QUEL ROLE DU REGROUPEMENT DE CREANCES INDEMNITAIRES PAR VOIE DE CESSION POUR LA REPARATION DU PREJUDICE SUBI EN RAISON D'INFRACTIONS COMMISES AU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Vasil Savov *

Abstract: *Private antitrust enforcement is complex and requires a combination of specific economic, legal and IT expertise. Despite the adoption of the Directive 2014/104/EU on antirust damages actions, corporate victims, including large companies, will continue to face significant practical difficulties when deciding to pursue their claims. One effective solution that emerged within the European Union is the transfer to a specialized entity who then turns burdensome claims into valuable assets. The transfer is formalized by an assignment agreement between a transferor (assignor) and a transferee (assignee) who becomes the owner of the purchased claims and represents its own individual interest. This approach, which has been recognized at the national and the European Union level, de facto results in collective claims enforcement while avoiding obstacles associated with class of group actions. The 'Assignment Model' allows corporate cartel victims to outsource effectively their litigation and to adjust the level of risk they wish to bear.*

Index: 1. Remarques introductives. 2. Obstacles pratiques pour l'obtention d'une réparation intégrale. 3. Emergence d'entités spécialisées dans le rachat et le regroupement de 'antitrust damages claims'. 4. *Locus standi* du cessionnaire de 'antitrust damages claims' reconnu au niveau national et européen. 4.1. Reconnaissance judiciaire au niveau national. 4.2. Au niveau européen. 5. La Recommandation sur les actions collectives ne couvre pas le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession. 6. Cadre juridique et financement.

* L'auteur remercie Till Schreiber et Martin Seegers pour leur contribution dans la rédaction de cet article.

1. REMARQUES INTRODUCTIVES

Le contentieux privé de la concurrence dit *private antitrust enforcement* fait l'objet d'un intérêt croissant des professionnels du droit suite, en particulier, à l'entrée en vigueur de la Directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne[1] (Directive) et de la Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union[2] (Recommandation). A l'aube du onzième anniversaire de l'arrêt Courage et Crehan[3] de la Cour de justice de l'Union européenne ouvrant le droit pour toute personne ayant été lésée par un comportement anticoncurrentiel de demander la réparation intégrale du préjudice subi, le législateur de l'Union européenne a enfin adopté des mesures tendant à établir un cadre juridique approprié. Cependant, les obstacles pratiques inhérents au contentieux privé de la concurrence persistent de façon à dissuader les personnes lésées à faire valoir leurs droits devant le juge national. En effet, le *private antitrust enforcement* se caractérise par une complexité accrue et requiert une combinaison d'expertise spécifique dans les domaines juridique, économique et informatique.

A la lumière de ce qui précède, la cession de créances indemnitaires à une entité spécialisée s'est progressivement affirmée comme une alternative viable et efficace permettant la conversion d'une créance indemnitaire complexe et encombrante en un bien de valeur. Dans les faits, le regroupement au niveau matériel de plusieurs créances indemnitaires entre les mains d'un seul cessionnaire favorise la qualité des analyses effectuées. En effet, dans le monde des affaires où les administrateurs sont non seulement sujets à des obligations fiduciaires envers leur entreprise mais également responsables auprès des actionnaires, la possibilité de céder une créance indemnitaire, qui serait poursuivie plus efficacement par une entité autre que celle qui aurait subi le préjudice, est davantage prise en considération.

---

1 JO L 349 du 5.12.2014.

2 JO L 201 du 26.7.2013.

3 CJUE, C-453/99.

2. OBSTACLES PRATIQUES POUR L'OBTENTION D'UNE REPARATION INTEGRALE

Parmi la multitude de difficultés pratiques auxquelles continueront à se heurter les consommateurs finaux de même que les petites et moyennes entreprises voire les entreprises de grande taille, désireux d'obtenir une réparation intégrale du préjudice subi en raison d'infractions au droit de la concurrence, se range en première ligne le défi, quasi impossible à relever, d'individualiser les effets d'une infraction au droit de la concurrence transeuropéenne. Tel que démontré par la Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts[4], une telle analyse économique nécessite des données détaillées qui couvrent les périodes avant, durant et après l'infraction. Les difficultés supplémentaires qui s'y ajoutent comprennent entre autres:

- le danger de voir des relations commerciales avec les participants à une infraction se détériorer davantage au point de mettre en péril la viabilité de l'entreprise déjà lésée,
- la nécessité de gérer un contentieux long en raison notamment des complexités juridiques et économiques et dont le coût élevé de rémunération des avocats et des économistes pourrait être considérable,
- le besoin de pallier l'absence d'information pertinente en raison de la nature secrète des ententes,
- selon l'Etat membre de la juridiction territorialement compétente, avancer des coûts potentiellement élevés lors de l'introduction de l'action en justice et des dépens considérables à supporter en cas de défaite à l'instance. Dans le cas des ententes à plusieurs participants qui font souvent bloc contre toute demande en réparation également, le risque relatif aux coûts dans le cadre des actions en dommages et intérêts est davantage accru au détriment des personnes lésées[5].

3. EMERGENCE D'ENTITES SPECIALISEES DANS LE RACHAT ET LE REGROUPEMENT DE 'ANTITRUST DAMAGES CLAIMS'

Les difficultés inhérentes au contentieux privé de la concurrence ont contribué à l'émergence d'entités spécialisées offrant la possibilité à des entreprises lésées

4 C(2013) 3440 du 11.6.2013.

5 Ceci semble contraire au principe de protection juridique effective de l'article 47, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

d'externaliser efficacement leur litige et d'ajuster utilement le niveau de risque quant aux coûts à encourir. Concrètement, cela consiste dans le transfert et la vente de créances dites antitrust par une multitude d'entreprises victimes de la même infraction à une seule entité qui regroupera ainsi un nombre significatif de créances[6]. Ce regroupement au niveau du droit matériel permettra de surmonter efficacement des obstacles de nature économique et d'établir une symétrie d'information nécessaire pour les analyses approfondies.

En pratique, le regroupement par voie de cession d'un nombre de créances indemnitaires suffisant pour mériter un contentieux (i) permet la création de synergies qui optimisent le traitement des données et (ii) contribue à l'accroissement des chances d'aboutir à un résultat positif. Cependant, la gestion des créances indemnitaires ainsi cédées demande un savoir-faire substantiel à la fois juridique, économique et technique corroboré par des solutions informatiques 'sur mesure' s'agissant notamment de la collecte et des analyses d'un grand nombre de données relatives au fonctionnement du marché[7]. Ainsi, la cession de créances indemnitaires présente des avantages indéniables dans la mesure où les données fournies par des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de distribution (et pour une longue période) permettent d'analyser les effets de l'infraction sur le marché au cours de plusieurs années et à contrer utilement tout moyen de défense invoquant une répercussion du coût[8]. Dans ces conditions, la position dans les négociations du cessionnaire d'un nombre significatif de créances indemnitaires se voit renforcée. Dans le cas où un accord à l'amiable n'est pas trouvé, le cessionnaire reste néanmoins

6 CDC Cartel Damage Claims (CDC) est l'un de ces fournisseurs de services dont les activités sont axées sur le contentieux privé de la concurrence à travers l'Europe. En plus des cinq actions, intentées en son propre nom et pour son compte, CDC agit comme consultant "back office" pour des entreprises et leurs avocats, dans les cas où des solutions adéquates avec des participants à une entente sont recherchées, s'agissant notamment de gérer des situations de relations commerciales continues, pour plus de détails voir le site internet http://www.carteldamageclaims.com/. En outre, CDC a conclu avec succès une multitude de règlements à l'amiable complexes à concurrence de dizaines de millions d'euros. Tout en assurant une réparation pour les victimes d'ententes illicites, les règlements à l'amiable se traduisent également par une réduction significative du risque d'exposition des participants à une entente en raison de leur responsabilité conjointe et solidaire. A titre d'exemple, un règlement à l'amiable a été récemment conclu entre la CDC et Kemira OYJ en ce qui concerne l'action en dommages et intérêts introduite à Helsinki pour la participation de Kemira dans l'entente européenne sur le peroxyde d'hydrogène, voir le communiqué de presse à l'adresse http://www.kemira.com/fr/newsroom/Quoideneuf/Pages/1786726_20140519073136.aspx.

7 A titre d'exemple, CDC a mis en place et a développé des outils de traitement de données sophistiqués dans le cadre de plusieurs affaires ainsi qu'un savoir-faire informatique en rapport avec cet aspect clef du contentieux privé de la concurrence.

8 Voir les articles 12 à 16 de la Directive.

mieux placé que le cédant pour démontrer les effets de l'entente de façon claire et soutenue dans le cadre d'une seule action en justice. En revanche, une simple jonction au niveau procédural de plusieurs demandes en dommages et intérêts étroitement liées et présentées par une multitude de demandeurs n'aboutira pas au même résultat. La cession des créances indemnitaires à une seule entité dont l'activité est axée sur le contentieux privé de la concurrence s'adapte parfaitement à la réalité des entreprises lésées qui cherchent à externaliser les démarches complexes et délicates, s'exempter du stress lié à une procédure contentieuse potentiellement onéreuse, tout en assurant un paiement effectif en cas de succès.

4. *LOCUS STANDI* DU CESSIONNAIRE DE 'ANTITRUST DAMAGES CLAIMS' RECONNU AU NIVEAU NATIONAL ET EUROPEEN

Le modèle de regroupement de créances indemnitaires par voie de cession a été expressément reconnu à travers l'Union à la fois au niveau national et au niveau européen.

Par le biais de la transposition de la Directive, le droit national devrait codifier la qualité et l'intérêt pour agir d'un cessionnaire de 'antitrust damages claims' devant les juridictions des vingt-huit Etats membres.

4.1. Reconnaissance judiciaire au niveau national

Au niveau national, la qualité et l'intérêt pour agir d'une entité cessionnaire d'une multitude de créances indemnitaires ont été expressément reconnus par des juridictions aux Pays-Bas[9], en Allemagne[10], Autriche [11] et Finlande[12]. Par exemple, le Tribunal de première instance d'Helsinki a confirmé dans son jugement interlocutoire relatif à l'action de suivi introduite par CDC à l'encontre d'un participant à l'entente européenne sur l'hydrogène peroxyde que la cession des créances indemnitaires au demandeur par plusieurs producteurs finnois de pâtes à papier et de papier était valable en confirmant ainsi la qualité et l'intérêt pour agir du demandeur. Le Tribunal de première instance d'Helsinki a entre autres mis en exergue le fait que CDC avait des moyens plus performant pour collecter les informations nécessaires en ajoutant que la décision des produc-

9 Cour d'appel d'Amsterdam, 2014: 2.10.

10 Cour fédérale allemande, 2011: 2.

11 Cour suprême autrichienne, 2012.

12 Tribunal de première instance d'Helsinki, 2013.

teurs de pâte à papier et de papier de céder leurs créances indemnitaires a été prise à la suite de tentatives échouées d'aboutir à un règlement à l'amiable.

De façon similaire, la Cour d'appel d'Amsterdam a décidé dans son arrêt du 7 janvier 2014 relatif à l'action de suivi introduite par l'entité East West Debt ('EWD') à l'encontre des participants à l'entente européenne sur le fret aérien que[13] :

> *'Dans le cas présent, KLM et Air France ont discuté en détails le phénomène de financement de contentieux par un tiers et la qualification d'EWD en tant que 'litigation vehicle' ou 'claim vehicle', compte tenu des tentatives de EWD d'obtenir, sur une base commerciale, la réparation du préjudice subi par plusieurs entreprises lésées. Tout ce que KLM et Air France ont fait valoir à ce jour ne mène pas à la conclusion que dans le cas d'espèce il s'agirait d'un abus de droit de la part d'EWD ou d'un autre comportement inadmissible dans le contexte d'obtenir réparation pour le dommage causé. En l'état des choses, il n'est pas non plus raisonnable d'ajouter des conditions supplémentaires pour EWD en rapport avec le procès équitable ou la protection des intérêts de KLM et autres et/ou les entreprises qui ont cédé leurs créances indemnitaires à EWD.'*

4.2. Au niveau européen

La validité et le rôle important du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession ont été expressément reconnus au niveau européen également. Dans son étude d'impact de 2008, la Commission a expressément déclaré qu'une telle manière d'opérer était possible dans la plupart des Etats membres[14]. En plus, l'étude préparée par le Parlement européen en 2012 précise également que 'le transfert de créances indemnitaires à un tiers peut aider à surmonter le problème relatif à l'absence de participation des personnes lésées'[15]. Dans le même sens la Directive a, dans son article 2(4), expressément reconnu la qualité et l'intérêt pour agir de ces entités spécialisées:

> *'«action en dommages et intérêts», une action introduite en vertu du droit national par laquelle une juridiction nationale est saisie d'une demande de dommages et intérêts par une partie prétendument lésée, par une personne agissant au nom d'une ou de plusieurs parties prétendument lésées, lorsque cette possibilité est prévue par le droit de l'Union*

13 Traduction libre du néerlandais.

14 CEPS et al, 2008: 269.

15 Etude préparée par le Parlement européen (ECON), page 37. Traduction libre de l'anglais.

ou par le droit national, ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande' (soulignement ajouté)

En confirmation, la Directive ajoute dans son article 7(3) que :

'Les États membres veillent à ce que les preuves obtenues par une personne physique ou morale uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et qui ne relèvent pas du paragraphe 1 ou 2 ne puissent être utilisées dans le cadre d'une action en dommages et intérêts que par cette personne ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de cette personne, ce qui inclut la personne qui a racheté sa demande.' (soulignement ajouté)

Enfin au paragraphe 29 de ses conclusions dans l'affaire C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide* suivant une demande de décision préjudicielle formée par le Landgericht Dortmund, Allemagne, l'avocat général Jääskinen a souligné que :

'De fait, l'émergence d'acteurs judiciaires tels que la requérante au principal, qui ont pour objet de regrouper les actifs fondés sur des droits d'indemnisation issus d'infractions au droit de la concurrence de l'Union, me paraît révélatrice de ce que, dans le cas d'entraves à la concurrence plus complexes, il n'est pas raisonnable pour les victimes de poursuivre elles-mêmes et individuellement les divers auteurs d'une entrave de ce type.'

Le fait que l'absence d'entraves à l'existence et au fonctionnement d'entités spécialisées en *private enforcement* renforce l'efficacité du droit de la concurrence a été récemment mis en exergue dans une thèse de doctorat qui a obtenu le premier prix de la revue Concurrences.[16]En effet, de telles entités ont à ce jour obtenu des décisions de première importance sur des questions juridiques et procédurales importantes auprès de diverses juridictions nationales dans différents Etats membres. Leurs activités s'inscrivent dès lors parfaitement dans la stratégie de renforcer l'application efficace du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.

16 Amaro, 2014. *'Partant, la probabilité d'un recours civil conduit par un organisme coutumier de ce type de litiges sera nécessairement accentuée avec toutes les implications positives que l'on peut en attendre pour l'effectivité des règles de concurrence. Face à un professionnel compétent, titulaire d'un nombre significatif de demandes, le déséquilibre structurel inhérent aux relations de consommation ou de dépendance économique sera ainsi conjuré'.*

Même si les effets d'un marché des créances indemnitaires n'ont pas encore été suffisamment explorés, l'on peut néanmoins constater que les efforts d'entités spécialisées dans le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession ont été couronnés de succès là où d'autres types d'actions n'auraient pas été introduites ou dans le pire des cas auraient échoué.

5. LA RECOMMANDATION SUR LES ACTIONS COLLECTIVES NE COUVRE PAS LE REGROUPEMENT DE CREANCES INDEMNITAIRES PAR VOIE DE CESSION

Le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession ne relève pas de la Recommandation de la Commission sur les mécanismes de recours collectifs, cet instrument non contraignant régissant des aspects procéduraux relatifs à la protection de droits conférés par le droit de l'Union européenne, y compris le droit de la concurrence.

Juridiquement le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession s'effectue au niveau du droit matériel. En effet, l'entité qui acquiert les créances en devient le propriétaire et agit, pour des raisons de succession juridique, en son nom et pour son compte. Pour le dire autrement, le cessionnaire n'agit pas pour ou au nom de, mais bien à la place du titulaire de la demande initiale. Il est donc le demandeur unique dans le cadre de l'action en dommages et intérêts pour une multitude de créances indemnitaires acquises en amont. Ce demandeur agit dès lors à ses risques et périls.

Le transfert d'une multitude de créances indemnitaires est une alternative juridique indépendante par rapport aux actions collectives conjointes ou représentatives et ne doit pas être confondu avec ces dernières. Alors que le statut juridique d'une entité représentant les intérêts collectifs est encadré par les instruments pertinents de l'action collective, le statut juridique (à savoir la qualité et l'intérêt pour agir) d'une entité qui est devenue propriétaire des créances indemnitaires, agissant en son nom et pour son compte uniquement, dépend de la validité de la cession. Ainsi, la cession de créances indemnitaires à une entité spécialisée en *private antitrust enforcement* restera une alternative intéressante indépendamment de l'existence de l'action collective dans la mesure où :

- l'implication d'une entité spécialisée avec un savoir-faire et des ressources nécessaires pour assurer une analyse préliminaire attentive, favorise la poursuite de créances indemnitaires méritoires ;

- la distribution des montants recueillis (au titre de la réparation du préjudice) par un seul cessionnaire n'est pas problématique dans la mesure où chaque part constituant le dommage pourrait être facilement définie;
- le regroupement de créances indemnitaires par voie de cession prévient des problèmes et des incertitudes généralement associés à la certification des actions collectives ;
- le regroupement de créances indemnitaires, étant conforme avec la culture et les principes juridiques dans la plupart des Etats membres, ne requiert pas de modifications majeures des règles de la procédure civile.

6. CADRE JURIDIQUE ET FINANCEMENT

Dans le monde des affaires, des créances indemnitaires sont le plus souvent cédées à un tiers moyennant une contrepartie. Comme souligné ci-dessus, la vente de créances indemnitaires à une entité spécialisée présente une alternative intéressante pour des personnes lésées par une infraction au droit de la concurrence d'obtenir réparation. Cette façon d'opérer se matérialise généralement par un contrat de vente entre la personne lésée (le vendeur) et l'entité spécialisée (l'acheteur). Les dispositions régissant ces ventes et le contrat en soit sont sujets au droit civil de l'ordre juridique applicable. Les modalités de la cession sont longuement négociées entre le vendeur et l'acheteur des créances indemnitaires. En Allemagne, les entités qui achètent des créances indemnitaires peuvent faire l'objet d'obligations supplémentaires au sens de la loi sur les services juridiques (*Rechtsdienstleistungsgesetz*) exigeant des garanties par rapport à la capacité et la fiabilité du fournisseur de services, sa situation financière de même que son savoir-faire théorique et pratique. Des dispositions similaires n'existent cependant pas dans d'autres Etats membres de l'Union. Dans un arrêt récent, la Cour régionale de Düsseldorf a confirmé le jugement du Tribunal de première instance de Düsseldorf par lequel ce dernier a en outre exigé que les entités qui achètent des créances indemnitaires soient dotées en amont de moyens financiers suffisants pour couvrir tous les frais de justice comprenant également les dépens de l'autre partie en cas de défaite et cela dès le moment de la cession de la créance indemnitaire, d'où l'importance d'être en mesure d'obtenir un financement solide couvrant tous les coûts potentiels. Un tel financement peut être obtenu en interne (*e.g.* par le biais de règlements à l'amiable dans d'autres affaires) ou par un fonds spécialisé en financement de contentieux.

Des fonds de financement de contentieux considèrent les créances indemnitaires dites antitrust – et en particulier celles regroupées au niveau du droit matériel par une entité spécialisée – comme des biens ayant une valeur avec des possibilités intéressantes de monnayer leur investissement. Tel est le cas s'agissant notamment des actions en dommages et intérêts suite à une décision administrative sanctionnant une infraction au droit de la concurrence dans la mesure où le paiement des intérêts est dû depuis le moment où le préjudice est survenu jusqu'à celui où les dommages et intérêts sont versés. Cela ouvre la possibilité aux entités regroupant des créances indemnitaires par voie de cession d'avoir accès, si cela s'avère nécessaire, à des financements externes s'assurant ainsi que les affaires en dommages intérêts bénéficieront de financement solide permettant de poursuivre l'action judiciaire jusqu'au bout dans le respect des conditions juridiques et financières qu'un tel contentieux complexe requiert.

Un aspect important du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession consiste dans le choix avisé de l'affaire qui sera poursuivie ainsi que la coordination dans la conduite des procédures corroborés nécessairement par une expertise juridique et économique poussée ce qui assure qu'uniquement des créances méritoires sont poursuivies. Chaque entité qui souhaite investir de sommes considérables dans ce genre de contentieux vise à limiter au maximum le risque que des créances indemnitaires non fondées (méritoires) soient regroupées dans la mesure où cela peut avoir une répercussion sur la détermination des dépens des parties à l'issue de la procédure judiciaire (les dépens sont mis, intégralement ou partiellement, à charge à la partie qui succombe à l'instance).

La méthode ainsi décrite de regroupement de créances indemnitaires par voie de cession accompagné probablement par un financement du contentieux par un tiers ouvre un accès au juge pour des demandes en réparation qui n'auraient peut-être jamais eu lieu ou bien se seraient heurtées à un mur insurmontable d'analyses économiques, juridiques et techniques complexes. Cette façon de faire contribue à l'obtention d'une réparation du préjudice subi plus efficace, empêche l'enrichissement sans cause de ceux qui ne se conforment pas aux règles, et plus généralement stimule le bon fonctionnement du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

Cour de Justice de L'union Européene (CJUE)

C-453/99 Arrêt du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, Courage et Crehan.

Cour d'Appel d'Amsterdam

2014 Arrêt du 7 janvier 2014, réf. 200.122.098/01 – EWD c. KLM et autres.

Cour Federale Allemande

2011 Arrêt du 28 juin 2011, réf. KZR 75/10 – ORWI.

Cour Supreme Autrichienne

2012 Arrêt du 14 février 2012, réf. 5 Ob 35/11p.

Tribunal de Premiere Instance D'helsinki

2013 Jugement interlocutoire N° 36492 du 4 juillet 2013, réf. 11/16750.

DOCTRINE

Amaro, R.

2014 *Le contentieux prive des pratiques anticoncurrentielles*, Bruxelles : Bruylant.

CEPS et al.

2008 *Impact Study "Making antitrust damages actions more effective in the EU, welfare impact and potential scenarios*, preparée conjointement avec le Centre for European Policy Studies (CEPS), Erasmus University of Rotterdam (EUR) et Luiss Guido Carlo (LUISS) pour la Commission