

Affaire C-253/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

20 avril 2023

Jurisdiction de renvoi :

Landgericht Bochum (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

13 mars 2023

Partie requérante :

ASG 2 Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie
Nordrhein-Westfalen GmbH

Partie défenderesse :

Land Nordrhein-Westfalen (Allemagne)

Landgericht Dortmund

(tribunal régional de Dortmund, Allemagne)

Ordonnance

Dans l'affaire civile

ASG 2 Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie Nordrhein-Westfalen GmbH,
[OMISSIS] Fürth,

Partie requérante,

[OMISSIS]

contre

Land Nordrhein-Westfalen, représenté par Landesbetrieb Wald und Holz NRW,
[OMISSIS] Münster,

partie défenderesse,

[OMISSIS]

[OMISSIS]

I.

Il est sursis à statuer.

II.

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie, conformément à l'article 267 TFUE, des questions préjudicielles suivantes :

1.

Le droit de l'Union, en particulier l'article 101 TFUE, l'article 4, paragraphe 3, TUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que l'article 2, point 4, et l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/104/UE [du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (JO L 349, p. 1)], doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une interprétation et une application du droit d'un État membre ayant pour effet d'exclure qu'une personne potentiellement lésée par une violation de l'article 101 TFUE – établie, de manière contraignante, sur le fondement de l'article 9 de la directive 2014/104/UE ou des dispositions nationales qui transposent cet article – puisse céder à titre fiduciaire ses droits à réparation – en particulier dans le cas de dommages de masse ou à caractère diffus – à un prestataire agréé de services juridiques, afin que celui-ci fasse valoir de manière groupée, par la voie d'une action consécutive (action « follow-on »), ces droits et ceux d'autres personnes prétendument lésées, lorsqu'il n'existe pas d'autres possibilités légales ou contractuelles de regroupement de créances indemnitaires qui puissent être considérées comme équivalentes, notamment parce qu'elles ne permettent pas d'obtenir un jugement condamnant le débiteur à verser des dommages-intérêts ou qu'elles ne sont pas praticables pour d'autres raisons d'ordre procédural ou bien qu'elles sont objectivement déraisonnables pour des raisons économiques, avec pour conséquence, en particulier, qu'il serait pratiquement impossible ou en tout cas excessivement difficile d'exercer une action pour des dommages de faible montant ?

2.

Convient-il en tout état de cause de retenir une telle interprétation du droit de l'Union dans l'hypothèse où l'action relative aux droits indemnitaires en question doit être exercée en l'absence de décision préalable et contraignante, au sens des dispositions nationales fondées sur l'article 9 de la directive 2014/104/UE, de la Commission européenne ou des autorités nationales concernant l'infraction présumée (action indépendante ou « stand-alone »), lorsqu'il n'existe pas d'autres

possibilités légales ou contractuelles de regroupement de créances indemnitaires en vue d'une action civile qui puissent être considérées comme équivalentes, pour les raisons déjà mentionnées à la question 1) et, en particulier, lorsque, dans le cas contraire, aucune action fondée sur la violation de l'article 101 TFUE ne serait introduite, ni dans le cadre de la mise en œuvre publique (« public enforcement ») ni dans le cadre de la mise en œuvre privée (« private enforcement ») des règles de concurrence ?

3. En cas de réponse affirmative à l'une au moins de deux questions, convient-il de laisser inappliquées les dispositions pertinentes du droit allemand si une interprétation conforme au droit de l'Union est exclue, ce qui aurait pour conséquence que les cessions de créances indemnitaires seraient valides, en tout cas de ce point de vue, et qu'une mise en œuvre effective du droit serait possible ?

Motifs

A) Objet du litige et faits pertinents [(article 94, sous a), du règlement de procédure de la Cour]

Par son recours introduit le 31 mars 2020, sur la base du droit qui lui a été cédé, la requérante demande, pour un total de 32 scieries, des dommages-intérêts au titre du préjudice causé par une entente. Il est fait grief au défendeur d'avoir, en violation de l'article 101 TFUE, au moins pendant la période du 28 juin 2005 au 30 juin 2019, uniformisé les prix des grumes résineuses (ci-après le « bois rond »), pour lui-même ainsi que d'autres propriétaires forestiers en Rhénanie-du-Nord-Westphalie. Les propriétaires forestiers n'offraient pas leur marchandise sur le marché de manière autonome, mais chargeaient le défendeur d'assurer pour eux la commercialisation du bois rond. Le défendeur négociait ainsi avec des clients non seulement le prix de son propre bois rond, mais aussi de celui des autres propriétaires forestiers participants et proposait ces prix sur le marché.

Le Bundeskartellamt (office fédéral des ententes) a enquêté pendant plusieurs années sur cette pratique et a adopté en 2009 une décision d'engagements au titre de l'article 32b du GWB [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions de concurrence) (ci-après le « GWB »)] visant le défendeur [OMISSIS] ainsi que d'autres Länder qui étaient impliqués de manière similaire dans la commercialisation du bois. Dans cette décision d'engagements, également fondée sur l'article 101 TFUE, l'Office fédéral des ententes a fixé, pour le Land défendeur en l'espèce, des seuils concrets en matière de coopération pour la commercialisation du bois ainsi que des mesures visant à restreindre la position sur le marché [OMISSIS].

À partir de 2012, l'Office fédéral des ententes a ouvert une nouvelle enquête sur les conditions du marché du bois rond visant le Land de Bade-Wurtemberg. Sur la base des conclusions de cette enquête, l'office a annulé la décision d'engagements visant ce Land et émis une injonction de cessation, en application de l'article 32

du GWB [OMISSIS], laquelle a cependant été annulée par la suite par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne).

Il n'existe pas, à l'égard du Land défendeur de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, de décision autre que la décision d'engagements de 2009 adoptée sur le fondement de l'article 32b du GWB.

Dans la présente procédure, 32 scieries de tailles diverses établies en Allemagne, en Belgique et au Luxembourg (ci-après les « cédantes ») réclament désormais au défendeur la réparation du préjudice qu'elles auraient subi depuis le 28 juin 2005 pour avoir acheté du bois rond en provenance de Rhénanie-du-Nord-Westphalie à des prix selon elles excessifs résultant d'une entente.

Chacune d'elles a chargé la requérante, qui dispose, en tant que « prestataire de services juridiques », d'un agrément en vertu du Rechtsdienstleistungsgesetz (« loi sur les services juridiques ») [OMISSIS] de faire valoir leur droit à réparation qu'elles lui ont cédé à cette fin [OMISSIS] [détails qualifiés par la juridiction elle-même de non pertinents aux fins de la décision]. La requérante fait valoir les droits des cédants en son nom propre et à ses propres frais, mais pour le compte des cédants, de manière groupée, d'abord par la voie extrajudiciaire et désormais par la voie judiciaire devant le Landgericht Dortmund (tribunal régional de Dortmund), par l'intermédiaire d'un avocat. En contrepartie, les cédants lui ont promis des honoraires en cas de succès. La requérante est en tout état de cause représentée par une « personne qualifiée » inscrite au registre des services juridiques, ayant une formation juridique complète, qui a réussi les deux examens d'État, est habilitée à exercer les fonctions de magistrat ainsi que la profession d'avocat. La requérante a expliqué en détail à l'autorité compétente en matière d'agrément son domaine d'activité ainsi que son expertise, dont elle a apporté la preuve [OMISSIS].

La créance indemnitaire au titre du préjudice causé par l'entente repose sur plusieurs centaines de milliers d'achats de bois rond par les cédants. Pour chaque cédant, les achats de bois rond représentent une somme à quatre ou cinq chiffres [OMISSIS] [pièces justificatives].

À l'appui de ses conclusions tendant au rejet du recours, le défendeur affirme notamment que le mode de commercialisation a généré des gains d'efficacité. Selon lui, seule la commercialisation groupée du bois rond a permis d'activer l'offre des propriétaires forestiers participants, qui n'auraient sinon pas mis leur bois sur le marché. En outre, il affirme que la vente groupée de bois a permis d'assurer la continuité de l'approvisionnement en bois, réduit les coûts de transport et d'acquisition et fait baisser les prix en mobilisant des quantités de bois qui n'auraient sinon pas été commercialisables. En somme, le défendeur estime que l'entente sur le bois rond a favorisé l'industrie du sciage tout en renforçant la protection de l'environnement.

Le défendeur invoque à cet égard l'article 101, paragraphe 3, TFUE ainsi que des considérations tenant au caractère accessoire de la pratique ou à l'idée d'une communauté professionnelle. Il invoque également la doctrine Wouters, car il estime que la vente groupée de bois a servi des objectifs étrangers au droit de la concurrence, à savoir la promotion de l'industrie du bois et la protection de l'environnement.

La requérante fait valoir, conformément aux constatations [OMISSIS] [droit procédural] de l'office fédéral des ententes, que ces justifications ne s'appliquent qu'aux petits propriétaires dont la superficie forestière est inférieure ou égale à 100 ha, et non aux propriétaires forestiers plus importants [OMISSIS]. La procédure porte exclusivement sur la commercialisation groupée de bois rond pour les propriétaires disposant d'une surface forestière supérieure à 100 ha, contestée entre les parties [OMISSIS].

Outre cette argumentation de défense, le défendeur se fonde toutefois de manière déterminante sur le fait que les scieries ont cédés leurs droits à la requérante en violation du Rechtsdienstleistungsgesetz (loi sur les services juridiques, ci-après également le « RDG »), de sorte que ces cessions sont nulles et que la requérante ne peut former le recours, faute de légitimation active.

B) Le droit national et la jurisprudence nationale [Article 94, sous b), du règlement de procédure de la Cour]

En Allemagne, en particulier en matière de dommage de masse et de dommage diffus, les droits des justiciables peuvent être regroupés puis invoqués en justice par le biais de mécanismes de cession de créance (« Abtretungsmodelle ») également qualifiés d'action groupée en recouvrement (« Sammelklage-Inkasso »). Dans ce cadre, des personnes prétendument lésées cèdent leurs créances alléguées à un prestataire de services juridiques ayant reçu l'agrément prévu par la loi sur les services juridiques (le RDG), lequel fait valoir ces créances regroupées en son propre nom et à ses propres frais pour le compte des cédants, moyennant une commission (en cas de succès).

Cette pratique est admise par la jurisprudence du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) [ci-après également le « BGH »], dans différents domaines juridiques, à savoir en droit locatif, pour les demandes fondées sur les droits des passagers aériens ainsi que pour les actions en dommages-intérêts introduites dans le cadre du scandale dit du « dieselgate ». En revanche, ce mécanisme de cession de créance n'est pas admis par les juridictions inférieures dans le domaine de la réparation du préjudice causé par une infraction au droit des ententes, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'actions indépendantes d'éventuelles constatations des autorités de concurrence (actions dites « stand-alone ») ; le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) n'a pas encore eu l'opportunité de s'exprimer sur le sujet. La chambre de céans estime cependant que le droit allemand d'offre pas d'autres voies équivalentes pour assurer la mise en œuvre

effective du droit à réparation des dommages de masse ou diffus dans les affaires d'entente.

1) Reconnaissance de principe en droit allemand des mécanismes de cession/d'action groupée en recouvrement

Le droit allemand permet de céder des créances (article 398, première phrase, du Bürgerliches Gesetzbuch, code civil allemand) [ci-après le « BGB »]. Cette disposition est en ces termes :

Article 398 du BGB Cession

« Une créance peut être transférée par le créancier à une autre personne par contrat conclu avec celle-ci (cession). Par la conclusion du contrat, le nouveau créancier prend la place du précédent créancier. »

Aux termes de cette disposition générale, les personnes affectées par un évènement préjudiciable (par exemple, une entente) peuvent céder leur droit allégué à réparation ; elles peuvent également le céder à un prestataire de services de recouvrement de créances. Ces prestataires sont des prestataires agréés de services juridiques qui ont obtenu d'une autorité nationale d'agrément, à l'issue d'une procédure à cet effet, l'autorisation de fournir des services de recouvrement de créances. Grâce à cette autorisation, ils sont habilités à recouvrer des créances pour des justiciables (qui les leur ont cédées à cette fin) ; article 10, paragraphe 1, première phrase, point 1, du RDG, lu conjointement avec l'article 2, paragraphe 2, première phrase, du RDG. Ces dispositions sont en ces termes :

Article 10 du RDG Services juridiques fondés sur une expertise particulière

1) Les personnes physiques et morales ainsi que les sociétés n'ayant pas la personnalité juridique, enregistrées auprès de l'autorité compétente (personnes inscrites au registre), peuvent fournir, sur la base d'une expertise particulière, des services juridiques dans les domaines suivants : 1) services de recouvrement (article 2, paragraphe 2, première phrase)

Article 2 du RDG Notion de service juridique

[...] (2) Constitue un service juridique [...] le recouvrement de créances d'autrui ou de créances cédées aux fins de recouvrement pour le compte d'autrui, lorsque l'activité de recouvrement de créances constitue une activité distincte [...]

Les créances cédées ne sont pas considérées, à l'égard du premier créancier, comme des créances d'autrui.

A défaut d'autorisation à cet effet, le recouvrement de créances est interdit et donc entaché de nullité.

Les autres services juridiques sont également soumis à autorisation (article 3 du RDG). L'objectif est de protéger les justiciables, les rapports juridiques ainsi que l'ordre juridique de prestations juridiques qui ne seraient pas fournies par des personnes qualifiées (article 1^{er}, paragraphe 1, deuxième phrase, du RDG). Ces dispositions sont en ces termes :

Article 3 du RDG Habilitation relative à la prestation de services juridiques extrajudiciaires

La prestation, à titre indépendant, de services juridiques extrajudiciaires n'est admise que dans la mesure autorisée par la présente loi, par d'autres lois ou sur le fondement d'autres lois.

Article 1^{er} du RDG Champ d'application

(1) La présente loi régit l'habilitation relative à la prestation de services juridiques extrajudiciaires en République fédérale d'Allemagne. Son objectif est de protéger les justiciables, les rapports juridiques ainsi que l'ordre juridique de prestations juridiques qui ne seraient pas fournies par des personnes qualifiées. [...]

L'autorisation relative à la prestation de services de recouvrement est délivrée sur demande par les autorités nationales compétentes à l'issue d'une procédure d'agrément, sur la base d'éléments attestant de l'expertise de la personne concernée (articles 11, 12 du RDG). En règle générale, il suffit à cet égard d'apporter la preuve de l'accomplissement d'une formation [article 2, paragraphe 1, première phrase, de la Rechtsdienstleistungsverordnung (règlement relatif aux services juridiques, ci-après la « RDV »)]. Cette preuve peut également résulter de la réussite au premier examen d'État en droit [« erste juristische Staatsexamen » au sens de l'article 5 du Deutsches Richtergesetz (loi relative aux magistrats, ci-après le « DRiG »)] (article 2, paragraphe 1, deuxième phrase, du RDV). Ces dispositions sont en ces termes :

Article 11 du RDG Expertise particulière, dénominations professionnelles

(1) Les services de recouvrement requièrent une expertise particulière dans les domaines du droit pertinents pour l'activité sollicitée, en particulier du droit civil, du droit commercial, du droit des valeurs mobilières et du droit des sociétés, du droit de la procédure civile, y compris du droit de l'exécution forcée et du droit de l'insolvabilité ainsi que du droit relatif aux frais et dépens. [...]

Article 12 du RDG Conditions de l'inscription au registre

(1) Les conditions de l'inscription au registre sont : 1. l'aptitude et la fiabilité de la personne ; [...]

2) l'expertise théorique et pratique dans le domaine ou les sous-domaines visés à l'article 10, paragraphe 1, dans lesquels les services juridiques seront fournis

[OMISSIS] [détails non pertinents aux fins de la demande de décision préjudicielle]

Article 2 de la RDV Preuve de l'expertise théorique

(1) Dans les domaines des services de recouvrement et de conseil en matière de pension de retraite, la preuve de l'expertise théorique requise en application de l'article 12, paragraphe 3, première phrase du [RDG] résulte d'une attestation de réussite d'une formation au sens de l'article 4.

(2) L'attestation de réussite au premier examen au sens de l'article 5d, paragraphe 2, du DRiG suffit également à prouver l'expertise théorique.

[OMISSIS] [détails non pertinents aux fins de la demande de décision préjudicielle]

Article 4 de la RDV Formation

(1) La formation suivie doit être de nature à transmettre toutes les connaissances nécessaires, en vertu de l'article 11, paragraphe 1 ou paragraphe 2, du [RDG], à l'inscription au registre de la personne concernée. La durée totale de la formation dans le domaine des services de recouvrement doit correspondre à une durée minimale de 120 heures [...]. [...].

Article 5 du DRiG [loi relative aux magistrats] Habilitation à exercer les fonctions de magistrat

1) L'habilitation à exercer les fonctions de magistrat est conférée aux personnes ayant réussi le premier examen d'État à l'issue d'études de droit dans une université ainsi que le second examen d'État à l'issue d'un stage préparatoire ; [OMISSIS] [détails non pertinents aux fins de la demande de décision préjudicielle]

L'autorisation relative à la prestation de services de recouvrement couvre le recouvrement extrajudiciaire de créances. Dans leur jurisprudence, les plus hautes instances juridictionnelles ont cependant reconnu la possibilité, pour le prestataire de services de recouvrement, d'engager également une procédure judiciaire aux fins du recouvrement, sous réserve, dans ce cadre, d'être représenté par un avocat (voir BGH, arrêt du 13 juin 2022, réf. : Via ZR 418/21, juris points 11 et s. – financialright ; BGH, arrêt du 13 juillet 2021, réf. : II ZR 84/20, juris points 20 et s. – Airdeal ; BGH, arrêt du 19 janvier 2022, réf. : VIII ZR 123/21, juris points 39 et s. – Lexfox IX ; BGH, ordonnance du 11 juin 2013, réf. : II ZR 245/11, juris point 6). En principe, les prestataires de services de recouvrement peuvent poursuivre le recouvrement de créances également pour plusieurs personnes lésées en les regroupant aux fins d'une seule et même procédure judiciaire (BGH, arrêt du 13 juin 2022, réf. : Via ZR 418/21, juris points 11 et s., 51 et s. – financialright ; BGH, arrêt du 13 juillet 2021, réf. : II ZR 84/20, juris points 20, 49 et s. – Airdeal). Cette hypothèse concerne en principe des mécanismes dans

lesquels le prestataire assume les frais du recouvrement de créances et n'est rémunéré pour son activité qu'en cas de succès ; le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) admet également cette configuration (BGH, arrêt du 13 juillet 2021, réf : II ZR 84/20, juris point 48 – Airdeal). En revanche, les avocats peuvent intervenir « pour toutes les questions juridiques » [article 3, paragraphe 1, de la Bundesrechtsanwaltsordnung (loi fédérale sur le statut des avocats, ci-après la « BRAO »)]. Cette disposition est en ces termes :

Article 3 de la BRAO Droit de conseil et de représentation

(1) L'avocat est le conseil et le représentant indépendant mandaté pour toutes les questions juridiques. [...]

L'action groupée en recouvrement ainsi que le modèle économique qui sous-tend ce type de mécanismes de cession sont donc admis par différentes chambres du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) pour toute une série de domaines juridiques ; dans ce cadre, la cession de droits, afin qu'ils soient invoqués de façon groupée, est considérée comme valide.

2) Exception : Des juridictions nationales rejettent les mécanismes de cession/d'action groupée en recouvrement dans le domaine de la réparation du préjudice causé par une entente

Selon plusieurs juridictions allemandes, les principes exposés précédemment ne s'appliqueraient pas lorsque les droits cédés correspondent à des créances indemnitaires au titre d'un préjudice causé par une entente. Contrairement à ce qui est admis pour les autres créances examinées dans la jurisprudence précitée du BGH, les prestataires de services de recouvrement ne pourraient pas, de façon générale, recouvrer des créances indemnitaires au titre d'un préjudice causé par une entente. Selon le Landgericht (tribunal régional) [ci-après également « LG »] de Stuttgart, statuant dans le cadre d'une procédure parallèle au présent litige, cette approche est justifiée par le fait que la réparation du préjudice causé par une entente constitue une matière juridique particulièrement complexe, notamment en raison du développement de la législation européenne en la matière, qui est par ailleurs généralement exposé à des risques de conflits d'intérêts. En outre, et malgré l'obligation légale d'attester de leur expertise, les prestataires de services de recouvrement sont rarement des experts de ce domaine (voir LG Stuttgart, jugement du 20 janvier 2022, réf. : 30 O 176/19, juris points 88 et s. – Rundholzkartell Baden-Württemberg [entente sur les ronds de bois-Land de Bade-Wurtemberg] ; LG Mainz, jugement du 7 octobre 2022, réf. : 9 O 125/20 – Rundholzkartell Rheinland-Pfalz [entente sur les ronds de bois-Land de Rhénanie du Nord-Westphalie], juris ; dans le même sens, au sujet d'affaires d'indemnisation au titre d'autres infractions en matière d'ententes, LG Hanovre, jugement du 4 mai 2020, réf. : 18 O 50/16, juris points 171 à 177-Zuckerkartell [entente sur le sucre](Kaufland) ; LG Hannover, jugement du 1^{er} février 2021, réf. : 18 O 34/17, juris points 296 et s. – Zuckerkartell [entente sur le

sucre](CDC) ; LG Stuttgart, jugement du 28 avril 2022, réf. : 30 O 17/18, juris points 74 et s. – LKW Kartell [entente sur les camions]).

De l’avis de la chambre de céans, cette analyse est en tout cas pertinente lorsqu’il est question, comme en l’espèce, d’une action indépendante (« stand-alone »). En effet, ce type d’affaire requiert un examen complexe d’éléments nombreux, qui ne relèvent pas principalement du droit civil et qu’il est impossible de maîtriser d’emblée et sans difficultés – comme le montre également le cas d’espèce –, y compris par des cabinets hautement spécialisés bénéficiant du soutien d’experts. Il semble que de telles affaires, indépendamment de la jurisprudence du BGH précédemment évoquée, dépassent nettement le cadre des activités extrajudiciaires susceptibles de relever de la notion de services de recouvrement au sens de l’article 2, paragraphe 2, du RDG, à savoir des services limités à un examen juridique des créances et à une activité de conseil par un expert, dont la finalité est le recouvrement des créances, au sens des articles 11 et 2 du RDG, lus conjointement avec les articles 2 et 4 de la RDV [OMISSIS].

Cela implique non seulement la nullité des contrats de rachat des créances mais également de la cession elle-même (article 134 du BGB). L’action en réparation du préjudice causé par une entente, dont est présentement saisie la chambre de céans, devrait dès lors être rejetée sans examen au fond, au motif du défaut de légitimation active. Cela aurait également pour conséquence, selon une jurisprudence des juridictions supérieures [voir notamment sur ce point, dans des affaires ne concernant pas la réparation d’un préjudice causé par une entente, OLG (tribunal régional supérieur, ci-après également « OLG ») Schleswig, jugements du 11 janvier 2022, 7 U 130/21 = MDR 2022, 497 et du 22 avril 2022, 1 U 36/21 – juris], que le recours n’aurait pas non plus d’effet suspensif sur la prescription à l’égard des cédants, qui ne seraient donc plus du tout en mesure de faire valoir ensuite leurs prétentions dans le cadre d’un recours introduit sur le fondement d’un droit propre. L’article 134 du BGB est libellé comme suit :

Article 134 du BGB Interdiction légale

Tout acte juridique contraire à une interdiction légale est nul à moins que la loi n’en dispose autrement.

3) Absence de solutions autres que le mécanisme de la cession dans les affaires de réparation du préjudice causé par une entente

Il n’existe pas, en Allemagne, d’autres possibilités, qui soient à la fois licites et aussi appropriées que le mécanisme de la cession, permettant d’obtenir la réparation des préjudices de masse ou des préjudices diffus causés par une entente ; [OMISSIS]

a)

La directive relative aux actions représentatives – qui n’a pas encore été transposée en Allemagne – n’est pas applicable aux demandes fondées sur la

réparation du préjudice causé par une entente (dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1 et de l'annexe I de la directive (UE) 2020/1828 [du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JO L 409, p. 1). De plus, elle ne concerne que les droits des consommateurs et non ceux des entreprises, telles que celles dont il est question dans la présente espèce (voir article 1^{er}, paragraphe 1, article 3, point 5 et considérant 10 de la directive 2020/1828 [OMISSIS] [doctrine].

Quand bien même [OMISSIS][détails sur la procédure législative en Allemagne] la directive serait transposée au-delà des obligations qui s'imposent à l'Allemagne, de sorte que les dommages causés par une entente de même que, outre les consommateurs, les « petites entreprises » (sans aller jusqu'aux « petites et moyennes entreprises » au sens de la recommandation 2003/361/EG) relèveraient également du champ d'application de la législation de transposition, compte tenu de la rigidité de la définition de la notion de « petites entreprises », la possibilité d'une action groupée resterait exclue pour des entreprises à peine plus grandes et méritant tout autant d'être protégées.

b)

La forme d'action représentative prévue en droit national par l'article 33, paragraphe 4, du GWB n'est pas applicable aux actions en réparation. Cette disposition est en ces termes :

Article 33 du GWB Actions en élimination et en cessation

(1) Toute personne qui enfreint une disposition de la présente partie ou l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (l'auteur de l'infraction) ou toute personne qui ne respecte pas une décision de l'autorité compétente en matière d'ententes, est tenue d'éliminer cette atteinte à l'égard de la personne concernée et, en cas de risque de nouvelles atteintes, de cesser ses agissements. [...].

(4) Les droits tirés du paragraphe 1 peuvent également être invoqués par 1. des associations ayant la capacité juridique [...] 2. des organismes [...]

c)

L'action en constatation dite « modèle » (« Musterfeststellungsklage ») n'est pas applicable lorsque les droits à réparation sont invoqués par des entreprises (comme en l'espèce) (article 606, paragraphe 1, première phrase, de la Zivilprozessordnung (code de procédure civile, ci-après la « ZPO ») ; elle ne serait pas non plus judiciaire car elle ne permet pas d'obtenir un jugement de condamnation permettant aux personnes éventuellement lésées de réclamer un paiement. [OMISSIS] [passage non pertinent dans lequel la juridiction de céans constate que l'action modèle en constatation n'est pas applicable]

Article 606 de la ZPO Action modèle en constatation

(1) L'action modèle en constatation permet à des entités qualifiées de demander que soit constatée la réunion ou l'absence des conditions factuelles et juridiques de l'existence ou de l'inexistence de droits ou de rapports juridiques (objet de la constatation) entre des consommateurs et une entreprise. [...]

[OMISSIS]

d)

Une cession de créance sous la forme d'un « véritable » affacturage (c'est-à-dire un transfert complet, et non pas simplement fiduciaire, de la créance à un tiers) ne constitue pas une option envisageable compte tenu des spécificités de l'indemnisation du préjudice en matière d'ententes. Tout d'abord, la détermination du prix d'achat de même que la valorisation comptable soulèvent d'importantes difficultés ; en effet, le montant de l'indemnisation, nécessaire à cet égard, n'est justement pas connu dans les affaires de réparation du préjudice causé par une entente, et constitue donc, pour chaque affaire, le cœur du problème. Cela impliquerait donc pour les cédants de vendre leurs créances à un tiers pour une fraction de leur valeur nominale, en raison d'une décote importante, de sorte qu'ils renonceraient en définitive à toute perspective de compensation ; il ne peut donc s'agir d'une possibilité effective de recouvrement des créances indemnitaires. Le droit à la réparation intégrale du dommage, qui est d'origine européenne puisqu'il découle en définitive de l'article 101 TFUE, serait alors vidé de sa substance et sa mise en œuvre pratiquement impossible. Les personnes prêtes à acheter des créances ou à financer des procès pour des montants qui resteraient extrêmement élevés- en dépit d'une décote importante faisant baisser le prix d'achat – seraient sans doute rares, compte tenu par ailleurs de la durée des procédures, qui se compte généralement en années [OMISSIS] [doctrine].

e)

Le regroupement de créances dans le cadre d'un schéma de litisconsortium, c'est-à-dire sous la forme d'un recours commun à une pluralité de cédants (articles 59 et s. de la ZPO) ne permet pas une mise en œuvre effective du droit à indemnisation en cas de préjudice de masse ou diffus causé par une entente.

D'une part, il est plus que douteux qu'une telle situation de litisconsortium puisse voir le jour en l'absence d'intervention d'un prestataire qui en assurerait l'organisation, afin tout simplement que des litisconsorts potentiels puissent se rassembler. Le législateur allemand l'a également reconnu, raison pour laquelle il a créé, pour les investisseurs financiers (mais non pour les personnes lésées par une entente !), une forme de protection collective, à savoir la procédure modèle destinée aux investisseurs (« Kapitalanleger-Musterverfahren »).

D'autre part, une action introduite selon un schéma de litisconsortium n'induit qu'une réunion formelle des recours. Sur le fond, les liens d'instances restent

parfaitement indépendants, de sorte que tout litisconsort mène son propre procès indépendamment des autres et en assume intégralement les risques en termes de coûts (voir articles 61, 63 de la ZPO), tout en risquant de voir son litige disjoint, conformément à l'article 145 de la ZPO. Une telle disjonction impliquerait non seulement que le litige serait de nouveau isolé, mais également un risque de coûts supplémentaires en termes de frais de justice, de frais d'avocats et d'éventuels frais d'expertise [voir sur ce point OLG Bremen, ordonnance du 24 septembre 2013, 2 W 84/13, point 12, juris [OMISSIS]]. Dans la doctrine allemande, de même que dans la jurisprudence du BGH, la solution du litisconsortium est donc considérée comme « peu judicieuse » (selon les termes du BGH, arrêt du 9 mai 2005, II ZR 287/02, NJW 2005, 2450, 2453 [OMISSIS] [doctrine]).

Ces dispositions sont en ces termes :

Article 59 de la ZPO Litisconsortium fondé sur le caractère commun des droits ou sur l'identité du motif

Plusieurs personnes peuvent introduire un recours ou être poursuivies ensemble, en raison du caractère commun des droits faisant l'objet du litige ou lorsque le droit dont elles se prévalent ou l'obligation à laquelle elles sont tenues repose sur le même motif factuel et juridique.

Article 60 de la ZPO Litisconsortium fondé sur la similarité des prétentions

Plusieurs personnes peuvent également introduire un recours ou être poursuivies ensemble lorsque l'objet du litige a trait à des prétentions ou à des obligations similaires fondées sur un motif factuel et juridique pour l'essentiel similaire.

[OMISSIS] [effets du litisconsortium, déjà évoqués]

C) Les doutes quant à la conformité avec le droit de l'Union et leur lien avec le présent litige [article 94, sous c), du règlement de procédure de la Cour]

I.

En Allemagne, pour les raisons qui viennent d'être exposées, aucun dispositif – qui se rapprocherait de l'action groupée en recouvrement et constituerait une solution tout aussi appropriée – ne permet de regrouper, dans le cadre d'une procédure judiciaire, les actions en réparation du préjudice causé par une entente, en particulier lorsque celui-ci a un caractère diffus. La notion de dommages « diffus » (« Streuschäden ») désigne des dommages dont la caractéristique est de représenter, pour la personne lésée, un préjudice minime, mais le montant du préjudice est élevé si l'on totalise l'ensemble des personnes lésées ; il reste que le montant du préjudice individuel est si faible que, le rapport bénéfices-risques n'étant pas favorable, celle-ci renonce à faire valoir ses droits, par une forme d'inertie rationnelle guidée par la raison économique. [OMISSIS] [doctrine]. La

doctrine allemande part à cet égard du principe qu'en Allemagne, en raison de la spécificité des structures de coûts et de risque des procédures en matière d'indemnisation du préjudice causé par une entente, il pourrait même être hasardeux de saisir la justice pour des dommages à six chiffres d'un faible montant, qui pourraient ainsi relever de la catégorie des dommages diffus [OMISSIS] [doctrine]. Cependant, pour cette catégorie de personnes lésées par une entente, dont le préjudice pourrait être évalué, par exemple, entre 200 000 et 300 000 euros, seule l'action groupée en recouvrement offre une possibilité économiquement sensée et praticable de réclamer l'indemnisation de ce préjudice. Il est évident que cela vaut, a fortiori, pour des préjudices d'un montant plus faibles, qui se manifestent en général à l'échelle des consommateurs. Sans cette possibilité d'action groupée en recouvrement, en Allemagne, il est donc pratiquement impossible, pour une kyrielle de groupes de requérants potentiels, de faire valoir, en matières d'ententes, le droit à l'indemnisation du préjudice que confère le droit de l'Union.

Cependant, la chambre de céans n'a d'autre choix, compte tenu des dispositions du RDG, que de considérer les cessions comme nulles, s'agissant en tout cas des actions indépendantes (« stand alone »), telle que celles de l'espèce, de sorte qu'il y aurait lieu de rejeter le recours dont elle est saisie.

L'issue de la présente affaire dépend donc de façon décisive de la réponse aux questions déférées. Si la Cour devait conclure que le droit de l'Union ne s'oppose pas à l'interprétation du RDG que nous venons d'exposer, cette interprétation justifierait de constater la nullité des cessions et donc de rejeter le recours dans son ensemble.

En revanche, si la Cour devait estimer qu'il y a lieu de répondre aux questions par l'affirmative et que le droit de l'Union s'oppose à cette interprétation du RDG, il y aurait lieu, étant donné que, selon la chambre de céans, une interprétation conforme au droit de l'Union est exclue car elle serait *contra legem* (voir en ce sens arrêts du 4 juillet 2006, *Adeneler e. a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, point 110, et du 4 mars 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, C-183/18, EU:C:2020:153, point 67 et, en particulier, arrêt du 6 octobre 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, point 72), de laisser en l'espèce le RDG inappliqué, de sorte que les cessions devraient à cet égard être considérées comme valides.

II.

Il reste que la chambre de céans nourrit des doutes sérieux sur la conformité, avec le droit de l'Union, de l'interdiction du dispositif litigieux de recouvrement des créances indemnitaires au titre d'un préjudice causé par une entente, en particulier dans le cadre des actions indépendantes (« stand-alone »). En effet, l'interdiction concernant de telles créances indemnitaires, qui découle du RDG selon la jurisprudence des juridictions allemandes compétentes en la matière, est contraire, de l'avis de la chambre de céans, à la directive 2014/104, au principe d'effectivité du droit de l'Union ainsi qu'au principe de la protection juridictionnelle effective.

1) Violation de l'article 2, point 4, troisième variante, [et] de l'article 3 de la directive 2014/104

Les doutes de la chambre de céans concernent tout d'abord la conformité de l'interdiction de l'action en recouvrement en ce qui concerne les créances indemnitaires en matière d'entente avec les dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 1 et de l'article 2, point 4, troisième variante, de la directive 2014/104. Ces dispositions, qui sont applicables en l'espèce *ratione temporis*, confortent le droit des personnes lésées, consacré par une jurisprudence constante, d'obtenir la réparation intégrale du préjudice causé par une entente, et l'étendent aux personnes « qui [ont] [ajout de la chambre de céans] succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande ». De l'avis de la chambre de céans, les auteurs de la directive, visaient précisément à cet égard le mécanisme de cession en cause en l'espèce, qui permet de regrouper les demandes de plusieurs personnes lésées, tandis qu'ils n'ont pas inclus les recours collectifs, dont ne fait justement pas partie le mécanisme de cession, selon l'analyse de la chambre de céans, dans les dispositions de la directive.

a) Application *ratione temporis* de la directive 2014/104

Les dispositions pertinentes de l'article 2, point 4, [et] de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/104, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit de règles procédurales ou de règles de fond, sont applicables, conformément à l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2014/104, à toutes les actions en dommages et intérêts introduites après le 26 décembre 2014.

En l'espèce, la requérante a introduit son recours le 31 mars 2020. En outre, le recours est également fondé sur des opérations d'achat ayant eu lieu jusqu'à l'année 2020 et donc sur des opérations réalisées bien après l'expiration du délai de transposition, à savoir le 27 décembre 2016 (article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/104). Les agissements anticoncurrentiels du défendeur allégués par la requérante ont été pratiqués jusqu'au 30 juin 2019. Dès lors, en application de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Volvo, les règles de fond de la directive 2014/104 doivent être appliquées, dans cette situation, non seulement à la partie de la période d'entente postérieure à l'expiration du délai de transposition, mais aussi à l'ensemble de la période d'entente (arrêt du 22 juin 2022, Volvo, C-267/20, EU:C:2022:494, point 104 [entente sur les camions]).

Même en adoptant un point de vue différent, la question se pose cependant dans les mêmes termes pour la période postérieure à l'expiration du délai de transposition et est donc pertinente pour la présente procédure.

b) La protection prescrite par la directive 2014/104 pour les droits à réparation ayant fait l'objet d'une cession

L'article 3, paragraphe 1, de la directive exige « que toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice ». Il

ressort en outre clairement du considérant 13 de la directive 2014/104 que ce droit à réparation intégrale est reconnu « indépendamment de l'existence d'une relation contractuelle directe avec l'entreprise qui a commis l'infraction, et qu'il y ait eu ou non constatation préalable d'une infraction par une autorité de concurrence ». Ce droit à réparation intégrale bénéficie également à la personne à laquelle la personne lésée a cédé son droit. L'article 2, point 4, troisième variante, de la directive 2014/104 définit expressément l'action en dommages et intérêts comme « une action introduite en vertu du droit national par laquelle une juridiction nationale est saisie d'une demande de dommages et intérêts [...] 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 ».

La directive 2014/104 ne confère à cet égard aucune marge d'appréciation aux États membres. Contrairement, par exemple, à la deuxième variante, de l'article 2, point 4, qui énonce une réserve quant à la possibilité d'actions en nom propre par représentation (« Prozessstandschaft »), la troisième variante de l'article 2, point 4, ici pertinente, ne contient pas de réserve comparable en ce qui concerne la cession ; elle est en effet libellée en ces termes : « 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 [première variante], 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 ou par le droit national, [deuxième variante] 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 [troisième variante] » [OMISSIS] [doctrine].

c) Les mécanismes de cession relèvent des dispositions protectrices prescrites par la directive [2014/104]

De l'avis de la chambre de céans, le fait que la troisième variante ait été incluse ultérieurement dans les dispositions de l'article 2, point 4, de la directive 2014/104 tend à confirmer que les mécanismes de cession tels que celui litigieux ont été pris en considération et ajoutés à la disposition existante de la deuxième variante concernant les actions en nom propre par représentation, comme un moyen de faire valoir efficacement ses droits [OMISSIS] [doctrine].

En définitive, il s'agissait essentiellement d'une clarification, alors que les mécanismes de cession étaient déjà connus et reconnus dans la jurisprudence et la législation européennes [voir également Parlement européen, Collective Redress in Antitrust, 2012, p. 37, disponible sur <https://tinyurl.com/2p85a2k4> ; voir également Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche), ordonnance du 14 février 2012, réf : 5 Ob 35/11p. – Entente des ascenseurs [mécanisme de cession dans le cadre de l'entente des ascenseurs] ; Helsingin käräjäoikeus, (tribunal de première instance d'Helsinki, Finlande) jugement du 4 juillet 2013, réf. : 11/16750 [mécanisme de cession dans l'entente sur le peroxyde d'hydrogène] ; Rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye, Pays-Bas), jugement

du 17 décembre 2014, réf : C/09/414499/HAZA 12-293, NL:RBDHA:2014:15722 [mécanisme de cession dans l'entente des cires de paraffine])

La protection du mécanisme de la cession par la directive 2014/104 semble en outre nécessaire pour atteindre les objectifs de ladite directive, qui vise en effet à « permettre aux victimes d'infractions aux règles de concurrence de l'UE d'obtenir effectivement la réparation du préjudice qu'elles ont subi » (Commission, proposition de directive 2014/104, COM (2013) 404 final, p. 5.)

Les mécanismes de cession sont reconnus dans d'autres États membres, tels que les Pays-Bas, l'Autriche et la Finlande, comme une possibilité de faire valoir un droit [voir Oberster Gerichtshof (Cour suprême), ordonnance du 14 février 2012, réf. : 5 Ob 35/11p. – Entente des ascenseurs ; Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam, Pays-Bas), arrêt du 4 février 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 points 3.10 et s.- entente sur le chlorate de sodium (CDC) ; Gerechtshof Amsterdam, décision du 10 mars 2020, réf. : 200.229.231/01, NL:GHAMS:2020:714 – Entente sur le fret aérien ; Helsingin käräjäoikeus (tribunal de première instance d'Helsinki), jugement du 4 juillet 2013, réf. : 11/16750 – peroxyde d'hydrogène]. Si cette possibilité de cession devait être interdite en Allemagne, cela porterait atteinte à l'application effective et uniforme du droit de la concurrence (voir considérant 7 et s. de la directive 2014/104 ; Comité économique et social européen, avis sur la directive 2014/104/UE et sur la communication de la Commission sur la quantification du préjudice, 2014, point 1.1.1 ; Commission, proposition de directive 2014/104, COM(2013) 404 final, p. 11 et s.) et pourrait en même temps favoriser un forum shopping indésirable [doctrine] ; pour éviter le forum shopping en raison de l'inégalité de traitement qui en résulte, voir également Commission, proposition de directive 2014/104, COM(2013) 404 final, p. 10 et s. [OMISSIS].

Pratiquement en même temps que la publication de la directive 2014/104 au Journal officiel, l'avocat général de la Cour a souligné, dans l'affaire CDC Hydrogen Peroxide, que l'émergence de prestataires de recouvrement 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, [...] 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 » (conclusions de l'avocat général Jääskinen du 11 décembre 2014, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2014:2443 point 29). Ce faisant, l'avocat général a clairement précisé que le regroupement des recours par le biais d'une cession en vue du recouvrement des créances semble également répondre à un besoin majeur autant que rationnel. Enfin, dans ses Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects, la Commission européenne évoque expressément la possibilité de rachat d'une demande [de réparation] et précise qu'« un tel rachat peut avoir pour but », précisément, « d'intenter une action commune pouvant contribuer à assurer la cohérence entre des actions en dommages et intérêts qui sont liées à la même

infraction au droit de la concurrence » (Commission, Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects, 2019/C 267/07, point 27). Selon l'interprétation de la chambre de céans, le mécanisme de cession en cause peut aisément être compris dans cette catégorie.

d) Distinction entre le mécanisme de cession et les recours collectifs non visés par la directive

Le mécanisme de cession que nous venons d'exposer doit être distingué des « mécanismes de recours collectifs », que les États membres ne sont pas tenus d'introduire, conformément au considérant 13 de la directive 2014/104.

Le mécanisme de cession en cause n'est pas un pur mécanisme de recours collectif en ce sens [OMISSIS] [doctrine]. Le considérant 13 de la directive dissocie la directive 2014/104 – y compris ses dispositions relatives aux cessions de demandes – des efforts visant à instaurer des actions de groupe, groupées ou représentatives en tant que mécanismes de recours collectif. Ceux-ci ne sont pas régis par la directive 2014/104, mais font l'objet d'une recommandation de la Commission européenne – adoptée le même jour que le projet de directive 2014/104.

Dans cette recommandation, la Commission qualifie le recours collectif de « mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes physiques ou morales ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement la cessation d'un comportement illicite (recours collectif en cessation), ou [...] de demander collectivement réparation (recours collectif en réparation) » (recommandation de la Commission du 11 juin 2013 [relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union] (2013/396/UE) point II 3 sous a). Le mécanisme de cession ne correspond manifestement pas à ce type de procédure, car il s'agit ici d'une action individuelle du cessionnaire, et donc d'un seul requérant, action qui est en outre exercée au titre d'un droit qui lui est propre.

Cette action n'implique donc pas plusieurs titulaires de droit ni un représentant faisant valoir le droit d'un tiers ; le mécanisme de cession repose plutôt sur des outils classiques du droit matériel et de la procédure civile [OMISSIS] [doctrine].

2) Violation du principe d'effectivité (articles 101 TFUE et 4, paragraphe 3, TUE)

Il est également permis de douter que l'interdiction du dispositif litigieux de recouvrement des créances indemnitaires au titre du préjudice causé par une entente soit compatible avec l'article 101, TFUE et l'article 4, paragraphe 3, TUE. Si « toute personne » peut demander la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subis du fait d'une infraction au droit des ententes, les États membres doivent garantir l'effectivité de ce droit et, en particulier, ne pas rendre [son exercice]

impossible ou excessivement difficile. Cependant, comme nous l'avons montré précédemment, seul le mécanisme de cession dont il est ici question garantit l'effectivité de la mise en œuvre privée dans le cas de dommages de masse ou diffus en matière d'ententes. Sans cet outil, les personnes potentiellement lésées ne disposent d'aucune option réaliste pour faire valoir leurs éventuels droits de manière praticable et effective. Cela s'applique d'autant plus lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une action indépendante (« stand-alone »).

a) Le droit de l'Union exige la mise en œuvre effective du droit à réparation du préjudice causé par une entente

L'article 101 TFUE produit des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendre des droits dans leur chef que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'effet utile de l'interdiction des ententes exige que « toute personne » puisse demander la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction aux règles applicables aux ententes (voir arrêt du 20 septembre 2001, *Courage*, C-453/99, EU:C:2001:465, points 23, 26 et s. ; arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295/04, EU:C:2006:461, points 90 et s. 95, 100 et s. ; arrêt du 12 décembre 2019, *Otis*, C-435/18, EU:C:2019:1069, point 22 ; arrêt du 6 octobre 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, point 32 ; articles 1^{er}, paragraphe 1, 3, paragraphe 1 et considérant 3 de la directive 2014/104 ; Commission, proposition de directive 2014/104, COM(2013) 404 final, p. 4).

L'exigence d'une mise en œuvre effective du droit à réparation du préjudice causé par une entente, prévue par le droit de l'Union, ne sert pas seulement à indemniser les personnes lésées, mais aussi à dissuader les opérateurs potentiellement intéressés par une entente et donc à protéger l'intérêt public de l'organisation concurrentielle du marché. Pour reprendre les termes de la Cour, la mise en œuvre du droit des ententes par la sphère privée renforce « le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union et [...] est de nature à décourager les [infractions aux règles sur les ententes] [ajouté par la chambre de céans] ». La mise en œuvre privée du droit des ententes contribue « au maintien d'une concurrence effective dans l'Union » (jurisprudence constante ; arrêt du 6 octobre 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, points 35, 37 ; arrêt du 12 décembre 2019, *Otis*, C-435/18, EU:C:2019:1069, points 24 et 26 ; arrêt du 20 septembre 2001, *Courage*, C-453/99, EU:C:2001:465, points 26 et s. ; arrêt du 6 juin 2013, *Donau Chemie*, C-536/11, EU:C:2013:366, points 23, et s. ; arrêt du 14 mars 2019, *Skanska*, C-724/17, EU:C:2019:204, points 43 et s. ; arrêt du 28 mars 2019, *Cogeco*, C-637/17, EU:C:2019:263, point 41 ; arrêt du 6 octobre 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, points 24 et 37 ; conclusions de l'avocat général Pitruzzella du 15 avril 2021 dans l'affaire *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:293, point 67 ; conclusions de l'avocat général Jääskinen du 11 décembre 2014 dans l'affaire *CDC*, C-352/13, EU:C:2014:2443, point 124 ; conclusions de l'avocat général Wahl du 6 février 2019, dans l'affaire *Skanska*, C-724/17, EU:C:2019:100, point 50 ; arrêt du 28 janvier 2015, *Akzo Nobel e.a./Commission*, T-345/12, EU:T:2015:50, point 84 ; voir également arrêt du 17 septembre 2002,

Muños, C-253/00, EU:C:2002:497, points 30 et s. ; voir également arrêt du 5 février 1963, van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1 ; dans le même sens, Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle, Allemagne), ordonnance du 6 mars 2014, réf. 1 BvR 3541/13, juris point 22 ; BGH, arrêt du 14 juillet 2015, réf. : II KVR 55/14, juris point 19 – Prix de l'eau potable ; BGH, arrêt du 23 septembre 2020, réf. KZR 4/19, juris point 50- entente sur les chemins de fer V ; BGH, arrêt du 10 février 2021, réf. KZR 63/18, juris point 36- entente sur les chemins de fer V ; BGH, arrêt du 8 août 2022, réf. : KZR 111/18, juris point 131 – valeur VBL III).

Selon la jurisprudence constante de la Cour, les juridictions nationales, qui doivent appliquer le droit de l'Union en matière d'ententes dans le cadre de leur compétence, doivent veiller à ce que l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union ne soit pas rendu en pratique impossible ou excessivement difficile [OMISSIS] ; à cet égard, l'autonomie procédurale des États membres peut également être limitée par les règles supérieures du droit de l'Union (jurisprudence constante ; arrêt du 20 septembre 2001, Courage, C-453/99, EU:C:2001:465, point 29 ; arrêt du 5 juin 2014, Kone, C-557/12, EU:C:2014:1317, points 24 et s. ; arrêt du 14 mars 2019, Skanska, C-724/17, EU:C:2019:204, point 27 ; arrêt du 12 décembre 2019, Otis, C-435/18, EU:C:2019:1069, points 25 et s. ; conclusions de l'avocate générale Kokott du 22 septembre 2022 dans l'affaire Tráficos Manuel Ferrer, C-312/21, EU:C:2022:712, points 25, 48 ; voir également BGH, arrêt du 12 juillet 2016, réf. KZR 25/14, juris point 37 – Lottoblock II ; BGH, arrêt du 20 janvier 2020, réf. KZR 24/17, juris point 30- entente sur les chemins de fer V ; BGH, arrêt du 23 septembre 2020, réf. KZR 4/19, juris point 52- entente sur les chemins de fer V ; voir également article 4 de la directive 2014/104). Les juridictions nationales, à cet égard, doivent non seulement garantir le « plein effet » du droit de l'Union et protéger les droits que l'article 101 TFUE confère aux particuliers, mais également empêcher que la pleine effectivité du droit de l'Union puisse être ne serait-ce que limitée, réduite, voire mise en péril (arrêt du 13 juillet 2006, Manfredi, C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 89 ; voir également, dans un autre domaine que celui des dommages-intérêts en matière d'ententes, arrêt du 19 juin 1990, Factortame, C-213/89, EU:C:1990:257 point 20 ; arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49, points 21, 23 et s. ; conclusions de l'avocat général Pitruzzella du 8 septembre 2022, Repsol, C-25/21, EU:C:2022:659, point 84 ; voir également BGH, arrêt du 28 juin 2011, réf. II KZR 75/10, juris point 17 – ORWI).

Dans cette optique, il ne s'agit pas d'examiner de manière isolée certains éléments, mais de se demander, afin de garantir l'effectivité, si les règles nationales concernant les possibilités de faire valoir collectivement des demandes d'indemnisation pour des dommages causés par des ententes rendent, « dans leur ensemble », pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (arrêt du 28 mars 2019, Cogeco, C-637/17, EU:C:2019:263, point 45) ; conclusions de l'avocate générale Kokott du 17 janvier 2019 dans l'affaire Cogeco, C-637/17, EU:C:2019:32, points 25, 81 ;

conclusions de l'avocate générale Kokott du 14 octobre 2004 dans l'affaire Berlusconi e.a., C-387/02, EU:C:2004:624, point 109 ; voir également OLG Karlsruhe, jugement du 17 novembre 2021, réf. : 6 U 56/20 Kart, juris, point 210 – Die Freien Brauer ; [OMISSIS] [doctrine]

b) Les mécanismes de cession représentent la seule possibilité de mise en œuvre effective du droit à réparation du préjudice causé par une entente

Comme nous l'avons expliqué précédemment, le mécanisme de cession constitue, en Allemagne, le seul moyen viable, pour les personnes lésées par une entente, de faire valoir efficacement leurs droits en cas de dommages de masse ou diffus relevant du droit des ententes. Sans ce mécanisme, chaque personne lésée devrait faire valoir ses droits individuellement, à ses propres frais, ce qui se soldera généralement par un échec tant les obstacles juridiques et factuels sont difficilement surmontables, de sorte que le droit à réparation du préjudice causé par une entente serait, de facto, vidé de son sens dans les domaines en question [OMISSIS] [doctrine].

Faire valoir ses droits à réparation d'un préjudice causé par une entente est un exercice complexe, tant sur le plan factuel, économique que juridique, et se révèle donc un processus long, coûteux et risqué. Cet investissement élevé en termes de temps et de coûts, ainsi que le risque du procès ont un effet prohibitif, en particulier pour les consommateurs, mais aussi pour les petites et moyennes entreprises, ce qui explique qu'ils renoncent en général, par une forme d'inertie rationnelle, à faire valoir ces droits en justice (voir conclusions de l'avocat général Jääskinen du 11 décembre 2014 dans l'affaire CDC, C-352/13, EU:C:2014:2443, point 29 ; Commission, Livre blanc [sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante], COM(2008)165 final, p. 4, point 2.1 Parlement européen, Résolution sur le Livre blanc (2008/2154(INI)), 2010/C 117 E/27, point 4 ; Commission, staff working paper Green Paper, SEC (2005) 1732, point 45 [doctrine]). Ce désintérêt rationnel ne peut être surmonté que si ces droits à réparation peuvent être invoqués de manière groupée et donc en partageant les frais d'experts et de conseils juridiques ainsi que les risques (judiciaires) (conclusions de l'avocate générale Kokott du 29 juillet 2019 dans l'affaire Otis, C-435/18, EU:C:2019:651 point 88 ; conclusions de l'avocat général Jääskinen du 11 décembre 2014 dans l'affaire CDC, C-352/13, EU:C:2014:2443, point 29 ; Rapport de la Commission sur l'application du règlement [(CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale], COM(2009)174 final, point 3.5 [OMISSIS] [doctrine]).

Il faut en outre tenir compte de l'absence d'égalité des conditions de concurrence (level playing field) entre les parties, en particulier s'agissant des dommages de masse et des dommages diffus en droit des ententes. Les consommateurs ou les petites et moyennes entreprises, en tant que parties requérantes et victimes potentielles, sont généralement confrontés à des membres d'entente puissants sur le marché et disposant de moyens financiers importants, pour lesquels les sommes

en jeu sont en règle général énormes. Il est donc rationnel, pour les membres d'une entente, de se défendre contre chaque action individuelle en mobilisant beaucoup d'argent et de temps et ce, le cas échéant, jusqu'à la dernière instance [Commission staff working paper Green Paper, SEC (2005) 1732, point 193 [doctrine]]. Ce déséquilibre de nature à entraver l'application du droit ne peut être surmonté que par la mise en commun des forces du côté des victimes potentielles ([OMISSIS] [doctrine] voir également, à cet égard, dans un domaine autre que celui de la réparation du préjudice causé par une entente, BGH, arrêt du 13 juin 2022, réf. : Via ZR 418/21, juris points 51 et s. – financialright).

À cela s'ajoute qu'il est pratiquement impossible, individuellement, pour un consommateur ou une petite ou moyenne entreprise, en tant que personne prétendument lésée, d'exposer et de démontrer les dommages causés par l'entente sur la base de sa perception limitée du fonctionnement du marché et des données dont il ou elle dispose (voir Commission, Guide pratique concernant la quantification du préjudice [dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE], 2013, point 82 ; Commission staff working Paper Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection, SEC (2011) 1216 final, point 20 [OMISSIS] [doctrine] voir également, sur l'infériorité structurelle des entreprises lésées par une entente, conclusions de l'avocate générale Kokott du 22 septembre 2022 dans l'affaire Tráficos Manuel Ferrer, C-312/21, EU:C:2022:712, points 54 et s.).

En effet, ce n'est qu'en rassemblant les données d'un maximum de personnes lésées sur une période aussi longue que possible qu'une analyse économique pertinente du dommage est possible, à travers la détermination des effets de l'entente sur les prix à l'échelle du marché, condition préalable à la détermination du prix hypothétique de la concurrence et donc des préjudices subis individuellement. C'est le seul moyen de surmonter l'asymétrie d'information entre les auteurs de l'entente et les victimes présumées, typique de ce domaine juridique de la réparation du préjudice causé par les ententes [OMISSIS][doctrine] En outre, c'est également la seule solution permettant de supporter les dépenses liées au recours à des experts privés chargés de préparer les données et de rassembler les éléments étayant les actions en justice.

c) Aggravation des problèmes dans le cas des actions indépendantes (« stand-alone »)

Tous ces problèmes se posent à plus forte raison dans le cas des actions indépendantes (« stand alone »), car la personne prétendument lésée n'a même pas la possibilité de se référer à une décision des autorités de la concurrence, avec l'effet contraignant qui en découle, pour son action en réparation. Au contraire, elle est même tenue d'apporter également la preuve de l'infraction à l'interdiction des ententes. L'importance des difficultés concrètes que cela implique ressort déjà, de façon empirique, du fait que ces actions indépendantes sont rares en pratique [OMISSIS] [doctrine].

En même temps, lorsque les autorités de concurrence n'interviennent pas, la mise en œuvre privée du droit de la concurrence constitue la seule option pour réaliser l'objectif du droit de l'Union, qui répond également à l'intérêt général, de protéger l'organisation concurrentielle du marché et de dissuader de potentiels membres d'ententes. Les actions indépendantes sont donc indispensables à l'application du droit des ententes, compte tenu également des capacités limitées des autorités compétentes, de sorte que la situation des requérants agissant indépendamment d'éventuelles constatations des autorités (« stand-alone ») ne doit pas être encore aggravée par rapport à celle des requérants dont le recours fait suite à la constatation par les autorités d'infractions aux règles de la concurrence (« follow-on ») (voir déjà en ce sens, conclusions de l'avocate générale Kokott du 17 janvier 2019 dans l'affaire Cogeco, C-637/17, EU:C:2019:32, point 52 ; [OMISSIS] [doctrine]).

Depuis la réforme du droit de la procédure en matière d'infractions aux règles de la concurrence par le règlement [CE n°]1/2003 [du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1, p.1)], le droit de l'Union mise également de manière délibérée sur l'initiative individuelle des acteurs du marché (article 6, considérant 7). La réduction de l'intensité des contrôle des autorités et le risque de déficit d'exécution liés au remplacement du système d'exemption administrative par un système d'exceptions légales devraient justement être compensés par un renforcement de la mise en œuvre privée du droit des ententes (voir Commission, Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, JO 2004, C 101/65, points 12 et s. Commission, Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, 1999/C 132/01, points 99 et s. [OMISSIS] [doctrine] [OMISSIS]. La possibilité de regrouper les demandes rendra les actions indépendantes et donc la mise en œuvre du droit de la concurrence dans son ensemble plus effective. Les cédants peuvent partager leurs observations sur le marché et leurs informations et tirer ainsi des conclusions plus solides sur un éventuel comportement contraire au droit des ententes. Seul un regroupement des demandes permet de déterminer et de démontrer les effets d'une infraction au droit des ententes sur les prix à l'échelle du marché [OMISSIS]. Cela est d'autant plus important dans les actions indépendantes (« stand-alone ») que les cédants n'ont pas la possibilité « en règle générale, de reprendre de la décision des autorités de la concurrence imposant une amende les éléments factuels de rattachement nécessaires [à une estimation du préjudice] [ajouté par la chambre de céans] conformément à l'article 287, paragraphe 2, de la ZPO [code de procédure civile], notamment les circonstances concrètes de l'accord et de sa mise en œuvre » (LG Dortmund, jugement du 30 septembre 2020, réf. : 8 O 115/14 (Kart), juris point 131, LG Dortmund, jugement du 4 novembre 2020, réf. : 8 O 26/16 Kart, juris, point 115 ; LG Dortmund, jugement du 3 février 2021, réf. : 8 O 116/14 (Kart), juris point 112 ; [OMISSIS] [doctrine]).

Enfin, il est important de relever que le regroupement des demandes de réparation permet d'éviter la répétition d'une même mesure d'instruction et le risque de

décisions divergentes de plusieurs juridictions sur les mêmes questions complexes de droit et de fait dans le cadre de litiges parallèles [OMISSIS] [doctrine].

d) L'impossibilité pratique d'une mise en œuvre privée du droit des ententes ne peut être justifiée à titre exceptionnel

La mise en balance de l'intérêt d'une mise en œuvre effective du droit de l'Union (en l'occurrence l'article 101 TFUE) et des objectifs de la norme nationale qui en limite l'effectivité (en l'occurrence le RDG) fait clairement prévaloir l'intérêt lié à la mise en œuvre du droit de l'Union.

Plus l'intérêt public à la mise en œuvre du droit de l'Union est fort et plus la réalisation du droit de l'Union est menacée par rapport à l'importance de la norme nationale contraire, plus le principe d'effectivité risque d'être violé. En revanche, les restrictions au principe d'effectivité résultant de réglementations nationales sont d'autant plus justifiées qu'elles peuvent être identifiées comme des principes généraux en raison de leur reconnaissance dans les États membres ou par la Cour européenne des droits de l'homme (voir arrêt du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, point 45 ; arrêt du 17 juin 2004, *Recheio*, C-30/02, EU:C:2004:373, point 22, [OMISSIS] [doctrine]).

En l'espèce, l'intérêt de la mise en œuvre de l'interdiction des ententes prévue à l'article 101 TFUE l'emporte, car une concurrence libre et non faussée est indispensable à la réalisation du marché intérieur (voir, entre autres, arrêt du 6 octobre 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, points 35, 37 ; Commission, communication sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE JO 2013, C 167/19, point 4 ; Parlement européen, résolution sur le Livre vert (2006/2207(INI), C 74 E/654, considérant B [OMISSIS] [doctrine]).

En même temps, le poids de la limitation litigieuse affectant la mise en œuvre effective du droit des ententes est considérable, car, comme nous l'avons montré, le droit allemand complique considérablement la possibilité de faire valoir son droit à réparation en cas de préjudice de masse et de préjudice diffus relevant du droit des ententes, le risque étant de vider de leur substance aussi bien la fonction de compensation que la fonction de prévention ([OMISSIS] BGH, arrêt du 10 février 2021, réf : II KZR 63/18, juris point 36 – Entente sur les chemins de fer VI [OMISSIS] [doctrine]). De façon logique, l'Oberlandesgericht Karlsruhe (tribunal régional supérieur de Karlsruhe) a souligné, dans une décision récente, que l'effet utile du droit de l'Union, en matière de dommages-intérêts dans le domaine des ententes, est assuré en Allemagne précisément par le biais du mécanisme de cession (voir OLG Karlsruhe, jugement du 17 novembre 2021, réf. 6 U 56/20, juris points 210, 241 – Die Freien Brauer ; [OMISSIS] [doctrine]). La Cour a déjà constaté, s'agissant du droit d'auteur, que les personnes lésées ne devaient pas être privées de la possibilité, « répandue dans différents domaines du droit », de céder leurs droits à indemnisation à des entreprises spécialisées, notamment en raison des difficultés que les personnes lésées peuvent rencontrer

pour recouvrer elles-mêmes ces créances (arrêt du 17 juin 2021, M.I.C.M., C-597/19, EU:C:2021:492, point 77 ; conclusions de l'avocat général Szpunar du 17 décembre 2020 dans l'affaire M.I.C.M., C-597/19, EU:C:2020:1063, point 88). En revanche, aucun motif ne semble permettre de justifier les restrictions en cause en l'espèce, affectant les objectifs et les prescriptions du droit de l'Union, qui résultent de l'interdiction de recourir au dispositif de recouvrement litigieux.

3) Violation du droit des personnes prétendument lésées à une protection juridictionnelle effective

Enfin, il existe des doutes quant à la question de savoir si l'interdiction découlant du RDG de recourir au dispositif de recouvrement pour les créances indemnitaires liées aux ententes, en tout cas pour les actions indépendantes (« stand-alone »), ne porte pas atteinte au droit des personnes potentiellement lésées à une protection juridictionnelle effective (article 47, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux ; article 6, paragraphe 3, TUE, article 13 de la CEDH).

Le droit à une protection juridictionnelle effective exige un recours effectif qui soit réellement de nature à faire respecter la situation juridique protégée par le droit de l'Union. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans le cadre d'un procès équitable, respectant notamment le principe de l'égalité des armes sur le plan procédural. En outre, toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter (voir, sur l'ensemble de ces points, arrêt du 22 décembre 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811 point 31 ; arrêt du 22 septembre 1998, Coote, C-185/97, EU:C:1998:424, points 24 à 28 ; arrêt du 15 juin 2000, TEAM, C-13/99 P, EU:C:2000:329, point 32 ; considérant 4 de la directive 2014/104 ; Parlement européen, Résolution sur le Livre vert (2006Z2207(INI)), C 74 E/654, point 5).

Le contenu minimal du droit à une protection juridictionnelle effective implique à cet égard que le recours doit respecter le principe d'effectivité (voir arrêt du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 points 37 à 43 ; arrêt du 19 juin 2003, Eribrand, C-467/01, EU:C:2003:364, points 61 et s. ; conclusions de l'avocate générale Trstenjak du 22 septembre 2011 dans l'affaire N.S., C-411/10, EU:C:2011:611, point 161 ; voir également conclusions de l'avocate générale Kokott du 22 janvier 2009 dans l'affaire Mellor, C-75/08, EU:C:2009:32, point 28). Cela implique également que les justiciables ne soient pas dissuadés de faire valoir leurs droits en raison de risques financiers excessifs. Le droit national ne doit donc pas prévoir uniquement des voies de recours qui exposent le justiciable au risque qu'un tel recours le place dans une position plus défavorable que celle dans laquelle il se trouverait s'il s'était abstenu d'exercer ce recours (arrêt du 15 avril 2008, Impact, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, point 51 ; arrêt du 21 novembre 2002, Cofidis, C-472/00, EU:C:2002:705, point 34 ; arrêt du 25 novembre 2008, Heemskerk, C-455/06, EU:C:2008:650, point 47 ; arrêt du 24 mars 2009, Danske Slagterier, C-445/06, EU:C:2009:178, point 63 [OMISSIS] [doctrine]). Cependant, ces exigences ne sont pas respectées si les personnes lésées se voient privées de la possibilité de recourir, pour faire valoir leur droit à

indemnisation en cas de préjudice de masse et surtout de préjudice diffus, au mécanisme de cession, seule voie de recours efficace, et qu'il ne leur reste plus que la possibilité de demander réparation par le biais de recours individuels. Même si elles faisaient ce choix, en surmontant leur « désintérêt rationnel », elles devraient engager des frais, pour les prestations des experts économiques et des conseillers juridiques spécialisés, qui sont généralement sans commune mesure avec la valeur du litige de chaque procédure individuelle. En outre, dans les procédures fondées sur une action indépendante (« stand-alone »), elles devraient d'abord identifier l'infraction au droit des ententes en tant que telle, ce qui implique un coût élevé, puis faire des recherches et, enfin, exposer et prouver au cours du procès l'infraction au droit des ententes.

Cette atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective ne semble pas justifiée. Une justification peut exceptionnellement être envisagée, « à condition que [l'atteinte] réponde[e] effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et n'impliqu[e] pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis » (arrêt du 18 mars 2010, *Alassini*, C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, EU:C:2010:146 point 63, adapté par la chambre de céans). Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce, ne serait-ce que parce que l'on pourrait envisager des mesures moins contraignantes que l'interdiction totale du dispositif de recouvrement, visant à protéger les justiciables, les relations juridiques et l'ordre juridique contre la prestation de services juridiques par des prestataires non qualifiés, de sorte que cette interdiction n'est pas nécessaire. En outre, le droit à une protection juridictionnelle effective apparaît affecté dans sa substance, puisque, en fin de compte, toute protection juridictionnelle effective est refusée à des personnes susceptibles d'être lésées.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles précédemment exposées.

[OMISSIS]