le dommage a cessé mais du jour de l'extériorisation du dommage lui-même. Néanmoins, la Cour de cassation a insisté sur le fait que la connaissance du préjudice ne coïncide pas nécessairement avec la publication de l'instruction ou de la décision de l'autorité de concurrence en raison de l'autonomie entre le contrôle opéré par cette autorité et la procédure civile visant à obtenir la nullité et/ou la réparation du préjudice découlant de la pratique anticoncurrentielle. C'est alors le juge qui doit, au cas par cas, identifier le moment où la victime a eu une connaissance adéquate et raisonnable du préjudice et du caractère injuste de celui-ci, en utilisant la diligence raisonnable. Par la suite, la Cour de cassation a confirmé sa propre jurisprudence, tout en affirmant qu'aux cas d'espèce, la publication de la décision de l'autorité constituait le point de départ de la prescription en raison du caractère secret qui caractérise les cartels⁹.

8 Tribunal de Milan, 27 décembre 2013, aff. *Brennercom S.p.a./Telecom Italia*.

9 Cour de cassation, arrêts du 6 décembre 2011 et 11 octobre 2013.

11. Quant à l'alinéa 4 de l'article 10 de la directive, le législateur italien devra, en revanche, envisager des modifications des dispositions existantes, car, à l'heure actuelle, aucune suspension obligatoire de la prescription n'est prévue dans le cas où la décision de l'autorité de concurrence nationale a fait l'objet d'un recours devant les juridictions de contrôle. Cette suspension est possible, mais est remise au pouvoir discrétionnaire du juge.

IV. Responsabilité solidaire (art. 11)

12. À l'heure actuelle, en vertu de l'article 2055, alinéa 1^{er}, du code civil, la partie lésée peut demander la réparation du préjudice dans son intégralité à chaque entreprise ayant participé à l'infraction. En vertu de l'alinéa 2 du même article, cette entreprise peut se retourner contre les autres coresponsables de l'infraction anticoncurrentielle, et en vue d'établir leur part de responsabilité, le juge s'appuie à la fois sur la faute et la causalité. On s'interroge cependant sur la possibilité que le juge puisse tenir compte du fait que l'entreprise ayant exercé ou subi ce recours a pu bénéficier d'une immunité par le biais de l'application d'un programme (européen ou national) de clémence. Les aménagements du principe de la responsabilité solidaire prévus dans les alinéas 2 et 4 de l'article 11 de la directive imposent par conséquent une modification des règles actuellement applicables.

V. Répercussion du surcoût (art. 12 à 14)

13. La jurisprudence italienne a déjà reconnu dans le passé la possibilité pour l'acheteur indirect d'agir en réparation du préjudice subi d'une pratique anticoncurrentielle et admis la possibilité d'invoquer la répercussion du surcoût non seulement en demande, mais aussi comme moyen de défense. L'article 13 de la directive prévoit, à ce sujet, que la charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur. Aucun aménagement ne devrait être prévu sur ce point, car, en vertu de l'article 2697, alinéa 2, du code civil, le défendeur doit déjà démontrer les faits sur lesquels se fonde l'exception. Cet article est interprété de façon stricte. Néanmoins, les dispositions du code de procédure civile devraient, en principe, permettre au défendeur d'exiger, par l'intermédiaire du juge, la production d'informations par le demandeur ou par des tiers. En revanche, à l'heure actuelle, l'acheteur indirect ne bénéficie d'aucune présomption quant à la preuve d'une répercussion. En application de l'alinéa 1^{er} de l'article 2697 du code civil, l'acheteur indirect doit prouver et évaluer le préjudice subi et établir le lien causal entre celui-ci et la pratique anticoncurrentielle. La directive impose par conséquent un changement qui devrait faciliter la charge de la preuve incombant aux acheteurs indirects.

14. La directive permet au juge d'estimer la part de tout surcoût qui a été répercutée. A ce sujet, le juge italien dispose déjà du pouvoir de statuer en équité en vertu de l'article 1226 du code civil, à condition qu'il soit impossible de prouver le montant exact du préjudice subi. Ce pouvoir a été exercé tant en matière d'abus de position dominante qu'en matière d'ententes. Le juge peut l'exercer également dans le cadre de l'action de groupe.

15. En revanche, la réception de l'article 15 de la directive pourrait soulever quelques difficultés. D'une part, concernant la prise en compte des actions en dommages et intérêts portant sur la même infraction mais intentées par des demandeurs situés à d'autres niveaux de la chaîne de distribution, se pose la question de savoir si le juge saisi ultérieurement peut ou doit suspendre la procédure et procéder à la réunion des affaires. Cette réunion s'avère cependant problématique en cas d'actions individuelles et d'actions de groupe, puisque les règles de compétence sont différentes. D'autre part, concernant la nécessité, à défaut de pouvoir réunir les affaires, de tenir compte des décisions de justice prises à la suite d'actions en dommages et intérêts intentées par des demandeurs situés à d'autres niveaux de la chaîne de distribution, se pose la question des limites de la chose jugée puisque les parties ne sont pas exactement les mêmes.

VI. Quantification et présomption du préjudice (art. 17)

16. Concernant la possibilité d'estimer le montant du préjudice, s'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles, le juge italien dispose déjà du pouvoir de statuer en équité (v. *supra*).

17. Quant à la présomption simple de l'existence d'un préjudice découlant d'une entente illicite, si aucun texte ne prévoit d'aménagement des conditions à établir pour obtenir la réparation, par un arrêt du 27 mars 2014 rendu dans une affaire de cartel¹⁰, la Cour de cassation a affirmé qu'en invoquant la décision de l'autorité de concurrence, on apporte non seulement la preuve de l'existence d'un comportement anticoncurrentiel et de son aptitude à causer un dommage aux consommateurs, mais aussi la preuve du fait que ce dommage a été concrètement causé aux consommateurs.

10 Cour de cassation, arrêt du 27 mars 2014 (v. notre commentaire, "La Cour de cassation italienne revient sur l'articulation entre private enforcement et public enforcement en admettant un aménagement de la preuve des conditions de responsabilité en vue de la réparation du préjudice subi par les consommateurs", *précité*).

Conclusion

18. La directive sur les actions privées pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine italienne, mais nombreux sont ceux qui estiment qu'elle constitue une première étape d'une nouvelle politique visant à faire du *private enforcement* un complément efficace du *public enforcement* dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Reste que la transposition de certaines dispositions risque de soulever des débats très vifs. ■

La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français

Rafael Amaro

rafael.p.amaro@gmail.com

Maître de conférences, Université Paris Descartes (CEDAG)

1. Avertissements. Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que des développements substantiels ont déjà été consacrés au sujet¹¹. La présente contribution n'a donc d'autre ambition qu'offrir un rapide survol des difficultés qui pourraient se poser au législateur français lors de la transposition de la directive. On suivra pour ce faire le plan de la directive, à l'instar des autres contributions de ce Tendances, afin de faciliter la comparaison entre les différents systèmes nationaux. Tous les thèmes ne seront pas abordés.

I. Objet et champ d'application/définitions (art. 1 et 2)

2. Domaine *ratione personae* : difficulté de codification de la loi de transposition. *Ratione personae*, le domaine de la directive couvre les demandes en réparation de tout titulaire d'un intérêt à agir au sens de l'article 31 du code de procédure civile : personne physique comme personne morale, professionnel comme consommateur. Sur le fond, la solution ne fait guère difficulté si ce n'est qu'en embrassant aussi large, elle pourrait accentuer le phénomène de dispersion de la matière¹². Il faudra pourtant s'y résigner : la multiplication des codes porte en elle un effet mécanique d'éclatement du droit privé qu'une humble loi de transposition ne saurait résorber. Le phénomène est regrettable et ne participe guère de la simplification du droit, mais c'est un autre débat...¹³.

3. Création d'un titre II bis du livre IV ? Tout au plus, peut-on souhaiter que les choix faits à l'occasion de la transposition soient cohérents et que l'on ne retrouve pas des dispositions qui concernent les professionnels dans le code de la consommation ou celles qui concernent les consommateurs dans le code de commerce. Peut-être que l'ajout d'un titre II bis (ou d'un titre VIII) au livre IV du code de commerce, que l'on pourrait intituler "Des actions en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles", permettrait de regrouper la matière, sous réserve de quelques renvois au code de la consommation.

4. Domaine *ratione materiae* : extension possible aux autres pratiques anticoncurrentielles du droit français. Quant au domaine *ratione materiae*, la directive ne pose pas de difficulté majeure : elle concerne évidemment l'application du droit interne et européen des pratiques anticoncurrentielles. La loi de transposition s'attachera donc au premier chef à la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 (ententes) et L. 420-2, alinéa 1^{er} (abus de position dominante), du code de commerce. Cela étant et dans la mesure où rien ne l'interdit dans la directive, il serait souhaitable que la loi de transposition étende ses dispositions à l'application des articles L. 420-2, alinéa 2 (abus de dépendance économique), et L. 420-5 (prix abusivement bas).

II. Droit à réparation intégrale (art. 3)

5. Éviction des dommages et intérêts extracompensatoires : transposition inutile sauf jurisprudence rebelle. Qu'il soit destiné à désamorcer, bon gré mal gré, certaines oppositions à un contentieux privé trop menaçant pour les défendeurs ou qu'il découle d'une authentique méfiance du législateur européen à l'endroit du *private enforcement* à l'américaine, l'article 3, au nom du droit à réparation intégrale, exclut fermement les dommages et intérêts extracompensatoires. Le texte ne laisse rien au hasard puisqu'il vise : "les dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts".

¹¹ M. Chagny (dir.), *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir*, colloque tenu à Paris le 13 mai 2014, *Concurrences* n°3-2014 ; M. Chagny, La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles. Changements en vue en droit français de la concurrence... de la procédure et de la responsabilité civile ? *D.*, 2013, pp. 2532 et s. ; L. Idot, Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles, *RDC*, 2013/4, pp. 1381 et s.

¹² Déjà éparpillée en quatre codes (pour l'essentiel) : le code de commerce pour les questions d'administration et d'admission des preuves tirées du dossier des autorités de concurrence (art. L. 462-3, al. 2, et L. 463-6), le code de la consommation pour les règles propres à l'action de groupe (art. L. 423-17 à L. 423-19) et, évidemment, le code civil et le code de procédure civile pour tout le reste !

¹³ Sur lequel, v. p. ex. N. Molfessis, Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même, *Rapport annuel du Conseil d'État*, 2006, pp. 391 et s.

La transposition de cette disposition ne devrait pas même être nécessaire puisqu'il est de jurisprudence constante que le principe de réparation intégrale est la règle en droit français de la responsabilité civile¹⁴.

Mais il est de jurisprudence presque aussi constante¹⁵ que, dans certains domaines – droit de la concurrence déloyale et droit de la personnalité, notamment –, les juridictions du fond n'hésitent pas à évaluer à la hausse le quantum des dommages et intérêts, voire à présumer l'existence douteuse d'un dommage, afin de donner aux contentieux indemnitaires une coloration punitive¹⁶. À l'avenir, il est donc possible que, par la grâce d'une jurisprudence permissive de la Cour de cassation, les juges du fond essaient de tourner la lettre de l'article 3 de la directive en usant des mêmes expédients. La peine privée ayant en France comme ailleurs¹⁷ une vocation naturelle à suppléer l'absence de répression "officielle", des dommages et intérêts "clandestinement" punitifs pourraient trouver terre d'élection dans le contentieux autonome (*stand alone*). Finalement, c'est peut-être ce risque d'entorse à l'article 3 de la directive (ou cette heureuse perspective...) qui pourrait justifier que la loi de transposition relaie *expressis verbis* le principe prétorien de réparation intégrale.

III. Production des preuves (art. 5 à 8)

6. Retouches nécessaires du droit français. Sur cette question, l'essentiel a déjà été dit¹⁸. Les principes généraux de production des preuves de l'article 5 de la directive ressemblent de près à celles du droit français des articles 11, 138 à 142 du code de procédure civile. La loi de transposition devrait donc s'en tenir à quelques retouches parcimonieuses du code de procédure civile, notamment pour les règles qui encadrent la production de documents comportant des secrets d'affaires ou des informations confidentielles¹⁹.

Concernant les principes spéciaux régissant l'accès aux dossiers des autorités de concurrence, le législateur avait déjà partiellement anticipé la directive. La loi "Lurel"²⁰

a déjà inséré un nouvel alinéa 2 à l'article L. 462-3 afin de restreindre l'accès aux documents obtenus dans le cadre des programmes de clémence. Cet article méritera tout de même quelques retouches pour être en adéquation avec la directive qui régit plus en détail la production des documents dont l'interdiction est temporaire (liste "grise" de l'art. 6, § 5) et ceux pour lesquels elle est "absolue" (liste "noire" de l'art. 6, § 6).

7. Conformité des listes "grise" et "noire" à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH ? Observons seulement que cet accès restreint aux dossiers des autorités – fût-il conforme au principe d'effectivité, ce qui mériterait d'être discuté au vu des jurisprudences *Pfleiderer* et *Donau Chemie*²¹ – n'empêchera pas les victimes éconduites d'invoquer le respect de leurs droits de la défense. Il est même probable qu'au premier refus essuyé, l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH soit invoqué pour combattre les règles de droit français issues de la loi de transposition. C'est déjà ce qui s'est produit sous l'empire de l'actuel droit positif, ce dont témoigne l'arrêt *Semavem*²² et ses suites²³. Or le caractère législatif des listes "grise" et "noire" n'interdira pas au juge de procéder à un contrôle de proportionnalité au cas par cas. Certes, à l'heure de ce contrôle, les objectifs de bonne "coordination" des sphères publique et privée qui président à la création de ces listes pèseront lourd dans la balance. Il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, le juge pourrait, à notre sens, estimer que l'accès à certaines pièces protégées est nécessaire à l'exercice des droits de la défense des demandeurs, voire des défendeurs.

IV. Effet des décisions nationales (art. 9)

8. Duplication nécessaire de la "présomption irréfragable". La "présomption irréfragable" de l'article 9 est déjà de droit positif à l'article L. 423-17, alinéa 2, du code de la consommation pour les seules actions de groupe engagées par les associations de consommateurs. On a pu s'interroger sur la notion de droit judiciaire privé que recouvrait ce concept de "présomption irréfragable" que le législateur français a choisi, lors de la rédaction de la

14 V. not. Civ. 2^e, 28 octobre 1954 ; *JCP G*, II, 8765, note R. Savatier.

15 Comp. Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, v^o Concurrence déloyale, Rép. com. Dalloz, n^o 129 à 133 et J.-D. Bretzner, E. Duminy, L'urgence, la preuve et la concurrence déloyale, *AJCA*, 2014, p. 155 et s.

16 V. not. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1995, *passim*.

17 H. Koziol, Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, H. Koziol, V. Wilcox (dir.), Springer Wien New York, 2009, pp. 275 et s., spéc. p. 293, n^o 53 et les références citées.

18 M. Chagny, Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective, in *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe*, préc. pp. 59 et s., n^o 209 à 220.

19 *Ibid.*, n^o 210 à 212.

20 Loi n^o 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

21 Lesquelles favorisent l'accès au dossier en invitant le juge national à procéder à un contrôle de proportionnalité (au vu des spécificités de l'espèce, donc). CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09 ; *Contrats, conc., consom.* 2011/8, comm. 198, note G. Decocq ; *Concurrences* n^o 3-2011, p. 177, note A. Lacresse ; *Europe*, 2011/8, comm. 308, obs. L. Idot ; CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et a.*, aff. C-536/11 ; *JCP G*, 2013, n^o 25, 717, obs. F. Picod.

22 Com., 19 janvier 2010, n^o 08-19761, *Bull. civ.* IV, n^o 8 ; *Contrats, conc., consom.* 2010, comm. 105, note G. Decocq ; *Rev. jurid. écon. publique*, 2010, n^o 677, comm. 36, note A. Friboulet ; *Concurrences* n^o 2-2010, p. 136, obs. C. Lemaire et S. Naudin.

23 V. pour une étude de la question : 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^o 3-2013, pp. 34 et s.

loi “Hamon²⁴”, d’emprunter par anticipation à ce qui n’était alors qu’une proposition de directive. Autorité de chose jugée ? Autorité de chose décidée²⁵ ? À la réflexion, il est aussi possible de voir dans cette présomption irréfragable un concept *sui generis*, une nouvelle notion autonome du droit européen. Cette dernière option a pour avantage d’éviter l’incertitude inhérente à la transposition d’une notion de droit judiciaire déjà connue, qui charrierait avec elle un certain nombre de règles, propres à chaque système national, et dont les conséquences pourraient être quelque peu imprévisibles²⁶.

L’article L. 423-17, alinéa 2, n’en sera pas moins insuffisant et il faudra au législateur français dupliquer cette disposition pour l’étendre aux autres actions en réparation : actions individuelles des consommateurs et des professionnels. Reste à savoir où insérer ces nouvelles “présomptions irréfragables”...

9. Extension de la “présomption irréfragable” ? Enfin, la loi de transposition pourrait être aussi l’occasion de s’interroger sur une éventuelle extension de la présomption irréfragable au reste du contentieux privé : celui de la nullité et celui de l’urgence. Notre opinion est que la bonne articulation entre contentieux public et contentieux privé mais aussi l’effectivité des autres actions privées (au fond comme en référé) constituent de solides arguments en faveur de cette extension.

V. Délais de prescription (art. 10)

10. Transposition nécessaire des modalités de report et d’interruption. La durée de cinq ans minimum, exigée par l’article 10, paragraphe 3, de la directive, est déjà conforme au délai de l’article 2224 du code civil. En revanche, et comme on a déjà pu l’observer²⁷, il appartiendra au législateur français d’insérer en droit interne des dispositions spécifiques pour transposer le point de départ glissant de l’article 10, paragraphe 2. Il lui faudra aussi arbitrer entre le caractère suspensif ou interruptif des actes de poursuite ou d’instruction des autorités de concurrence sur le délai d’action en réparation. L’article 10, paragraphe 4, laisse le choix aux États membres, mais il serait cohérent d’opter pour le caractère interruptif, plus protecteur des victimes et déjà adopté par le législateur français à l’article L. 462-4 du code de commerce. On pourrait même former le vœu pieux qu’il

24 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. L’art. L. 423-17 use plus précisément de la périphrase suivante : “*les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable*”.

25 R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, avant-propos G. Canivet, préf. M. Béhar-Touchais, Bruylant, 2014, n° 654 et s.

26 M. Béhar-Touchais, C. Prieto, D. Bosco (dir.), *L’intensification du private enforcement*, Travaux du Réseau Trans-Europe-Experts, SLC, 2015, (à paraître). La position soutenue à l’occasion de ces travaux nous semble aujourd’hui plus convaincante que celle que nous avions défendue dans notre thèse en faveur de l’autorité de chose jugée (v. la note précédente).

27 M. Chagny, art. préc., n° 204 à 208.

se saisisse de l’opportunité de la loi de transposition pour trancher l’éternel débat entre la conception substantialiste et la conception processualiste de la prescription...

11. Conformité du délai butoir de l’article 2232 du code civil à l’article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH ?

Enfin, il serait souhaitable de préciser dans la loi de transposition le sort du délai butoir de vingt ans prévu à l’article 2232, alinéa 1^{er}, du code civil. La conformité de ce délai aux objectifs de la directive est discutée²⁸, et d’ailleurs, serait-il conforme à la directive et au principe d’effectivité qu’il devrait encore passer sous les fourches caudines de l’article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH. Désormais, délais “butoir”, de “forclusion” ou de “prescription” doivent composer avec les garanties du procès équitable. Il pourrait ainsi être soutenu que ce délai butoir de vingt ans, interdisant à une victime d’invoquer les adages *Contra non valentem...* ou *Actioni non natae...*, porterait une atteinte disproportionnée au droit fondamental d’agir en justice. C’est déjà ce qu’a pu retenir la Cour de cassation pour le délai préfix de demande en relevé de forclusion de l’article L. 622-26 du code de commerce²⁹.

Le caractère occulte des ententes les plus graves et leur découverte parfois tardive laissent présager que l’écoulement de vingt ans entre la première coordination de volontés et l’introduction d’une action en réparation pourrait ne pas être qu’un cas d’école.

VI. Responsabilité solidaire (art. 11)

12. Transposition nécessaire des limites à l’indemnisation. La responsabilité solidaire des défendeurs posée à l’article 11, paragraphe 1, est déjà de droit positif en droit français, si ce n’est qu’elle sera “*in solidum*” et non pas “solidaire”. En revanche, les dispositions des paragraphes 2 et 3 qui limitent la responsabilité des PME devront être expressément transposées, tout comme celles des paragraphes 4, 5 et 6 qui limitent celles des “*bénéficiaires d’une immunité*”, soit, en droit français, les bénéficiaires d’un programme de clémence mais aussi ceux d’un programme de non-contestation des griefs. La notion de responsabilité “relative” utilisée aux paragraphes 5 et 6 méritera peut-être d’être clarifiée, même si l’on peut penser qu’une définition claire ne dissipera pas, en pratique, les difficultés d’appréciation de la responsabilité personnelle de chaque cartelliste dans la survenance du dommage (est-ce seulement possible ?).

13. Conformité des limites à l’indemnisation à l’article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Convention EDH. Reste que la conventionalité des règles de droit français qui transposeront ces limites à l’indemnisation pourrait faire débat.

28 M. Chagny, art. préc., n° 208.

29 Com., 5 septembre 2013, n° 13-40034 ; RDC, 2014/1, p. 50, note J. Klein.

La protection des créances indemnitaires *via* l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Convention EDH ne manquera pas d'inspirer certains conseils, comme on peut l'observer, par exemple, en matière médicale³⁰.

VII. Répercussion des surcoûts (art. 12 à 16)

14. Introduction nécessaire de présomptions légales. Sous couvert d'une difficulté spécifique à la matière – la "répercussion des surcoûts" –, les articles 12 à 16 de la directive s'attachent à des questions classiques de responsabilité civile : la charge et l'objet de la preuve du dommage et du lien de causalité. L'articulation des différents principes ainsi posés est moins évidente que ce qu'une lecture rapide pourrait laisser penser et des développements plus substantiels mériteraient peut-être de leur être consacrés.

Relevons simplement, dans le cadre de cette contribution, que les principes des articles 12 à 16 de la directive supposent des remaniements du droit français, essentiellement lorsqu'il est question de charge de la preuve. Pour cause, l'article 1315 du code civil pose un principe bien connu : *Actori incumbit probatio*. Or sauf à passer par un assouplissement prétorien de cette règle, comme le juge français a pu le faire en matière médicale³¹, il sera nécessaire d'introduire dans la loi des présomptions légales réfragables permettant de systématiser l'inversion de la charge de la preuve.

Ce sera le cas surtout pour la transposition de l'article 13 *in fine* de la directive. Cette disposition reporte sur l'auteur de l'infraction, défendeur à l'action en réparation, la charge de la preuve de la répercussion du dommage sur un acheteur indirect lorsque sa responsabilité est recherchée par un acheteur direct. Une disposition expresse dans la loi de transposition sera d'autant plus nécessaire que la jurisprudence de la Cour de cassation applique strictement l'article 1315 du code civil. La solution a été posée dans le volet "*Le Gouessant*" du contentieux indemnitaire du "cartel de la lysine", par un arrêt du 15 mai 2012³². Il a été jugé que lorsqu'un demandeur à une action en réparation, acheteur direct du cartelliste, alléguait le dommage découlant d'un surcoût, il devait établir aussi son absence de répercussion si "*la répercussion des coûts est la pratique commerciale habituelle et normale*" (précision des juges du fond³³, reprise par la Cour de cassation).

De même, il sera nécessaire d'introduire une seconde présomption légale pour transposer l'objet allégé de la preuve du dommage dont peut se prévaloir l'acheteur indirect à l'encontre du défendeur (art. 14, § 2, de la directive).

15. Somme toute, un peu comme le doreur corrige les imperfections de l'ébéniste, le législateur français pourra trouver dans la loi de transposition l'occasion de donner plus de tranchant à certains principes de la directive tout en tempérant ceux dont la transposition littérale manquerait de balancement. Et si l'on peut formuler un souhait pour conclure : qu'il se serve de la marge de manœuvre que lui offre la transposition pour favoriser plus encore les recours des victimes. Outre que cette orientation pourra se réclamer d'une certaine idée de la justice sociale qui ne saurait laisser de marbre notre bon Parlement, ce sera toujours un atout de plus pour le droit français dans la concurrence féroce qui s'annonce entre systèmes juridiques afin de capter le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles ! ■

30 V. p. ex. pour une attaque contre les limites posées à l'indemnisation des enfants nés handicapés : Civ. 1^{re}, 14 novembre 2013, n° 12-21576 ; LPA, 23 avril 2014, n° 81, p. 11, note A. Cayol ; RCA, 2014/2, étude 2, note S. Hocquet-Berg, RDC, 2014/2, p. 188, note G. Viney.

31 V. not. l'arrêt *Distilbène* : Civ. 1^{re}, 24 septembre 2009 (2 arrêts), n° 08-16305, Bull. civ. I, n° 187 ; n° 08-10081, Bull. civ. I, n° 186 ; D., 2009, p. 2342, note I. Gallmeister ; RTD civ., 2010, p. 111, note P. Jourdain ; RDSS, 2009, p. 1161, note J. Peigné ; arrêt confirmé en matière d'infections nosocomiales : Civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n° 09-67011, Bull. civ. I, n° 137 ; D., 2010, p. 39, obs. P. Brun ; JCP G, 2010, 870, note O. Gout ; RTD civ., 2010, p. 567, obs. P. Jourdain.

32 Com., 15 mai 2012, inédit, n° 11-18495.

33 CA Paris, ch. 5-4, 16 févr. 2011, SCA Le Gouessant c/ SA Ceva Santé et SAS Ajinomoto Eurolysine, RG n° 08/08727.

Considerations concerning the implementation of the EU competition law damages directive in Spain

Paul Hitchings*

paul.hitchings@cuatrecasas.com

Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Miguel Angel Malo

miguelangel.malo@cuatrecasas.com

Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

Luis Loras

luis.loras@cuatrecasas.com

Lawyer, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid

1. As the Spanish authorities gear up for the implementation of Directive 2014/104/EU (“the Directive”),³⁴ this article assesses its possible impact on certain areas of Spanish law. While many of the concepts in the Directive are very familiar or already well dealt with in Spain, the Directive offers a welcome opportunity to create some greater transparency and effectiveness in Spanish procedure with the particular beacon of the new disclosure provisions.

I. Disclosure

1. *Inter partes* and third party disclosure

2. The Directive provides for the possible disclosure of evidence from defendants and third parties.³⁵ This is a significant novelty.

3. Spanish Civil Procedure Rules (“CPR”) currently provide for disclosure of information in two specific moments. First, so-called “preliminary diligences” allow claimants to request information from defendants or third parties prior to filing a claim in order to prepare their claim.³⁶ Secondly, after exchange of pleadings, parties may request disclosure of specific documents at the pretrial hearing.³⁷

4. These mechanisms are in practice used only to a limited degree and, in our opinion, are insufficient to satisfy the aims of the Directive. Competition law damages actions are frequently multi-party proceedings, and disclosure for such proceedings would be relatively unmanageable in the framework of existing preliminary diligences. Furthermore, preliminary diligences are currently only open to claimants and not to defendants (which would not permit disclosure related to pass-on, for example); claimants must provide a bond; and jurisdiction is not seized for the purposes of the Brussels Regulation³⁸ (permitting and maybe even provoking so-called “torpedo” actions in other Member States).

* The views set out in this article are personal to the authors and do not necessarily represent the views of Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

³⁴ Directive 2014/104/EU 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 [2014] OJ L 349/1.

³⁵ *Ibid.*, Article 5.

³⁶ Article 256 et seq. of the Spanish Civil Procedure Rules, *Ley de Enjuiciamiento Civil* BOE-A-2000-323 (with amendments).

³⁷ Article 328 CPR.

³⁸ Regulation 1215/2012/EU on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

Neither preliminary diligences nor document exhibition requests at the pretrial hearing in fact permit requests for categories of documents as required by the Directive—both have, indeed, been narrowly interpreted by courts. Accordingly, we consider that the Directive requires the introduction of a specific procedural reform in Spain.

5. An approach which could be adopted would be to permit and require disclosure requests at the pleading stage, with the possibility of a specific disclosure hearing prior to the pretrial hearing. The following is a possible outline for the process although a number of variations could be considered:

- Parties would exchange pleadings containing their requests for disclosure from the other party and any third parties.
- The Court would notify third parties with their requests.
- After exchange of pleadings, the judge would call a disclosure hearing, unless there were no opposition to the requests and a disclosure timetable agreed.
- All parties would have the opportunity to make submissions at the hearing and the judge would assess the requests on the basis of the factors listed in the Directive.³⁹
- After ruling, the judge would set the disclosure timetable.
- *Inter partes* disclosure costs would normally be considered costs of the proceedings and parties should not be required to post a bond.⁴⁰
- If a dispute arises as regards the execution of disclosure orders, parties could seek a motion from the judge.
- Once disclosure is finalized, the judge would set a date for the pretrial hearing.
- Claimants would then be required to file their economic expert report five days prior to the hearing while the defendants would only be required to announce it at the hearing and then present the report five days prior to trial.⁴¹
- The proceedings could then be normally conducted pursuant to the CPR.

³⁹ Article 5.3.

⁴⁰ A different approach may of course be warranted for third party disclosure. Further, the specific costs of disclosure may require a specific new rule in the Spanish bar guidelines used by courts to tax costs.

⁴¹ Article 337 CPR.

2. Disclosure by NCAs

6. Claimants will be able to request information contained in NCAs' case files.⁴² Although the Directive provides that this should be the last resort, it is foreseeable that the State (CNMC) and the Autonomous Communities Competition Authorities' (together, the "Spanish NCAs") involvement in follow-on damages actions will increase. It will hence be advisable for Spanish NCAs, in time, to set up internal mechanisms to deal with: (i) the reception of disclosure orders; (ii) the review and redaction of disclosable information; and (iii) the issuance of opinions on, *inter alia*, *inter partes* disclosure of administrative files during ongoing investigations, proportionality of disclosure requests and quantification of harm.⁴³

7. It may be advisable for Spanish NCAs to adapt the organization of case files to take into account possible disclosure categories in civil proceedings. For instance, this could involve dividing the case file into: (i) documents which are never disclosable; (ii) documents disclosable after a decision is issued; and (iii) documents which are always disclosable, as well as taking into account confidentiality issues.

3. Confidentiality

8. National courts should have effective measures at their disposal to protect confidential information.⁴⁴ Currently the CPR allow Spanish courts to declare the confidentiality of a judicial case file as well as holding confidential hearings.⁴⁵ However, these measures may prove insufficient under the scope of the disclosure foreseen in the Directive as there may be cases in which sensitive information may need to be kept confidential even from the parties. To comply with the Directive, Spain may need to implement confidentiality rings into its legislation. Confidentiality rings are court orders which preclude ring members, generally in-house and external counsel, and maybe experts, from disclosing the information accessed to persons outside the ring or using it for purposes other than the civil proceedings. This mechanism has been successfully used in damages litigation in England and is referred to in the preamble of the Directive.⁴⁶

9. Current sanctions for failure to comply with disclosure or confidentiality orders provided under the CPR would need to be adjusted to ensure that they are effective, proportionate and dissuasive.⁴⁷ Further, the possibility to draw adverse inferences or dismiss claims or defences in such cases will need to be expressly accounted for.⁴⁸

⁴² Article 6. This possibility already exists in Spain, although in restricted procedural terms (Art. 15bis.2 CPR).

⁴³ Article 17.3.

⁴⁴ Article 5.4.

⁴⁵ Articles 138 and 140 CPR.

⁴⁶ Recital 33.

⁴⁷ Article 247 CPR.

⁴⁸ This may already be possible by virtue of Articles 217.7 and 329 CPR. However, such an important issue should advisably be regulated expressly.

II. Effect of NCA decisions

10. To ensure the efficiency and effectiveness of damages actions, the Directive establishes that, once a decision adopted by a NCA has become final, the nature of the infringement as well as its material, personal, temporal and territorial scope should be deemed to be irrefutably established for the courts of the Member State in which the decision has been adopted and, at least, be *prima facie* evidence of the infringement in the courts of other Member States.⁴⁹

11. Current Spanish Supreme Court case law has clarified that findings of fact in administrative proceedings will be given effect by civil courts, which may only deviate from the legal interpretation given to these findings if such interpretation is explicitly and adequately reasoned.⁵⁰ However, a legislative provision may still be advisable to clarify the precise terms of the Directive.

III. Nature and extent of liability

1. Joint and several liability

12. Joint and several liability is the rule for joint infringements of competition law in Spain. However, by virtue of the Directive joint and several liability will now be statutory (“*solidaridad propia*”). As a result, and according to Article 1974 of the Spanish Civil Code and consolidated Supreme Court case law, interrupting limitation for one defendant will, in principle, now have the effect of interrupting limitation vis-à-vis the other co-defendants.

2. Pass-on defence and indirect purchasers’ standing

13. Infringers will be liable for the harm caused to both their direct and indirect purchasers under Spanish law.⁵¹ This is already the case under Spanish law although the authors are unaware of any indirect purchaser claims.

14. The Spanish Supreme Court has clarified that the pass-on defence is allowed as a matter of Spanish law and that, on the basis of consolidated EU case law on reimbursement of indirect taxes, the burden of proving

pass-on lies with the infringer.⁵² This is the position of the Directive. The Spanish Supreme Court also imposes the burden on infringers to prove the absence of volume effects as a result of the passing-on of overcharges. The issue of volume effects is as yet insufficiently treated at either EU or national level in our opinion and will be a matter for debate.

15. The Directive requires that national courts be able to act in a way so as to try to avoid contradictions arising out of actions at different levels of the supply chain. Spanish courts shall take due account of judgments in related cases (without such judgments having the effect of *res judicata*) and, where appropriate, they may consider the possibility of consolidation of similar claims brought at different levels of the supply chain by direct and indirect purchasers.⁵³ It may also be worth considering increasing the existing publicity mechanisms around these cases.⁵⁴

IV. Limitation

16. The Directive will extend the one-year limitation period provided under Spanish law for competition law damages actions to at least five years.⁵⁵ Spanish consolidated Supreme Court case law arguably follows the Directive’s approach to the *dies a quo* already, as it requires victims to have knowledge of all the factual and legal elements of the claim and be in a position to quantify the total extent of their losses.⁵⁶

17. Action taken by Spanish NCAs (and judicial review courts) is to have the effect of interrupting limitation.⁵⁷ What is meant, as a matter of Spanish law, by the NCA “taking action” should be defined.⁵⁸ In addition, Spanish NCAs will need to be mindful that their investigations interrupt limitation periods and may consider stating in their press releases when their actions produce or stop producing such effects.

18. To avoid satellite litigation, careful attention will also need to be paid to regulating the transition to the new limitation regime taking into account the temporal provisions of the Directive.⁵⁹

49 Recital 34 and Article 9.

50 Spanish Supreme Court judgment of 7 November 2013, ECLI:ES:TS:2013:5819.

51 Articles 13 and 14.

52 Judgment of 7 November 2013, footnote 17 above.

53 Consolidation is regulated under 74 et seq. CPR and satisfaction of the requirements therein would need to be considered on a case-by-case basis.

54 Article 16.3 of the Spanish Act, 15/2007, of 3 July, for the Defence of Competition, BOE-A-2007-12946, already provides that admissions of damages claims be notified to the CNMC and publication of such information may be worth considering.

55 Article 10.3.

56 Among others, Spanish Supreme Court judgment of 8 March 2013, ECLI:ES:TS:2013:836.

57 Article 10.4.

58 This is currently an issue in Germany, where German law provides for the suspension of limitation during investigations but the status of the Bundeskartellamt investigations is not always clear.

59 Article 22.

V. Settlements

19. In order to promote the extrajudicial settlement of claims, the Directive requires claims to be reduced by the settling co-infringer's "share of harm." Such automatic "claims reduction" involves a change to the current position under Spanish law,⁶⁰ albeit in practice such results could already be achieved by contract. Procedurally, it may also be necessary to introduce a specific provision in the CPR for such claims reduction to be effected in proceedings (at any stage before judgment). As no doubt is the case in other countries, what impact the Directive rules will have on current contribution law will certainly require careful and detailed study.

20. In addition, the Directive provides that a settlement may be taken into account as a mitigating factor when assessing fines in the related administrative proceedings if the settlement is reached before a competition authority has issued its decision.⁶¹ This is already the case under the Spanish Competition Act, but it is a provision which is scarcely used or even discussed. Consideration of what means could be used to promote its use should therefore form part of the Spanish implementation debate.

VI. Conclusion

21. Spanish law and procedure offers already a suitable, competent and relatively low cost platform for the litigation of private damages claims. There is good and clear case-law in this area (including Supreme Court rulings). The level of activity in Spain for competition litigation has indeed been quite high. Nevertheless, it is also true that this activity has been focussed on claims for nullity or claims arising out of abuse of dominance, whereas cartel claims have been few in number. The implementation of the Directive offers an opportunity to improve procedural mechanisms in particular with regard to the evidence of damages. These mechanisms may, furthermore, have more wide-reaching consequences for damages claims in Spain if, as is possible, the Spanish legislature looks to use the implementation of the Directive as an opportunity for exploring developments of the civil procedure more broadly. ■

⁶⁰ Spanish Supreme Court judgment of 21 December 2000, ECLI:ES:TS:2000:9493.

⁶¹ Article 18.3.

Implementation of the damages directive in England & Wales

Florian Wagner-von Papp

f.wagner-von-papp@ucl.ac.uk

Associate Professor, University College London

I. Introduction

1. The stated objective of the discussions leading up to Damages Directive (Directive 2014/104/EU) was, at least initially, to facilitate private damages claims in the EU. It is slightly ironic, then, that a number of the changes required by the Damages Directive in English law will make damages claims, on the margin, slightly less attractive to claimants in England and Wales.

2. This is not a coincidence. From the start, it was unlikely that the Directive would introduce many features that would make claims much easier to pursue in England. It is universally acknowledged that English courts have already been among the most attractive venues in the EU for claimants seeking damages for competition law infringements.⁶² Once the Consumer Rights Bill is enacted, this attractiveness of English

Courts is likely to increase further. Currently, standalone cases have to be brought before the High Court, and only the High Court can grant injunctions, while follow-on cases for damages can be brought either before the High Court or the Competition Appeal Tribunal (CAT). Once the Consumer Rights Bill is enacted, the CAT will be competent to hear both standalone and follow-on actions, and the possibility of opt-out collective proceedings and collective settlements will likely increase the attractiveness of English courts for competition cases further.⁶³ A directive that seeks an approximation of the laws of all Member States to achieve a “level playing field”⁶⁴ by introducing (mostly) minimum standards was bound to introduce mostly features that are already present in England.

3. After the Court’s judgments in *Pfleiderer*⁶⁵ and *Donau Chemie*⁶⁶ the Commission put greater emphasis on the second objective: to ensure that private enforcement does not interfere with effective public enforcement, in particular leniency programmes. This will require a limitation of some of the claimants’ rights currently afforded in English law.

4. In the following, I will follow the structure of the Damages Directive and ask whether its provisions require implementation measures in England and Wales.

62 D. Gerardin & L.-A. Grelier, Cartel Damages Claims in the European Union: Have We Only Seen the Tip of the Iceberg? in *William E. Kovacic – An Antitrust Tribute: Liber Amicorum Vol. II* (New York: Institute of Competition Law, 2014), N. Charbit & E. Ramundo (eds.), 257 at 258, identify “a trio composed of Germany, the Netherlands, and the UK attracting most of the cartel damages claims”; R. Gamble, The European embrace of private enforcement: this time with feeling, (2014) 35 (10) *ECLR*, 469 at 478, also considers Germany, the Netherlands, and the UK to be the most active private enforcers; these three jurisdictions are also considered as the ones competing for competition cases in Morten Hviid & John Peysner, Comparing Economic Incentives across EU Member States, in *Competition Law, Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014), B. Rodger (ed.), 195, 220 [in the following, the book will be cited as: Rodger, *Competition Law, Comparative Private Enforcement*]; B. Rodger, Editorial – Private Enforcement and Collective Redress: the Benefits of Empirical Research and Comparative Approaches, (2011) 8(1) *Competition Law Review* 1, 4, highlights Germany and the UK as active jurisdictions. For an empirical analysis, see B. Rodger, The Empirical Data Part 2: Provisions Relied Upon, Remedies and Success, in Rodger, *Competition Law, Comparative Private Enforcement*, pp. 121-156, who classifies the following as “jurisdictions with considerable private enforcement experience:” Belgium, France, Italy, Netherlands, Spain, the UK, Austria, and Germany; Heike Schweitzer, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, (2014) *Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart)* 335 mentions (based on the data reported in Rodger (ed.), supra) “England, Germany, France, Italy, and, to a significantly lesser extent, the Netherlands, Belgium, and Spain” as particularly active venues.

63 Clause 82 of the Consumer Rights Bill with Schedule 8. The House of Commons on 9 March 2015 considered the Lords amendments in the Ping Pong Procedure.

64 Recital 10 to Directive 2014/104/EU.

65 Case C-360/09 (*Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*) ECLI:EU:C:2011:389.

66 Case C-536/11 (*Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG*), ECLI:EU:C:2013:366.

II. Article 3: Full compensation, overcompensation, and exemplary damages

5. With regard to the principle of full compensation (Article 3 of the Directive), it has been established since the early 1980s that the infringement of European competition law gives rise to a cause of action in the form of breach of statutory duty.⁶⁷ Damages in English law follow the principle of full compensation.⁶⁸ Accordingly, the first two paragraphs of Article 3 of the Directive do not require further implementation.

6. Article 3(3) of the Directive, which prohibits “overcompensation,” however, requires marginal changes to the existing practice. *Albion Water* and the *Cardiff Bus* decision established that exemplary damages are available in actions for the infringement of competition law in exceptional cases.⁶⁹ The purpose of exemplary damages is not to compensate the victim for harm, but to “punish and deter” where compensatory damages are not sufficient.⁷⁰ Exemplary damages therefore “lead to overcompensation,” which is prohibited by Article 3(3) of the Directive.

7. It should be noted, however, that the required adjustment in English law is arguably minimal. *Devenish Nutrition* has already held that exemplary damages are not to be awarded where a competition authority has imposed a fine (*ne bis in idem*).⁷¹ The same decision extended this to cases in which a fine would have been imposed, but was not imposed because of a successful immunity application.⁷² Otherwise, leniency programmes would become unattractive.⁷³ Similarly, in cases in which there is no negligent or intentional conduct, or where

otherwise a fine is considered not appropriate, exemplary damages will not usually be an option, because they require, *cum grano salis*, “cynical disregard” for the law.⁷⁴ The CAT agreed in *Cardiff Bus* with the principles espoused in *Devenish Nutrition*, but noted that in *Cardiff Bus*, first, the OFT had not imposed a fine, second, this was not due to a successful leniency application, and, third, the reason for not imposing the fine had instead been the “minor significance” of the conduct as determined by the infringer’s turnover.⁷⁵ In these circumstances, the CAT considered exemplary damages appropriate provided there was intentional or reckless disregard of the law in cynical disregard for the claimant’s rights.⁷⁶ Such outrageous conduct will generally attract a fine by the CMA, and if that is the case, *ne bis in idem* will prevent the award of exemplary damages anyway (even where there is immunity under the leniency programme).⁷⁷ Exemplary damages are therefore de facto confined to cases in which the CMA or regulator have not taken action or could not impose a fine for reasons other than immunity.⁷⁸ And to some of these cases, the Directive will not even be applicable, namely where there is no appreciable effect on trade between Member States, or the dominant position is not within a substantial part of the internal market.⁷⁹ Of course, it could be that in implementing the Directive the UK legislature will exclude exemplary damages across the board in competition cases. Currently, however, the Consumer Rights Bill plans to exclude exemplary damages only for collective proceedings,⁸⁰ which could imply that they should still be available in individual actions outside of the Damages Directive.

8. A more difficult question is to what extent damages can be awarded even though the claimant had no discernible out-of-pocket loss or loss of profits. This category includes, for example, “loss of use” or Wrotham Park damages, or (other?) gain-based remedies. In these cases, one can debate to what extent these are “compensatory” damages or allow for an award regardless of any loss.⁸¹

67 *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board* [1984] AC 30. More recently, e.g., *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2008] EWCA Civ 1086 at [1], [139]. As Case C-453/99 (*Courage v. Crehan*) [2001] ECR I-6297 demonstrated, common law principles may have to be modified if required by the principle of effectiveness. Other causes of action may be applicable (such as, exceptionally, the tort of deceit or negligence).

68 *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2008] EWCA Civ 1086 at [43] (citing Lord Blackburn in *Livingstone v. Raywards Coal Company* (1880) 5 App Cas 25); but see also [2008] EWCA Civ 1086 at [45], [142]-[146] for deviations from the general principle.

69 2 *Travel Group plc (in liquidation) v. Cardiff City Transport Services Ltd* [2012] CAT 19 at [448]-[598], esp. [496] and concluding in [593]-[598]; *Albion Water Ltd v. Dŵr Cymru Cyfyngedig* [2010] CAT 30.

70 *Rookes v. Barnard* [1964] 1 AC 1129, 1221 and *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122 at [51].

71 *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA* [2007] EWHC 2394 at [48]; the non-availability of exemplary damages in these circumstances was not appealed, see *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2008] EWCA Civ 1086 at [21], [141].

72 *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA* [2007] EWHC 2394 at [51].

73 *Ibid.*

74 *Albion Water Ltd v. Dŵr Cymru Cyfyngedig* [2010] CAT 30 at [35]. For the test for exemplary damages, see *infra* note 15.

75 2 *Travel Group plc (in liquidation) v. Cardiff City Transport Services Ltd*. [2012] CAT 19 at [493]-[496], citing to the OFT decision in the case (18 November 2008, CA98/01/2008), which had applied s. 40(3), (4) Competition Act 1998 with Regulation 4 of the Competition Act 1998 (Small Agreements and Conduct of Minor Significance) Regulations 2000.

76 For the discussion of the relevant test see 2 *Travel Group plc (in liquidation) v. Cardiff City Transport Services Ltd*. [2012] CAT 19 at [451] et seq., [598]. The Court awarded some GBP 34,000 plus interest at 2% above base rate as compensatory damages, and GBP 60,000 as exemplary damages.

77 Above notes 10, 11.

78 See *Cardiff Bus* (Small Agreements and Conduct of Minor Significance cases) and *Albion Water*.

79 Where the infringement is exclusively that of national competition law, i.e., where Articles 101 or 102 TFEU are not infringed, the Directive does not apply, Articles 1(1), 2(2), (3) of the Directive.

80 Schedule 8, Part 1, Paragraph 6 of the Consumer Rights Bill, inserting a new s. 47C(1) into the Competition Act 1998.

81 See the discussion in *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2008] EWCA Civ 1086. The case made clear, however, that gain-based remedies will usually not be available for competition law infringements. Similar questions may arise in other jurisdictions as well (for example in Germany).

Three arguments could be made for allowing recovery in these cases even after the Directive. First, at least some of these remedies compensate for harm—they merely provide for a more convenient method of quantification where the determination of loss is elusive. Second, one could make the (slightly *begriffsjurisprudential*) argument that the scope of the Directive is confined to “damages actions” (Article 1(2)), which are defined (albeit *sub nomine* “actions for damages”) in Article 2(4) as “actions (...) by which a claim for damages is brought.” A “claim for damages,” in turn, is defined by Article 2(5) as “a claim for compensation for harm”—and a claim for a gain-based remedy is not a claim for compensation for harm, but more akin to unjust enrichment. The third argument is a purposive one. Article 3(3) was clearly meant to counter European concerns that US-style treble damages actions, perceived as “excessive,” could be the result of the Directive. Even though gain-based remedies could fall under the wording of Article 3(3) of the Directive, the better reasons counsel against this broad reading.

III. Articles 5-8: Disclosure

9. English law has always had liberal disclosure rules for EU standards, so that—in contrast to many Continental jurisdictions—there will be no need to extend disclosure beyond the existing system.

10. In the past, English law had used the Peruvian Guano test for relevance, which considered documents relevant even if they only led to a “train of inquiry” that in turn would reveal documents that helped the party’s own case or damaged the other party’s case.⁸² Even though the Woolf and Jackson Reforms have tried to rein in wide-ranging disclosure, “standard disclosure” under CPR 31.6 in the High Court still provides for the disclosure of: “(a) the documents on which [the party] relies; and (b) the documents which (...) (i) adversely affect [its] own case; (ii) adversely affect another party’s case; or (iii) support another party’s case; and (c) the documents which [it] is required to disclose by a relevant practice direction.”

11. Even this standard disclosure in itself would suffice to fulfil the requirements of Article 5(1)-(3) of the Directive. Moreover, under CPR Rule 31.5(7), the court may make any disclosure order it deems appropriate, and provides a non-exhaustive “menu” of disclosure orders. The CAT, whose importance will likely further increase after passage of the Consumer Rights Bill, has similarly broad discretion under Rule 19(2)(k), (3) of the Competition Appeal Tribunal Rules 2003.⁸³

82 *Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co* (1882) 11 QBD 55 at 63.

83 SI 2003/1372. See, e.g., *Aquavitae UK Ltd v. DGWS* [2003] CAT 4.

12. Broad disclosure does not mean that fishing expeditions are permissible. English law generally requires fact pleading before disclosure is ordered. Only exceptionally will pre-action disclosure be permitted: first, the court has to find that pre-action disclosure is “desirable in order to (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; or (iii) save costs,”⁸⁴ and even if this jurisdictional hurdle is passed, granting pre-action disclosure is still discretionary.⁸⁵

13. Under CPR Rule 1.1(1), the court has to consider the “overriding objective” of dealing “with cases justly and at proportionate cost,” and CPR Rule 31.3(2) explicitly provides that a party need not permit inspection of a document where this would be disproportionate.⁸⁶

14. English law provides for the possibility of disclosing confidential information,⁸⁷ and when confidential information is disclosed, effective safeguards are employed, such as containing confidential information in confidentiality rings or redacting documents.⁸⁸ This practice satisfies the requirements of Article 5(4) of the Directive and Recital 18.

15. In one respect, English law could be seen as more restrictive than EU law, namely in that its legal professional privilege (LPP) is wider than that accepted under *AM&S* or *Akzo and Akros*, so that more material is excluded from disclosure.⁸⁹ However, in contrast to previous drafts, the Damages Directive in its final form explicitly allows and demands that courts “give full effect to applicable legal professional privilege under Union or national law” (Article 5[6] of the Directive). The wider scope of English LPP is, therefore, a limitation to disclosure that the Directive accepts.

16. The principles of English disclosure comply with the requirements of Article 5 of the Directive: if anything, they allow wider disclosure than required

84 CPR Rule 31.16(3)(d).

85 For an example see *Hutchinson 3G Ltd v. O2 (UK) Ltd and ors* [2008] EWHC 55 Comm, [2008] UKCLR 83.

86 See also Practice Direction 31A § 2, and *National Grid Electricity Transmission plc v. ABB et al.* [2012] EWHC 869 (Ch) at [39]-[60], where Roth J. primarily considered the availability from other sources and the relevance of the information to determine proportionality; however, the decision also considered the existence of the confidentiality ring established in an earlier order and the interest in protecting leniency programmes.

87 See *MTV Europe v. BMG Records (UK) Ltd* [1998] EWCA Civ 430; for the CAT: *Aberdeen Journals v. DGFT* [2003] CAT 14 and *Umbro v. OFT* [2004] CAT 3. See M. Brealey & N. Green (gen eds), *Competition Law Litigation* (Oxford: OUP 2010) at 9.47-9.52.

88 See, e.g., *National Grid Electricity Transmission plc v. ABB and others* [2012] EWHC 869 (Ch) at [58] (lifting the redaction of a “number of, but by no means all” passages; see also the order of Roth J. of 11 July 2011 establishing a confidentiality ring in this case); *National Grid plc v. Gas and Electricity Market Authority*, CAT Order of 23 May 2008 in Case 1099/1/2/08 (the confidentiality ring was varied in several subsequent orders); see also *IPCom GmbH & Co KG v. HTC and others* [2013] EWHC 2880 (Ch) at [47]-[49], where Roth J. imposed a “particularly tight confidentiality club” (excluding, among others, a German lawyer) on the application of the non-parties Qualcomm and Intel, whose source code was in question, under CPR Rule 40.9.

89 See generally Brealey & Green (note 26) Chapter 10.

(while safeguarding confidential information and legal professional privilege), and Article 5(8) of the Directive makes clear that this is permissible.

17. The grey list in Article 6(5) and the corresponding limits in Article 7(2) of the Directive will need to be implemented into English law. A more difficult question is whether the “black list” in Article 6(6) and the corresponding limits in Article 7(1) of the Directive also require modifications to the current English position. Roth J. has famously taken seriously the requirement in *Pfleiderer* (reinforced in *Donau Chemie*)⁹⁰ to balance in each individual case the claim of any individual harmed by the infringement of competition law derived from Article 101(1) TFEU on the one hand, and the interest in effective public enforcement on the other hand, before reaching a decision whether or not to exclude leniency documents.⁹¹ Articles 6(6) and 7(1) of the Directive would do away with such balancing. There is, however, a real question whether Articles 6(6) and 7(1) of the Directive are compatible with primary EU law. *Pfleiderer* and *Donau Chemie* derived the necessity of case-by-case balancing from primary law. The Commission and some commentators have emphasised that the Court made the proviso in *Pfleiderer* and *Donau Chemie* that there was no binding Union law on the issue, and that the Directive now introduced such binding Union law.⁹² However, this proviso arguably only explained why it was in principle Member States’ law that governed the issue of disclosure under the principle of procedural autonomy, so that Union law was relevant only in so far as the principles of equivalence or effectiveness demanded intervention. If, as *Pfleiderer* and *Donau Chemie* indicate, the case-by-case balancing requirement derives from primary EU law, then the Directive cannot remove the requirement. As a matter of law, it appears that Article 6(6) and Article 7(1) of the Directive are contrary to primary EU law,⁹³ even if one considers the content of these provisions sound policy. The question is whether the Court will muster the will to draw the consequence of declaring these provisions void, or whether the Court will use the ambiguity as an excuse not to interfere with the political compromise reached in the Directive. If Articles 6(6) and 7(1) of the Directive are not successfully challenged, English law and practice will have to change.

IV. Article 9: Effect of national decisions

18. English law already provides, as Article 9(1) of the Directive requires, that the finding of an infringement of the CMA (or sector-specific regulators) in a final decision is binding for the purpose of damages actions.⁹⁴

19. New, and yet to be implemented, is the requirement in Article 9(2) of the Directive that final infringement decisions from other Member States have to be treated at least as prima facie evidence. However, it is difficult to say what Article 9(2) of the Directive requires. The provision certainly requires that infringement decisions from foreign NCAs or review courts must be admissible in evidence, and this clear imperative overcomes any doubts that could result from the so-called “rule in *Hollington v. Hewthorn*.”⁹⁵ The real question is, however, what weight such foreign decisions have to be afforded. The Directive shies away from the Commission Proposal, which had adopted the German solution of treating even infringement decisions by foreign NCAs and review courts as binding.⁹⁶ Arguably, the Member States were not willing to accept mutual recognition in an area where procedural guarantees differ from Member State to Member State. For the same reason, English courts are unlikely to give substantial weight to infringement decisions in other Member States.

V. Article 10: Limitation periods

20. Currently the limitation periods in English law differ for actions brought in the High Court and in the CAT. Both standalone and follow-on claims brought in the High Court are subject to the Limitation Act 1980. Generally a limitation period of six years after accrual of the claim applies (s. 2 of the Limitation Act 1980), although concealment may considerably delay the start of the limitation period (s. 32 of the Limitation Act

90 See above notes 4, 5.

91 *National Grid*, [2012] EWHC 869 (Ch).

92 C. F. Weidt, The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament, (2014) 35(9) *ECLR* 438 at 439-440; also cf. Gamble (note 1) at 478-479.

93 See, e.g., R. Hempel, An der schönen blauen Donau – Akteneinsicht in Kronzeugenanträge im Fluss, *ZWeR* 2014, 203, 214-217; H. Schweitzer, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, *NZKart* 2014, 335, 341-343.

94 Competition Act 1998 s. 58A, introduced by Enterprise Act 2002 s. 20; Competition Act 1998 s. 47A(9); see also Competition Act 1998 s. 58 for findings of fact (on which see *Enron Coal Services Ltd (in liquidation) v. English Welsh & Scottish Railways Ltd* [2011] EWCA Civ 2 [33] et seq.).

95 Derived from *Hollington v. F Hewthorn & Co Ltd* [1943] KB 587; see, e.g., the discussion in *Calyon v. Michailaidis & Ors (Gibraltar)* [2009] UKPC 34 at [23] et seq.

96 Article 9 of the Commission Proposal, COM(2013) 404final; § 33(4) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

1980).⁹⁷ Follow-on actions in the CAT have to be brought within two years of the time the claim accrued or the end of the period for appeal in Competition Act 1998 s 47A(7) or (8), whichever comes later.⁹⁸

21. The Consumer Rights Bill envisages a harmonization of limitation periods between the High Court and the CAT to six years in England and Wales (five years in Scotland). However, Article 10 of the Directive will require further implementation into UK law because of the broad rules on the suspension or interruption where competition authorities take action provided for in Article 10(4) of the Directive.

VI. Article 11: Joint and several liability

22. Joint and several liability is already the rule in English law.⁹⁹ However, the limitations of the general rule of joint and several liability (and contribution) for SMEs and immunity recipients in Article 11(2)-(6) of the Directive require implementation.

VII. Articles 12-16: Pass-on and indirect purchasers

23. Even though various English decisions have discussed the passing-on defence and have implicitly accepted the availability of the defence and the standing of indirect purchasers,¹⁰⁰ there are no decisions that clarify the details. Not long ago, the UK Government has, after consultation, explicitly decided against taking legislative action to clarify the status and details of the passing-on defence because “*the fine details of its application would be better addressed through judicial case law than via legislation.*”¹⁰¹ Articles 12-15 of the Directive require that the UK Government revisit the issue.

97 For details, see Brealey & Green (note 26) Chapter 4.

98 Rule 31 of the Competition Appeal Tribunal Rules 2003 (note 22). Where an addressee challenges the amount of the fine but does not appeal the infringement as such, the two-year period begins to run as of the time at which the infringement decision becomes final. *BCL Old Co Limited & Ors (Appellants) v. BASF plc & Ors (Respondents)* [2012] UKSC 45. Where one addressee does not appeal, but others do, the two-year period for a follow-on action in the CAT against the non-appealing addressee begins to run from the time at which the period for appeal for that addressee ended, not from the time when the decisions against the appealing co-conspirators became final. *Deutsche Bahn AG & Ors v. Morgan Advanced Materials plc (formerly Morgan Crucible)* [2014] UKSC 24.

99 Brealey & Green (note 26) at 16.68-16.70.

100 Cf., e.g., *Emerald Supplies Ltd v. British Airways plc* [2010] EWCA Civ 1284.

101 Department for Business, Innovation, and Skills (BIS), *Private Actions in Competition Law – A Consultation on Options for Reform – Government Response* (January 2013) at 4.34-4.35, 4.38-4.39 (quotation in 4.38).

VIII. Article 17: Quantification of harm

24. Article 17(1) of the Directive requires that neither burden nor standard of proof should make the exercise of the right to damages excessively difficult, and that courts must have the possibility of estimating the quantum of harm. Competition cases governed by English law have long applied the principle that “[t]he restoration by way of compensation is (...) accomplished to a large extent by the exercise of a sound imagination and the practice of the broad axe.”¹⁰²

25. However, there is currently no presumption that cartel infringements cause harm in English law, as is now required by Article 17(2) of the Directive. Such a presumption was discussed and rejected in the consultation that led to the Consumer Rights Bill, because the presumption would be counter the basic principle that it is for the claimant to establish loss, and because the court would not be relieved of assessing economic evidence adduced by the defendant to rebut the presumption, and because the presumption could lead to difficulties where claimants from different levels of the supply chain were involved.¹⁰³ Article 17(2) of the Damages Directive now requires the UK Government to revisit this issue.

IX. Articles 18-19: Consensual dispute resolution

26. Both the High Court and the CAT are held to encourage parties to resort to Alternative Dispute Resolution (ADR).¹⁰⁴ It is said that “[t]he court will often stay the proceedings for a specified period.”¹⁰⁵ Parties may exclude the limitation period by (explicit or implied) agreement.¹⁰⁶ Nevertheless, the specific requirements as to the suspension of the limitation period in Article 18 of the Directive will require implementing measures. The same is true for the possibility to take account of the settlement in the fining decision (Article 18[3]).

102 The quotation stems from *Watson Laidlaw & Co Ltd v. Pott, Cassells and Williamson* (1914) 31 RPC 104 at 117-118 (per Lord Shaw), but has been used specifically in the competition law context, e.g., in *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors* [2008] EWCA Civ 1086 at [13] (citing to the High Court judgment); see also *ibid.*, [110] (per Arden LJ) and [159] (per Tucker LJ).

103 See BIS, *Private Actions* (note 40) at 4.30-4.33, 4.36-4.37.

104 CPR Rule 1.4(2)(e); CAT Rules (note 22) 44(3)(a).

105 Brealey & Green (note 26) at 22.09.

106 *Ibid.*, at 4.25.

27. Article 19 of the Directive also requires implementation in the UK. Currently, the extent to which settlements influence claims for contribution is said to be “*not easy to establish and [to] vary from case to case.*”¹⁰⁷

X. Conclusion

28. As welcome as the harmonization through the Damages Directive is, the changes to English law that the Directive requires are of comparatively little importance to the effectiveness of private enforcement in this country.

The decision to exclude from the scope of the Directive the practically much more important issues collective redress, costs, and litigation funding, have resulted in a relatively toothless tiger. Of some relevance may be the presumptions for harm in cartel cases (Article 17[2]), and for the pass on (Article 14[2]). However, the enactment of the Consumer Rights Bill with the possibility of opt-out collective proceedings will be of much greater importance for the effectiveness of private enforcement in the UK, and will likely consolidate the UK as the forum of choice for claimants. ■

107 Ibid., at 16.70.

The direction of European competition litigation: Lessons from the U.S. experience

Ashley E. Bass*

abass@cov.com

Lawyer, Covington & Burling, Washington D.C.

Peter D. Camesasca

pcamesasca@cov.com

Lawyer, Covington & Burling, Brussels

1. The passing of the EU Damages Directive¹⁰⁸ places Europe on the brink of significant expansion in private competition actions at a time when private enforcement of the antitrust laws in the U.S. is contracting. For decades, antitrust actions have attracted significant plaintiff attention in the U.S., particularly due to the automatic trebling of any damages under federal antitrust law. But, recently, the antitrust defense bar in the U.S. has made significant strides in reigning in the excesses of private antitrust actions, particularly in the class action context. Based on this experience, this article identifies areas where defendants litigating cases under the Directive should plan to bring the full force of the rights of the defense through certain defense tools that have developed in the U.S.

2. An aggressive defense that brings these tools to bear would be important for any defendant facing private damages claims in Europe for infringement of the competition laws, especially given the various collective action regimes that are developing across Europe. The availability of these tools may vary by jurisdiction, but some constellation of the tools should be considered when mounting a defense. Although the Directive brings a degree of harmonization, substantial differences in substantive and procedural law between Member States will remain. Furthermore, national judges will continue

to exercise their discretion when faced with claims. Thus, given defense strategies will be more effective in certain jurisdictions than in others.

I. Discovery

3. In individual suits, a claimant must be forced to produce all evidence demonstrating that it was injured and that any overcharge was not passed on down the line. Any lack of such records should prejudice the individual claimant, not the defendant. Otherwise, defendants will be overwhelmed with generalized claims of harm by claimants, and defendants will lack the needed documentary evidence to rebut a claimant's asserted harm.

4. With respect to representative actions, a defendant must ensure that it can reach the members of the class for discovery purposes to test and challenge the claim of harm by individual class members. The class mechanism should not create rights for individuals that are stronger than if the individuals had brought suit on their own.

II. Early dismissal of weak cases

5. Defendants should push for the court to carefully examine the adequacy of the claimants' pleadings as early as possible in the case. In the U.S., the Supreme Court's holding in *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* ensures that an antitrust damages action will face early dismissal

* The authors would like to thank Kenny Henderson, an associate based in London, and Julie Adyns, an associate based in Brussels, for their valuable insight and contribution to this article.

108 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 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, OJ L 349/1, 5 December 2014.

if it is based on inadequate allegations of fact.¹⁰⁹ As the Court in *Twombly* stated: “when the allegations in a complaint, however true, could not raise a claim of entitlement to relief, this basic deficiency should be exposed at the point of minimum expenditure of time and money by the parties and the court.”¹¹⁰

6. Focusing on the early dismissal of unfounded cases may be in tension with certain jurisdictions in Europe, e.g. England and Wales, that have applied a lower-than-normal standard for pleading competition claims on the basis of information asymmetry. However, several concepts flow from the Directive and the EU collective redress recommendation¹¹¹ that would lead one to the conclusion that such lower pleading standards should no longer be permissible for damages claims in competition cases.

7. First, early dismissal of weak cases is imperative given the tremendously high cost of discovery in antitrust cases.¹¹² Such discovery includes the detailed econometric analysis that is necessary to build even a moderate defense. A court appropriately educated on the risks associated with allowing weak competition claims to proceed through the high costs of discovery, including the concomitant impact on settlement concerns, may find that such costs outweigh any inclination to allow weak claims to proceed on the basis of information asymmetry.

8. Second, allowing a competition claim to continue as a collective action also increases the pressure to settle that accompanies the aggregation of claims. The pressure to settle is heightened in U.S. class actions due to the automatic trebling of damages. Some might claim that the Directive attempts to remove this plus factor by prohibiting punitive damages.¹¹³ However, the Directive provides that the right to compensation for harm caused by infringements of EU competition law includes the payment of prejudgment interest. Except in extremely limited circumstances, this is not the case in the US.¹¹⁴

109 *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

110 *Id.* at 558 (internal formatting omitted).

111 Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, OJ L 201/60, 26 July 2013 (“Commission Recommendation”).

112 As the *Twombly* Court stated: “It is no answer to say that a claim just shy of a plausible entitlement to relief can, if groundless, be weeded out early in the discovery process through careful case management, given the common lament that the success of judicial supervision in checking discovery abuse has been on the modest side. And it is self-evident that the problem of discovery abuse cannot be solved by careful scrutiny of evidence at the summary judgment stage, much less lucid instructions to juries; the threat of discovery expense will push cost-conscious defendants to settle even anemic cases before reaching those proceedings. Probably, then, it is only by taking care to require allegations that reach the level suggesting conspiracy that we can hope to avoid the potentially enormous expense of discovery in cases with no reasonably founded hope that the discovery process will reveal relevant evidence to support [an antitrust] claim.” *Id.* at 559 (internal formatting and citations omitted).

113 Article 3, § 3.

114 In the US, a court may award prejudgment interest in a federal antitrust case in essence only in situations where the opposing party acted in bad faith causing delay in the resolution of the action. See 15 U.S.C. § 15(a).

Thus, prejudgment interest may serve the same function as treble damages to increase the heft of a damages claim to a level that drives unreasonable settlement demands, particularly in a class context.

9. As the EU collective redress recommendation recognizes, “Member States should provide for verification at the earliest possible stage of litigation that cases in which conditions for collective actions are not met, and manifestly unfounded cases, are not continued.”¹¹⁵ This recommendation would have equal importance in an individual action for damages as a result of the infringement of competition law.

III. Proof of injury and damages

10. Proof that a claimant bought an allegedly price-fixed good does not necessarily equate to injury. A defendant must be prepared, if necessary, to present robust economic evidence on the issue of whether all purchasers suffered an injury and the extent of any resulting damages. Forcing plaintiffs to their proof that they are injured is an important limit in the U.S. on private antitrust damages actions.

11. Relatedly, in the class context, a rigorous commonality requirement is needed. At the certification stage, the court must conduct a rigorous assessment to confirm that common issues predominate, particularly with respect to injury and damages. As the Supreme Court’s decision in *Walmart v. Dukes* explains: “Commonality requires the plaintiff to demonstrate that the class members have suffered the same injury.”¹¹⁶ Otherwise, an amorphous collection of individuals with no clear injury will result that will drive unreasonable settlement demands.

12. One strategy in the U.S. that has proved fruitful in limiting cases is demonstrating to the court that certain persons in the class have no cognizable injury. For example, a business may be included in the class definition because it purchased an allegedly price-fixed good during the relevant time period, but the class member may have suffered no injury because the price the business paid for the good was regulated pursuant to a long-term contract that was not impacted by any collusive activity. A court may find that a class action is not appropriate if a defendant can show that the class has pockets of such uninjured class members that would require detailed, individualized analyses to remove such members from the class. Likewise, a court may find that a collective action cannot be maintained if certain exemplar class members are not injured, because how can claimants demonstrate injury on a class-wide basis with common evidence if it is clear that certain class members have suffered no injury?

115 Commission Recommendation, § 8.

116 *Walmart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011) (internal quotations omitted).

13. Proving no injury for certain class members could be as simple as looking at a claimant's purchase records, and perhaps the pricing contract, which highlights the importance of discovery materials as noted above. Other cases may require more detailed econometric analysis to demonstrate the lack of injury.

IV. Avoidance of duplicative recovery

14. The U.S. limits its antitrust actions to direct purchasers for three reasons: (1) to eliminate the complications of apportioning overcharges between direct and indirect purchasers; (2) to eliminate multiple recoveries; and (3) to promote the vigorous enforcement of the antitrust laws.¹¹⁷ The Directive has opened the door to recovery by both direct and indirect purchasers; thus, courts, directed by the parties, must now tackle the question of how to avoid duplicative recovery by claimants. Until such cases develop in the courts, it will be difficult to advise on practical solutions for avoidance of such duplicative recovery. But, defendants should focus on the ability for meaningful consolidation of direct and indirect purchaser actions in the same jurisdiction, develop an

early-on strategy vis-à-vis pass-on and choice of jurisdiction to minimize exposure, and work on the ability for substantive consolidation taking into account any key rulings or judgments in other actions/jurisdictions.

Conclusion

15. The Directive crowns the European Commission's long standing efforts to stimulate damages recovery as an equal compendium to its administrative enforcement of EU competition law, entering into force at a time when private enforcement of competition law in Europe is picking up pace at an ever-increasing speed. Because jurisdiction over such damage claims is retained at Member State level, without a clear-cut system of joining claims, a defendant could rapidly find itself facing multiple duplicative and inconsistent suits in various Member State courts scattered across Europe—a truly chilling prospect. Defendants in European cartel investigations will be well-served to devise an early-on strategy to contain civil exposure and avoid paying out multiples of any loss actually suffered across the continent. The hard-fought experience gained by defendants in U.S. antitrust actions will provide valuable leads to defendants facing these new challenges in Europe. ■

¹¹⁷ *In re ATM Fee Antitrust Litig.*, 686 F.3d 741, 748 (9th Cir. 2012) (citing *Kansas v. UtiliCorp United, Inc.*, 497 U.S. 199, 208-14 [1990]).

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, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Sheridan Scott, Christine Varney...

Dossier

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, Wouter Wils...

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, Ludovic Bernardeau, 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, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphael Vuitton

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

Revue

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 | Journal Concurrences

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	490,00 €	588,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	512,00 €	614,40 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	766,00 €	919,20 €

> e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	678,00 €	813,60 €
--	----------	----------

> Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions | Journal Concurrences + e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	876,00 €	1051,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	986,00 €	1183,20 €

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