



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} JULIANE KOKOTT
présentées le 30 janvier 2014¹

Affaire C-557/12

KONE AG e.a.

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberster Gerichtshof (Autriche)]

«Concurrence — Droit des ententes — Mise en œuvre privée — Action en indemnisation — Créance d'indemnité du client d'une entreprise étrangère à une entente, envers les entreprises y participant, née des prix plus élevés appliqués par l'entreprise étrangère à l'entente dans le sillage de l'entente — Effets d'ombrelle sur les prix ('umbrella pricing') — Lien de causalité direct — Principe d'effectivité»

I – Introduction

1. La présente demande préjudicielle donne à la Cour l'occasion d'ajouter une pierre à l'édifice de sa jurisprudence sur la mise en œuvre privée du droit de la concurrence de l'Union. Il s'agit de préciser à présent, ce qui n'a jamais été fait dans l'Union européenne, si la responsabilité civile des membres d'une entente s'étend également aux effets dits d'ombrelle sur les prix (en langue anglaise, «umbrella effects» ou «umbrella pricing»).

2. L'on parle d'effets d'ombrelle sur les prix lorsque des entreprises, qui ne sont pas elles-mêmes parties à une entente (les entreprises étrangères à l'entente), fixent, délibérément ou non, dans le sillage des agissements de cette entente, leurs propres prix à un niveau plus élevé que ce que les conditions de concurrence leur auraient permis de faire autrement. Le droit de l'Union commande-t-il de permettre aux clients des entreprises étrangères à une entente d'obtenir des juridictions nationales la condamnation des membres de l'entente à les indemniser des hausses de prix qu'ils ont subies? Ou, au contraire, les règles internes de droit civil peuvent-elles exclure cette indemnisation s'agissant d'un dommage trop éloigné, voire indirect?

3. Ces questions se posent dans le contexte de l'entente des fabricants d'ascenseurs qui a déjà occupé la Cour plusieurs fois à un autre titre². ÖBB-Infrastruktur AG avait acheté des ascenseurs à un fabricant *non* impliqué dans l'entente des fabricants d'ascenseurs, dont les prix avaient été fixés, selon elle, dans le sillage de cette entente, à un niveau plus élevé que celui qu'on aurait attendu dans des conditions de concurrence. ÖBB-Infrastruktur AG agit à présent devant les tribunaux civils autrichiens contre les entreprises parties à l'entente des fabricants d'ascenseurs en réparation du dommage qu'elle a subi de ce fait.

¹ — Langue originale: l'allemand.

² — Voir arrêts du 6 novembre 2012, Otis e.a. (C-199/11); et du 18 juillet 2013, Schindler Holding e.a./Commission (C-501/11 P), ainsi que les conclusions que nous avons présentées dans cette dernière affaire le 18 avril 2013.

4. En droit civil interne autrichien pur, cette action en dommages-intérêts devrait d'emblée être rejetée, selon les indications du juge de renvoi, car l'effet d'ombrelle sur les prix ne s'imputera pas aux parties à l'entente conformément aux principes applicables de droit national. Il appartient à présent à la Cour d'apprécier si le droit de l'Union s'oppose à un rejet aussi catégorique de la responsabilité de parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix. Il ne fait aucun doute que l'arrêt que la Cour est appelée à rendre dans la présente affaire posera un jalon dans l'évolution ultérieure du droit de la concurrence de l'Union et en particulier dans sa mise en œuvre privée.

II – Les faits et le litige au principal

A – *L'entente des fabricants d'ascenseurs*

5. L'entente dite des fabricants d'ascenseurs a sévi il y a un certain nombre d'années dans plusieurs États membres où de gros fabricants d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques européens, à savoir KONE AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH et ThyssenKrupp Aufzüge GmbH (ci-après, les «parties à l'entente»), passaient des accords contraires aux règles de la concurrence. La Commission européenne a découvert cette entente en 2003 et a infligé des amendes en 2007 aux auteurs des agissements sur les marchés belge, allemand, luxembourgeois et néerlandais³.

6. En Autriche, l'autorité fédérale de la concurrence et le tribunal de la concurrence (Kartellgericht) ont porté un coup d'arrêt à l'entente des fabricants d'ascenseurs. Les amendes infligées en 2007 par le Kartellgericht⁴ ont été confirmées en 2008 par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) en sa qualité de juridiction d'appel en matière d'ententes⁵. ThyssenKrupp Aufzüge GmbH a bénéficié de la clémence pour ses dénonciations.

7. D'après les faits établis dans la procédure d'entente autrichienne, les parties à l'entente étaient convenues depuis les années 80 jusqu'au début de l'année 2004 d'un accord régulièrement reconduit de répartition du marché des ascenseurs et des escaliers mécaniques qu'elles ont mis en œuvre à grande échelle même s'il ne l'a pas été systématiquement. L'entente visait à garantir à chaque entreprise favorisée un prix plus élevé que celui qu'elle aurait pu obtenir dans des conditions de concurrence. L'entente a faussé la concurrence et l'évolution des prix attendue de conditions de concurrence.

8. Les parties à l'entente se sont efforcées de coordonner nettement plus de la moitié du volume du marché des installations nouvelles dans toute l'Autriche. Plus de la moitié des projets en cause ont d'ailleurs été attribués d'un commun accord à l'une d'elles. Au moins un tiers du volume du marché a de la sorte fait l'objet de concertations réelles entre les parties à l'entente. Environ deux tiers des projets concertés ont été réalisés conformément aux prévisions. Dans le dernier tiers des cas, le marché a été attribué à des entreprises étrangères à l'entente ou à une entreprise partie à l'entente qui avait enfreint l'accord en remettant une offre plus avantageuse.

9. Du fait du comportement des parties à l'entente, les prix pratiqués sur le marché n'ont guère changé et leurs parts de marché sont restées sensiblement les mêmes.

3 — Voir arrêts précités Otis e.a. (points 18 et suiv.) et Schindler Holding e.a./Commission (points 10 et suiv.).

4 — Ordonnance de l'Oberlandesgericht Wien, siégeant en matière d'ententes, du 14 décembre 2007 (Az. 25 Kt 12/07).

5 — Ordonnance de l'Oberster Gerichtshof, en tant que juridiction d'appel en matière d'ententes, du 8 octobre 2008 (Az. 16 Ok 5/08).

B – L'action en indemnisation d'ÖBB-Infrastruktur AG

10. ÖBB-Infrastruktur AG est une filiale des chemins de fer fédéraux autrichiens chargée de construire et d'entretenir les gares dans toute l'Autriche. ÖBB-Infrastruktur AG est un client important sur le marché des ascenseurs et des escaliers mécaniques autrichien.

11. Devant les tribunaux civils autrichiens, ÖBB-Infrastruktur AG a réclamé plus de 8 millions d'euros de dommages-intérêts aux parties à l'entente. À l'appui de son action, ÖBB-Infrastruktur AG soutient en substance avoir acheté ses ascenseurs et escaliers mécaniques à des prix surévalués en raison des agissements des parties à l'entente. Elle a acheté certains ascenseurs et escaliers mécaniques directement ou indirectement aux parties à l'entente et d'autres à des entreprises étrangères à l'entente.

12. L'objet de la présente demande préjudicielle porte uniquement sur le volet de l'action en indemnisation dans lequel ÖBB-Infrastruktur AG soutient qu'une entreprise étrangère à l'entente lui a facturé, dans le sillage évident des agissements des parties à l'entente, des prix plus élevés qu'elle n'aurait pu le faire dans des conditions normales de concurrence. ÖBB-Infrastruktur AG a chiffré ce dommage à près de 1,8 million d'euros.

13. La décision de première instance, qui a rejeté ce volet de l'action en indemnisation comme non fondé⁶, a été réformée en appel par l'Oberlandesgericht Wien dans ses points décisifs⁷. L'affaire est à présent en révision devant l'Oberster Gerichtshof.

14. L'Oberster Gerichtshof estime que le dommage invoqué par ÖBB-Infrastruktur AG ne saurait être imputé aux parties à l'entente pour différents motifs juridiques. D'une part, la causalité adéquate requise en droit autrichien n'est pas établie, d'autre part, le dommage allégué n'entre pas dans le but protecteur des règles de la concurrence. Compte tenu des controverses qui existent en doctrine sur la juste analyse juridique des effets d'ombrelle sur les prix, l'Oberster Gerichtshof se demande néanmoins si cette conclusion, tirée du seul droit civil interne, est conforme au droit de l'Union et en particulier au principe d'effectivité.

III – La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

15. Par décision du 17 octobre 2012, l'Oberster Gerichtshof⁸ a posé la question préjudicielle suivante à la Cour:

«L'article 101 TFUE [anciennement article 85 du traité CE, devenu article 81 CE] doit-il être interprété en ce sens que toute personne est en droit de demander aux membres d'une entente même la réparation du préjudice dû à une personne étrangère à l'entente qui, profitant de l'accroissement des prix de marché, augmente les prix de ses propres produits plus qu'elle ne l'aurait fait en l'absence d'entente ('umbrella pricing'), de sorte que le principe d'effectivité énoncé par la Cour de justice de l'Union européenne exige l'adoption d'une décision favorable dans le cadre du droit national?»

16. Ont participé à la phase écrite de la procédure préjudicielle, d'une part, ÖBB-Infrastruktur, en tant que demanderesse au principal, et, d'autre part, les parties à l'entente, en tant que défenderesses au principal, mais également le gouvernement italien, le gouvernement autrichien et la Commission. À l'exception des deux gouvernements, ces parties ont également présenté des observations orales lors de l'audience du 12 décembre 2013.

6 — Jugement interlocutoire du Handelsgericht Wien du 19 septembre 2011 (Az. 19 Cg 21/10z-57).

7 — Ordonnance de l'Oberlandesgericht Wien, statuant en degré d'appel, du 21 décembre 2011 (Az. 1 R 272/11 v-65).

8 — Az. 7 Ob 48/12b.

IV – Appréciation

17. La juridiction de renvoi demande surtout d'interpréter l'article 101 TFUE mais paraît n'évoquer qu'en ordre subsidiaire l'article 81 CE et l'article 85 du traité CE. Les agissements des parties à l'entente s'étant déroulés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, c'est-à-dire en partie sous l'empire de l'article 81 CE et en partie même encore sous l'empire de l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 CE, seules ces deux dernières dispositions devront nous guider dans la réponse à la demande de décision préjudicielle. Toutefois, nos indications peuvent être transposées telles quelles à l'article 101 TFUE dont la teneur est en substance identique.

18. Selon une jurisprudence constante de la Cour, toute personne lésée par une entente relevant de l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, devenu lui-même article 81 CE, peut agir en dommages-intérêts contre les entreprises participant à l'entente⁹. La Cour n'a toutefois pas précisé à ce jour si ces droits à réparation incluent aussi les dommages qui s'expliquent par des hausses de prix d'entreprises étrangères à l'entente au-delà du niveau attendu dans des conditions de concurrence, c'est-à-dire aux effets d'ombrelle sur les prix. Cette question est controversée en doctrine¹⁰. Il n'est dès lors pas particulièrement étonnant que les parties au présent litige défendent des positions très différentes d'autant plus que les enjeux financiers sont considérables.

19. Juridiquement, c'est sur le terrain de la causalité qu'on appréciera si les parties à une entente peuvent aussi être actionnées civilement pour répondre d'effets d'ombrelle sur les prix. La question qui se pose est de savoir s'il existe un lien suffisamment étroit entre l'entente et les dommages qui trouvent leur origine dans des effets d'ombrelle sur les prix liés à l'entente ou s'il s'agit de dommages trop éloignés dont la réparation ne peut raisonnablement pas être mise à charge des parties à l'entente.

20. Tout d'abord, nous montrerons dans les présentes conclusions que la responsabilité civile de parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix est une question de droit de l'Union et non pas de droit interne (titre A). Ensuite, nous aborderons les conditions juridiques concrètement requises en droit de l'Union pour pouvoir établir un lien de causalité entre une entente et des effets d'ombrelle éventuels sur les prix (titre B).

A – La responsabilité civile des parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix: une question relevant du droit de l'Union

21. La juridiction de renvoi et bon nombre de parties à la procédure estiment que la responsabilité civile de parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix se résout avant tout en droit interne, étant entendu que, au regard du droit de l'Union, les principes d'équivalence et d'effectivité peuvent tout au plus encadrer le pouvoir d'appréciation des États membres. À ce titre, KONE AG tire aussi argument du principe de subsidiarité.

9 — Voir arrêts du 20 septembre 2001, Courage et Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297, points 25 et 26); du 13 juillet 2006, Manfredi e.a. (C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, points 60 et 61); du 14 juin 2011, Pfeiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161, point 28); Otis e.a. (précité à la note 2, points 41 et 43); ainsi que du 6 juin 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11, point 21).

10 — Sur l'état de la doctrine de part et d'autre de l'Atlantique, voir, entre autres, Blair, R. D., et Maurer, V. G., «Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis», *Utah Law Review*, 1982, p. 763; Lave, J. M., «Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims», *Antitrust Bulletin* 48, 2003, p. 223; Bulst, F. W., *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, Baden-Baden, 2006, p. 255; Bulst, F. W., dans: Möschel, W., et Bien, F. (éditeur), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, 2010, p. 225 (242 et suiv.); Meeßen, G., *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts*, Tübingen, 2011, p. 256 et suiv.; Hartung, I., «'Umbrella claims': Schadensersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?», *Ecolex*, 2012, p. 497; Beth, H., et Pinter, C.-M., «Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren», *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 2013, p. 228; Inderst, R., Maier-Rigaud, F., et Schwalbe, U., «Umbrella Effects», *IESEG Working Paper Series*, 2013, ECO-17.

22. Cette conception semble à première vue pouvoir s'autoriser de l'arrêt *Manfredi e.a.*, précité, dans lequel la Cour a considéré qu'«il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice» du droit à réparation, y compris celles de l'application de la notion de «lien de causalité», et elle a exigé à cet égard de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité¹¹.

23. Une lecture plus attentive de l'arrêt *Manfredi e.a.*, précité, ainsi que d'autres arrêts plus récents de la Cour montre toutefois que ce n'est pas tant l'*existence* de droits à réparation (c'est-à-dire la question de savoir *si* une indemnisation doit être accordée) qui dépend du droit interne dans l'état actuel que les *conditions* d'application et les *modalités* de mise en œuvre concrète de tels droits (c'est-à-dire la question de savoir *comment* une indemnisation doit être accordée), à savoir, plus particulièrement, la compétence, la procédure, les délais et l'administration de la preuve¹².

24. Néanmoins, le principe voulant que chacun puisse exiger réparation du dommage qu'il a subi s'il existe un lien de causalité entre ce dommage et une infraction aux règles de la concurrence découle du droit de l'Union même et, plus précisément, de l'interdiction des ententes figurant à l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, puis article 81 CE, lui-même devenu article 101 TFUE¹³. Cet ancrage direct dans le droit de l'Union est commun à la responsabilité civile des entreprises qui commettent des infractions à l'interdiction des ententes et à la responsabilité des États membres qui perpètrent des manquements au droit de l'Union¹⁴, en dépit de toutes les différences que ces instruments peuvent présenter par ailleurs sur le plan théorique¹⁵.

25. Ainsi que le gouvernement italien l'a souligné à juste titre, la nature juridique et la portée de ladite interdiction des ententes expliquent principalement que l'obligation de réparer incombant aux parties à une entente soit, spécialement, un principe propre au droit de l'Union: cette interdiction des ententes s'applique directement entre les particuliers, fonde, en vertu du droit primaire, des obligations pour toutes les entreprises opérant sur le marché intérieur et peut être invoquée par toute personne¹⁶. La pleine efficacité, c'est-à-dire l'effet utile, de l'interdiction des ententes serait mise en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui auraient causé des infractions à l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, puis article 81 CE, lui-même devenu article 101 TFUE¹⁷.

26. C'est la raison pour laquelle, dans l'arrêt *Manfredi e.a.*, précité, la Cour reconnaît le «droit de toute personne de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence» sans faire dépendre en aucune manière l'existence de ce droit du droit interne des États membres¹⁸.

11 — Points 64 et 92.

12 — Voir arrêts précités *Courage et Crehan* (point 29); *Manfredi e.a.* (points 62, 64 et 77); *Pfleiderer* (point 30); et *Donau Chemie e.a.* (point 25).

13 — Voir, sur ce point, arrêts précités *Courage et Crehan* (points 25 et 26) et *Manfredi e.a.* (points 60 et 61). La Commission le reconnaît elle aussi dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, du 11 juin 2013, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne [COM(2013) 404 final] (ci-après la «proposition de directive») dans laquelle elle parle de «l'acquis de l'Union relatif au droit à réparation du préjudice causé par les infractions au droit de la concurrence de l'Union» (onzième considérant).

14 — Sur la responsabilité des États membres, voir arrêts de principe du 19 novembre 1991, *Francovich e.a.* (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357, points 35 à 37); et du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame* (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 31).

15 — Voir, dans le même sens, points 36 à 45 des conclusions que l'avocat général Van Gerven a présentées le 27 octobre 1993 dans l'affaire *Banks* (arrêt du 13 avril 1994, C-128/92, Rec. p. I-1209).

16 — Voir arrêts précités *Courage et Crehan* (points 19 et 23) et *Manfredi e.a.* (points 39 et 57).

17 — Voir arrêts précités *Courage et Crehan* (point 26) et *Manfredi e.a.* (points 60, 89 et 90).

18 — Arrêt *Manfredi e.a.* (précité à la note 9, point 95).

27. Néanmoins, ce n'est pas tout: l'on peut déduire de l'arrêt *Manfredi e.a.*, précité, que tant la catégorie des personnes pouvant prétendre à une indemnisation de la part des parties à une entente pour violation de ladite interdiction des ententes («toute personne») que les types de dommages que les parties à l'entente sont tenues de réparer, le cas échéant, sont prédéfinis par le droit de l'Union. C'est ainsi que l'on sait déjà que la victime doit pouvoir prétendre à la réparation du dommage patrimonial (*damnum emergens*) y compris du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi qu'aux intérêts¹⁹.

28. Transposé au présent litige, tout cela permet de conclure que la responsabilité civile des parties à une entente pour les effets d'ombrelle sur les prix est une question de droit de l'Union. S'il s'agit en effet d'apprécier si les parties à une entente doivent réparer le dommage né des effets d'ombrelle sur les prix, cela ne concerne pas seulement les modalités de mise en œuvre et de calcul de droits à indemnisation et l'administration de la preuve devant des juridictions nationales (c'est-à-dire le «comment» de l'indemnisation). La question nettement plus fondamentale qui est au centre du débat est plutôt celle de savoir si les parties à l'entente peuvent bel et bien être actionnées en responsabilité civile pour ce type de dommage et si elles peuvent l'être par des personnes qui n'en sont pas les clients directs ou indirects (c'est-à-dire le «si» de l'indemnisation). Cette question ne peut pas être abandonnée aux seuls ordres juridiques des États membres.

29. Si les critères juridiques appliqués par les juridictions nationales pour apprécier la responsabilité civile des parties à une entente visée à l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, lui-même devenu article 81 CE, pour des types précis de dommages et à l'égard de personnes précises différaient fondamentalement d'État membre à État membre, les opérateurs économiques risqueraient de subir une inégalité de traitement. Cela ne heurterait pas seulement l'idée fondamentale du droit de la concurrence de l'Union de créer le contexte le plus uniforme possible pour toutes les entreprises opérant sur le marché intérieur («level playing field»)²⁰, mais inciterait aussi au «forum shopping».

30. L'un dans l'autre, l'objectif d'une mise en œuvre uniforme et efficace des règles de la concurrence du marché intérieur de l'Union appelle donc une réponse uniforme dans l'Union à la question de principe de savoir si des dommages procédant d'effets d'ombrelle sur les prix doivent ou non être réparés par les parties à l'entente.

B – Les conditions requises par le droit de l'Union pour établir le lien de causalité

31. Il reste à savoir quelles sont les conditions qui peuvent être concrètement requises en droit de l'Union pour établir le lien de causalité entre une entente et des effets d'ombrelle éventuels sur les prix.

32. D'une part, ainsi que le montre déjà la Cour en employant l'expression «toute personne», la responsabilité des parties à une entente ne peut pas être interprétée restrictivement. Les ententes sont de nature à causer d'importants dommages économiques non seulement dans l'entourage immédiat des parties à l'entente, mais aussi bien au-delà. Il serait dès lors inadéquat de réduire à ce point la catégorie des personnes recevables à agir en responsabilité que, d'emblée, seuls certains opérateurs du marché pourraient prétendre à une indemnisation, tels les cocontractants des parties à l'entente ou les destinataires directs ou indirects de leurs biens ou services. Sinon, la pleine efficacité de l'interdiction des ententes du droit de l'Union ne serait pas garantie.

19 — *Ibidem* (points 95 et 96).

20 — Sur cette notion, voir, notamment, point 169 des conclusions que nous avons présentées le 29 avril 2010 dans l'affaire *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission* (arrêt du 14 septembre 2010, C-550/07 P, Rec. p. I-8301); point 118 des conclusions que nous avons présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.* (arrêt du 14 février 2012, C-17/10); point 37 des conclusions que nous avons présentées le 6 septembre 2012 dans l'affaire *Expedia* (arrêt du 13 décembre 2012, C-226/11); et point 48 des conclusions que nous avons présentées le 28 février 2013 dans l'affaire *Schenker & Co. e.a.* (arrêt du 18 juin 2013, C-681/11).

33. D'autre part, il est parfaitement légitime d'examiner le lien de causalité en se servant de critères qui garantissent aux parties à une entente de ne pas devoir réparer à l'infini tous les dommages possibles ni les dommages très éloignés qui peuvent avoir été causés par leur comportement contraire aux règles de la concurrence à titre de *conditio sine qua non* (théorie dite de «l'équivalence des conditions» ou de la cause «but-for»).

34. C'est ainsi que, conformément à une jurisprudence constante, la responsabilité non contractuelle des institutions de l'Union ne sera engagée au titre de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE que s'il existe un *lien de causalité suffisamment direct* entre l'acte dommageable et le dommage allégué²¹. Pour des raisons de cohérence, ce critère-là devrait être transposé également à tous les autres cas où des droits à indemnisation sont invoqués pour violation du droit de l'Union, que ce soit par des particuliers envers des États membres²² ou, comme en l'espèce, entre particuliers, pour faire jouer la responsabilité civile de parties à une entente pour les dommages qu'elles ont causés sur le marché²³.

35. Certes, ce critère du lien direct doit-il encore être précisé. Pour déterminer plus avant ce qu'il faut concrètement entendre par «lien de causalité suffisamment direct», il convient de se livrer à une approche normative comme le font les droits civils internes dans leur régime de responsabilité non contractuelle²⁴. Les notions employées à cet égard («legal causation», «causalité adéquate», entre autres) peuvent varier selon l'ordre juridique, mais dans le fond il s'agit en substance des mêmes considérations que celles présidant à la notion de lien de causalité suffisamment direct.

36. Il convient à cet égard de souligner, tout d'abord, que le lien de causalité direct ne peut pas être confondu avec la causalité unique. La circonstance qu'une entreprise étrangère à une entente décide en toute liberté de sa structure de prix ne peut pas commander à elle seule de refuser d'imputer aux parties à l'entente le dommage induit par d'éventuels effets d'ombrelle sur les prix. Si l'entente a contribué à tout le moins aux effets d'ombrelle sur les prix, cela suffit plutôt à admettre un lien de *causalité* direct²⁵.

21 — Voir arrêt fondamental du 4 octobre 1979, Dumortier e.a./Conseil (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 et 45/79, Rec. p. 3091, point 21): «de façon suffisamment directe»; voir, de surcroît, arrêts du 30 avril 2009, CAS Succhi di Frutta/Commission (C-497/06 P, point 67); et du 18 mars 2010, Trubowest Handel et Makarov/Conseil et Commission (C-419/08 P, Rec. p. I-2259, point 53).

22 — Voir arrêts Brasserie du pêcheur et Factortame (précité à la note 14, point 51); et du 14 mars 2013, Leth (C-420/11, point 41).

23 — Après que l'avocat général Van Gerven se fut déjà prononcé en ce sens aux points 49 à 54 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Banks (précitées à la note 15), le critère de la causalité directe a été reçu expressément très récemment, à la faveur de l'arrêt Otis e.a. (précité à la note 2, point 65), dans la jurisprudence sur l'obligation de réparer des parties à une entente.

24 — Les réflexions du groupe d'études pour un code civil européen vont dans le même sens en indiquant que le dommage réparable au titre de la responsabilité non contractuelle doit être un «dommage juridiquement pertinent»: «loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention» (un préjudice ne constituera un dommage juridiquement pertinent que quand il est susceptible de donner lieu à réparation ou à prévention équitablement et raisonnablement); voir von Bar, C., et Clive, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009, vol. 4, livre VI, chapitre 2, VI-2:101.

25 — L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer est d'un autre avis lorsqu'il exige au point 140 des conclusions qu'il a présentées le 3 février 2009 dans l'affaire Commission/Schneider Electric (arrêt du 16 juillet 2009, C-440/07 P, Rec. p. I-6413) que le dommage à réparer découle «de l'acte illégal de manière directe, immédiate et *exclusive*» (mis en italique par nous). À notre connaissance, cette formule particulièrement stricte n'a toutefois jamais été reçue dans la jurisprudence des juridictions de l'Union.

37. La jurisprudence des juridictions de l'Union n'admet pas de manière systématique et absolue la rupture du lien de causalité lorsqu'un tiers a contribué à la survenance du dommage. Cela dépend toujours des circonstances concrètes de l'espèce²⁶. Dans des cas comme celui qui se présente en l'espèce, il nous semble que la chaîne de causalité remontant à l'entente n'est pas rompue par l'intervention de l'entreprise étrangère à l'entente mais précisément poursuivie si cette dernière établit ses prix par référence aux données du marché (notamment) en les greffant, de manière parfaitement prévisible²⁷, sur l'évolution des prix imprimée par l'entente.

38. En considérant brièvement le problème apparenté de la responsabilité civile de parties à une entente pour le dommage causé à leurs clients indirects (étant les clients de leurs clients), l'on voit au reste que la liberté dont jouit l'entreprise étrangère à l'entente dans ses décisions importe peu à cet égard. Dans ce contexte-là aussi, la survenance d'un dommage chez des clients indirects dépend en fin de compte de la liberté dont jouit une entreprise tierce (l'intermédiaire) dans ses décisions, car ce n'est que si celle-ci répercute sur ses propres clients les prix qui ont été surévalués par les parties à l'entente au mépris des règles de la concurrence que ceux-ci seront lésés. Les agissements des parties à l'entente ne sont donc pas les seuls à causer le dommage subi par leurs clients indirects. L'on commence néanmoins à considérer ces derniers temps que ces types de dommages subis par des clients indirects peuvent donner lieu à réparation²⁸.

39. À l'endroit des dommages en question en l'espèce, induits par des effets d'ombrelle sur les prix, il serait également inadéquat d'exiger une cause unique pour engager la responsabilité civile des parties à l'entente. Les prix s'expliquent rarement par un seul facteur. Cela n'exclut toutefois pas que les parties à l'entente, qui, comme en l'espèce, ont contribué à fausser les mécanismes normaux de formation des prix sur le marché, par leurs agissements contraires aux règles de la concurrence, voient leur responsabilité engagée pour les dommages qui en résultent.

40. Cela étant, dans le fond, le critère du lien de causalité suffisamment direct doit garantir qu'une personne ne doive répondre de son acte illicite, d'une part, pour les dommages qu'elle pouvait raisonnablement prévoir (point 1) et, d'autre part, pour les dommages dont la réparation est conforme au but de la norme qu'elle a transgressée (point 2).

1. Prévisibilité du dommage induit par des effets d'ombrelle sur les prix

41. Tout d'abord, il convient de préciser dans quelles circonstances les dommages procédant d'effets d'ombrelle sur les prix sont prévisibles pour les parties à une entente. Il s'agit de savoir, en d'autres mots, si un lien de *causalité adéquat* peut exister entre ce dommage et les agissements illicites de l'entente.

42. Sont prévisibles (ou résultent d'une cause adéquate) tous les dommages dont les parties à l'entente doivent raisonnablement savoir, dans les limites des choses généralement connues, qu'ils surviendront, par opposition aux dommages qui procèdent d'un déroulement parfaitement inhabituel de circonstances et, de ce fait, d'un enchaînement atypique de causes.

26 — Voir, d'une part, arrêts Commission/Schneider Electric (précité à la note 25, point 222); CAS Succhi di Frutta/Commission (précité à la note 21, points 61 et 62); du 28 février 2013, Inalca et Cremonini/Commission (C-460/09 P, point 120); et arrêt du Tribunal du 10 juillet 2012, Interspeed/Commission (T-587/10, point 40), qui ont retenu à chaque fois une rupture du lien de causalité, et, d'autre part, arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, CD Cartondruck/Conseil et Commission (T-320/00, point 177 en particulier) récusant une rupture du lien de causalité.

27 — Sur le caractère prévisible du comportement de l'entreprise étrangère à l'entente, voir les développements que nous y consacrons aux points 41 à 52 des présentes conclusions.

28 — Voir, sur ce point, au niveau national, en particulier, arrêt du Bundesgerichtshof (Allemagne) du 28 juin 2011, «ORWI» (KZR 75/10, BGHZ 190, p. 145). Dans la présente affaire, l'Oberster Gerichtshof s'est lui aussi prononcé dans le même sens (ordonnance du 17 octobre 2012, Az. 7 Ob 48/12b). Il en va de même de la proposition de directive (voir, en particulier, onzième et trente-troisième considérants ainsi qu'articles 12 et 13).

43. La juridiction de renvoi soutient, à l'instar des parties à l'entente et du gouvernement autrichien, que les dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix ne sont pas suffisamment prévisibles pour les parties à l'entente et ne pourraient dès lors pas avoir été provoqués par une cause adéquate de leur fait. Les effets d'ombrelle sur les prix ne sont, dans cette lecture, qu'un simple «effet collatéral» de l'entente.

44. Cette idée doit être rejetée.

45. Il est certes exact que de nombreux facteurs peuvent déterminer la formation des prix que les entreprises étrangères à l'entente sont libres de fixer²⁹. Cette circonstance n'exclut toutefois pas, à elle seule, la prévisibilité pour les parties à l'entente des dommages procédant d'effets d'ombrelle sur les prix.

46. Dans une économie de marché, il est en effet tout à fait normal que les entreprises observent avec attention les évolutions du marché et ne les négligent pas dans leurs propres décisions commerciales. Dans ce contexte, il est tout sauf imprévisible et surprenant que des entreprises étrangères à une entente fixent chacune leurs prix au regard du comportement adopté par les parties à l'entente, qu'elles connaissent ou non leurs agissements contraires aux règles de la concurrence. C'est là plutôt le cours normal des choses, précisément.

47. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, les parties à l'entente couvrent une partie significative du marché pertinent³⁰, ainsi qu'en atteste la part importante de marché qu'elles occupent ensemble, et que leurs agissements contraires aux règles de la concurrence concernent une part significative de ce marché³¹, sans devoir nullement aller jusqu'à truquer la part du lion dans le marché. Plus la position de l'entente est significative sur le marché concerné, plus il se pourra que l'entente déteigne fortement sur le niveau de prix de ce marché dans son ensemble et moins une entreprise étrangère à l'entente aura un intérêt propre à influencer notablement sur le prix du marché par des initiatives propres.

48. Plus le marché objectivement pertinent sera homogène et transparent, plus il sera facile à l'entreprise étrangère à l'entente de suivre, dans le calcul de ses prix, les signaux envoyés par les parties à l'entente. Mais cela ne permet en rien de conclure à l'inverse que, sur des marchés peu transparents et peu homogènes de produits taillés sur mesure, comme le sont un certain nombre d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques, l'on ne puisse jamais s'attendre à aucune sorte d'effets d'ombrelle sur les prix émanant d'une entente³². Car, sur ces types de marchés aussi, les entreprises attentives sentent bien quel est le niveau de prix prédominant et quel est le comportement qui se dessine chez chacun des opérateurs qui offrent les produits sur le marché.

29 — L'on peut songer, par exemple, à la stratégie d'entreprise (renforcement d'une image de marque, politique de prix premium, etc.) et à la personnalité de l'entrepreneur, mais aussi à la puissance d'achat des clients.

30 — ÖBB-Infrastruktur AG a indiqué sans être contredite sur ce point que, en Autriche, l'entente des fabricants d'ascenseurs regroupait les plus gros fabricants du secteur qui occupaient ensemble près de 80 % du marché.

31 — D'après les constats faits dans le litige au principal, un tiers au moins du volume du marché faisait l'objet d'accords concrets entre les parties à l'entente qui se sont même efforcées de coordonner nettement plus de la moitié du volume du marché des installations nouvelles dans toute l'Autriche (voir point 8 des présentes conclusions).

32 — Voir, dans le même sens, Beth, H., et Pinter, C.-M., *WuW*, 2013, p. 228 (232): «Il n'est pas invraisemblable de voir des effets d'ombrelle sur les prix même quand les produits sont à ce point différents, mais ils seront toutefois plus réduits que quand les produits présentent un haut degré d'homogénéité.»

49. Même le fait que les ascenseurs et les escaliers mécaniques s'acquièrent souvent dans des procédures d'offres publiques, surtout dans les grosses commandes des pouvoirs publics, ne change pas grand-chose à ce constat. Les résultats de ces procédures de passation ne sont pas du tout un secret pour les autres opérateurs du marché³³, ainsi qu'ÖBB-Infrastruktur AG l'a exposé sans être contredite, en sorte qu'ils peuvent servir de référence dans des marchés ultérieurs pour déterminer le niveau de prix prédominant.

50. Il se peut qu'une entreprise étrangère à une entente, quand elle se trouve en surcapacité, s'efforce de fixer ses propres prix au-dessous des prix de l'entente afin d'accaparer ainsi des parts de marché aux dépens des parties à l'entente. Néanmoins, même dans ce cas, l'entreprise étrangère à l'entente sera nettement encline à exiger de ses clients un prix plus élevé que celui qu'elle aurait pu obtenir dans des conditions de concurrence. À supposer que le prix pratiqué par une entente soit de 120 et que le prix que l'on peut obtenir dans des conditions de concurrence s'élève à 100, l'entreprise étrangère à l'entente pourrait, par exemple, fixer son prix à 110. Un tel comportement ne serait en rien inhabituel, mais, au contraire, économiquement rationnel et tout sauf imprévisible pour les parties à l'entente.

51. À l'inverse, les parties à l'entente ont tout intérêt, pour assurer le succès de leurs accords contraires aux règles de la concurrence, à ce que les prix des entreprises étrangères à l'entente montent eux aussi et se rapprochent de ceux des parties à l'entente. En effet, plus le niveau de prix augmente globalement, plus les prix pratiqués par les parties à l'entente elles-mêmes seront praticables à terme sur le marché. C'est la raison pour laquelle l'on n'est pas loin de penser que, en toute rationalité, les parties à une entente, qui poussent jusqu'au bout la logique de leurs agissements contraires aux règles de la concurrence, ne sont pas surprises par les effets d'ombrelle sur les prix, mais, au contraire, doivent précisément les escompter. ÖBB-Infrastruktur AG l'a relevé à juste titre.

52. Dans ces conditions, l'on doit considérer au total que les dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix ne sont pas des dommages dont la survenance est toujours atypique ou imprévisible pour les parties à une entente. Il serait incompatible avec l'effet utile de l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, puis article 81 CE, lui-même devenu article 101 TFUE, d'exclure d'emblée la réparation de ce type de dommage sur la base d'une lecture relativement stricte du critère de la causalité adéquate.

2. Compatibilité de la réparation de dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix avec le but des règles de la concurrence méconnues

53. Ensuite, il faut encore examiner si la réparation des dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix répond au but de l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, puis article 81 CE, lui-même devenu article 101 TFUE.

54. La juridiction de renvoi, tout comme les parties à l'entente et le gouvernement autrichien, émet l'idée que les dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix débordent du but protecteur des règles de la concurrence du droit de l'Union. Les parties à une entente ne pourraient pas voir leur responsabilité civile engagée faute de «relation d'illicéité».

55. Cet argument n'est pas plus convaincant.

33 — ÖBB-Infrastruktur AG a visé à cet égard les règles applicables en Autriche régissant l'ouverture des offres dans les procédures d'offres publiques.

56. Le but des règles de la concurrence figurant aux articles 85 et 86 du traité CEE, devenus articles 85 et 86 du traité CE, puis articles 81 CE et 82 CE, eux-mêmes devenus articles 101 et 102 TFUE, est d'établir et de maintenir un régime de concurrence non faussée dans le marché intérieur de l'Union. Ce sont des mécanismes tant privés que publics de mise en œuvre du droit de la concurrence qui contribuent à cet objectif fondamental pour l'unité de l'Union³⁴.

57. L'on peut difficilement soutenir qu'il ne soit pas conforme à l'objectif susmentionné de reconnaître précisément une responsabilité civile des parties à une entente pour les dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix. Ainsi que nous le montrons dans les présentes conclusions, une telle obligation de réparer s'insère sans problème dans le mécanisme de mise en œuvre des règles de la concurrence de l'Union [point a)] et est en plus de nature à redresser les conséquences néfastes que les atteintes à la concurrence commises par les parties à une entente ont pour les autres acteurs du marché, en particulier pour les consommateurs [point b)].

a) Insertion dans le mécanisme de mise en œuvre des règles de la concurrence

58. Il convient d'examiner tout d'abord si une obligation civile des parties à une entente de réparer des dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix s'accorde de manière tout à fait générale avec le système dans lequel les règles de la concurrence des traités sont mises en œuvre dans l'Union.

59. Il est constant que la mise en œuvre des règles de la concurrence de l'Union repose sur deux piliers, d'une part, la mise en œuvre publique, par des voies répressives, incombant aux autorités de la concurrence (appelée aussi «public enforcement»), et, d'autre part, la mise en œuvre privée, par la voie du droit civil, à l'initiative des particuliers (appelée aussi «private enforcement»)³⁵.

60. Pour garantir l'efficacité des règles de la concurrence, il est indispensable que le mécanisme des mises en œuvre tant publiques que privées se déploie le mieux possible³⁶. L'efficacité des règles de la concurrence serait fortement affaiblie si l'on voulait renoncer d'emblée à la voie de la mise en œuvre privée pour certains phénomènes comme les effets d'ombrelle sur les prix et compter à cet égard uniquement sur la mise en œuvre publique comme semblent le penser certaines parties à l'entente.

61. Il va de soi que l'instrument de la mise en œuvre privée, tout comme celui de la mise en œuvre publique, doit être conçu et appliqué de manière à ce que, au regard de l'efficacité des règles de la concurrence, son intervention n'ait pas d'effet contre-productif. Contrairement à ThyssenKrupp Aufzüge GmbH, nous n'avons toutefois pas l'impression que l'extension de la responsabilité civile des parties à une entente aux effets d'ombrelle sur les prix puisse être la source d'incitations fondamentalement erronées qui, en définitive, nuiraient à la mise en œuvre des règles de la concurrence plus qu'ils ne leur bénéficieraient.

34 — Voir arrêt *Courage et Crehan* (précité à la note 9, points 20 et 21). Sur l'importance des règles de la concurrence pour le fonctionnement du marché intérieur, voir également arrêt du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Rec. p. I-3055, point 36); et, dans le paysage juridique qui se présentait après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, arrêts du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, Rec. p. I-527, point 20); et du 17 novembre 2011, *Commission/Italie* (C-496/09, Rec. p. I-11483, point 60).

35 — Voir arrêts précités *Courage et Crehan* (point 27); *Pfleiderer* (point 29); *Otis e.a.* (point 42); et *Donau Chemie e.a.* (point 23).

36 — Voir, en ce sens, arrêts précités *Courage et Crehan* (point 26); *Manfredi e.a.* (points 60, 89 et 90); et *Otis e.a.* (point 41). Sur l'importance de la mise en œuvre privée, voir également le livre blanc de la Commission du 2 avril 2008 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]. Dans ce livre blanc, la Commission propose des mesures visant «à mettre en place un système efficace de mise en œuvre des règles [de la concurrence] par la sphère privée s'appuyant sur les actions en dommages et intérêts qui complète, sans la remplacer ni la compromettre, l'action des pouvoirs publics dans ce domaine» (p. 4, section 1.2). La Cour de l'Association européenne de libre-échange (AELE) a, elle aussi, eu récemment l'occasion de mentionner l'importance de la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée, soulignant qu'une telle mise en œuvre relève de l'intérêt public (arrêt de la Cour AELE du 21 décembre 2012, *DB Schenker/Autorité de surveillance AELE*, E-14/11, point 132).

62. Les observations écrites et orales présentées dans la procédure devant la Cour ont porté en particulier sur les incidences réciproques éventuelles entre la responsabilité civile, d'une part, et les programmes de clémence de la Commission ainsi que des autorités nationales de la concurrence, d'autre part.

63. Il se peut, certes, que la perspective d'une action civile d'acteurs du marché lésés retienne éventuellement quelques parties à une entente d'abattre les cartes et de coopérer avec les autorités de la concurrence. Néanmoins, cela peut-il être une raison de méconnaître finalement l'intérêt légitime des victimes à une compensation financière? Il est certainement judicieux de remettre les parties à une entente, par des programmes de clémence, sur la voie de la légalité et de la coopération à la découverte d'infractions, toutefois, cela ne peut pas se faire aux dépens des intérêts légitimes d'autres acteurs du marché.

64. Il peut être justifié de prendre adéquatement en compte dans une éventuelle action en dommages-intérêts qu'une entreprise a été admise au bénéfice des règles sur la clémence, quitte à mettre principalement à charge d'autres parties à l'entente la satisfaction des demandes d'indemnisation, ainsi que la Commission le propose³⁷. Il serait néanmoins erroné, selon nous, de se fonder sur un prétendu effet dissuasif exercé par l'indemnisation à l'égard des programmes de clémence, à supposer qu'il soit même mesurable, pour exclure catégoriquement toute responsabilité civile des parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix.

65. Cela est d'autant plus vrai qu'une application restrictive du régime de responsabilité favoriserait très nettement ceux qui participent à des pratiques contraires aux règles de la concurrence ou envisagent de le faire. Il leur serait, en effet, d'autant plus facile de calculer les risques financiers liés à la participation à une entente qu'ils seraient moins exposés à des demandes d'indemnisation s'ils venaient à être découverts. Si l'on donnait aux parties à une entente la certitude de ne jamais devoir répondre des effets d'ombrelle sur les prix, cela les inciterait un peu plus à persister dans leurs agissements contraires aux règles de la concurrence. L'on renverserait alors l'effet dissuasif³⁸ absolument souhaitable qu'exercent les mécanismes de mise en œuvre privée sur les entreprises envisageant d'enfreindre les règles du jeu sur le marché intérieur de l'Union.

66. Contrairement à ce KONE AG semble penser, l'objectif des règles de la concurrence de l'Union ne peut pas se réduire à permettre aux entreprises ayant des activités dans le marché intérieur de travailler à bas coûts. Dans une Union de droit, qui s'est donné pour but de réaliser une économie sociale de marché hautement compétitive (article 3, paragraphe 3, TUE), le fonctionnement des marchés dans une concurrence non faussée est une valeur en soi au-delà de toutes considérations de coût-bénéfice.

67. Il n'est au reste pas particulièrement crédible que des entreprises, qui ont truqué précisément le marché et ont maintenu des prix artificiellement élevés, se soucient de surcoûts pour les opérateurs économiques et évoquent un danger qui frapperait l'efficacité des marchés si l'on ne devait pas exonérer les parties à une entente de certaines indemnisations. Les parties à une entente peuvent se prémunir elles-mêmes le plus efficacement des coûts liés à d'éventuelles indemnisations en renonçant notamment d'emblée à commettre des infractions aux règles de la concurrence. Ménager les parties à une entente dans les indemnisations conduirait en revanche à faire supporter les charges financières des agissements de l'entente par d'autres opérateurs économiques et en particulier par les clients lésés.

37 — À l'article 11 et au vingt-huitième considérant de la proposition de directive, la Commission propose qu'une entreprise qui a obtenu l'immunité d'amendes d'une autorité de concurrence au titre d'un programme de clémence bénéficie aussi dans une certaine mesure d'un traitement privilégié sur le plan de la responsabilité civile.

38 — Même si la Commission a tenté dans la procédure orale de minimiser la pertinence de cet effet dissuasif, il n'en reste pas moins que la Cour lui accorde une grande importance dans une jurisprudence constante; voir arrêts précités *Courage et Crehan* (point 27); *Manfredi e.a.* (point 91); *Pfleiderer* (point 28); et *Donau Chemie e.a.* (point 23).

68. L'argument de ThyssenKrupp Aufzüge GmbH semble fort curieux à cet égard quand elle soutient que la responsabilité civile des parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix pourrait «réduire la concurrence sur le marché» dès lors que des entreprises pourraient s'effrayer des risques qu'elles encourent de voir leur responsabilité engagée sur le marché considéré³⁹. L'on se contentera d'indiquer à cet égard que le modèle à suivre dans une activité sur le marché intérieur doit être celui des entreprises qui respectent les règles de la concurrence et non pas celui de celles qui veulent s'y livrer à des pratiques illégales aux dépens des autres. Si la consécration d'une responsabilité civile des parties à une entente pour les effets d'ombrelle sur les prix devait conduire à éloigner des moutons noirs du marché, cela ne nuirait guère à la concurrence.

69. Enfin, c'est de manière peu convaincante que d'aucuns mettent en garde contre une surcharge des juridictions civiles des États membres si la Cour devait admettre que les parties à une entente sont tenues de réparer des dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix. Compte tenu en effet des obstacles relativement ardues qui l'attendent dans l'administration de la preuve devant les juridictions civiles⁴⁰, tout demandeur agissant éventuellement au titre d'effets d'ombrelle sur les prix sera bien inspiré d'examiner soigneusement les chances et les risques d'une action civile contre les parties à une entente.

70. Néanmoins, si le client d'une entreprise étrangère à une entente se décide à saisir les tribunaux pour réclamer des parties à l'entente la réparation du dommage induit par des effets d'ombrelle sur les prix qu'il a subi, l'on ne saurait lui refuser d'engager une procédure judiciaire au motif que les frais en seraient prétendument trop élevés. Au contraire, les États membres sont tenus de mettre en place, au titre de l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE et de l'article 47, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les voies de droit nécessaires à la garantie d'une protection juridictionnelle effective dans le champ d'application du droit de la concurrence de l'Union⁴¹.

b) Aptitude à redresser des effets négatifs d'atteintes portées à la concurrence

71. Il reste finalement à examiner si l'extension aux effets d'ombrelle sur les prix de la responsabilité civile de parties à une entente répond à la fonction du régime des réparations. De manière tout à fait générale, cette fonction consiste à redresser les effets négatifs d'entorses faites aux règles de la concurrence. C'est précisément cette finalité qui sous-tend l'obligation des parties à une entente de réparer les dommages que leurs agissements contraires aux règles de la concurrence ont causés aux tiers⁴². La faculté de réclamer une indemnisation renforce également la confiance dans les règles de la concurrence de l'Union et contribue fortement à leur mise en œuvre effective⁴³.

39 — Interrogé sur ce point par nous, l'avocat de ThyssenKrupp Aufzüge GmbH a relativisé cette assertion lors de l'audience en n'y voyant plus qu'une «exagération rhétorique».

40 — Dans la proposition de directive, la Commission prévoit toutefois certains allègements de la charge de la preuve.

41 — Voir, dans le même sens, arrêts précités *Courage et Crehan* (point 25); *Manfredi e.a.* (point 89); et *Donau Chemie e.a.* (point 22). Voir, en outre, tout spécialement pour la pertinence de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux dans un litige civil entre particuliers, arrêt du 18 mars 2010, *Alassini e.a.* (C-317/08 à C-320/08, Rec. p. I-2213, point 61).

42 — Arrêt *Donau Chemie e.a.* (précité à la note 9, point 24).

43 — *Ibidem* (point 23); voir, dans le même sens, arrêts précités *Courage et Crehan* (points 26 et 27); *Manfredi e.a.* (points 91); et *Pfleiderer* (point 28).

i) Sur le grief tiré du caractère prétendument involontaire des dommages nés des effets d'ombrelle sur les prix

72. Certaines parties au litige soutiennent que les entreprises qui ont participé à l'entente des fabricants d'ascenseurs auraient certes eu la volonté d'augmenter leurs propres prix envers leurs propres clients, mais pas celle de voir des entreprises étrangères à l'entente augmenter les prix facturés à leurs clients à la faveur d'effets d'ombrelle sur les prix. Il est inéquitable, selon elles, d'étendre à ces types d'effets la responsabilité des parties à l'entente.

73. Ce grief est vain.

74. Le lien de causalité entre une entente et certains types de dommages que des acteurs du marché ont pu subir doit être établi sur des critères purement objectifs. Sur le plan subjectif, la responsabilité civile des parties à une entente peut certes être modulée selon que les infractions aux règles de la concurrence des traités ont été commises délibérément ou par négligence. Néanmoins, il ne s'agit pas de savoir en plus si les parties à l'entente ont causé le dommage concrètement survenu délibérément ou par négligence. Il ne serait pas conforme aux principes généraux du droit civil de requérir une faute de cette nature, et cela compliquerait à l'excès la mise en œuvre effective des règles de la concurrence.

75. Indépendamment de cela, dans un cas comme celui-ci, la survenance d'effets d'ombrelle sur les prix n'est pas absolument imprévisible pour les parties à l'entente, nous l'avons dit⁴⁴. Il est dès lors évident que les membres d'une entente sont conscients des effets d'ombrelle éventuels que leurs agissements contraires aux règles de la concurrence ont sur les prix et s'en accommodent, de sorte qu'on pourrait les accuser de négligence à tout le moins dans la survenance des dommages, voire même de dol éventuel (*dolus eventualis*).

ii) Sur le grief voulant que l'indemnisation liée à des effets d'ombrelle sur les prix ne permette pas de prélever les bénéfices illégitimes

76. Contrairement à ce que soutiennent certaines parties, il n'est de surcroît pas indispensable que la réparation de dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix permette de prélever les bénéfices illégitimes des parties à une entente.

77. Dans de nombreux cas, l'indemnisation liée à l'infraction à la réglementation des ententes peut avoir pour bienfait secondaire de prélever ce bénéfice. Néanmoins, ce prélèvement n'est toutefois pas une condition impérative des actions en indemnisation contre les parties à une entente.

78. C'est en cela que le droit à indemnisation diffère fondamentalement du droit à restitution pour enrichissement sans cause. L'indemnisation vise non pas à enlever à l'auteur du dommage un surplus, mais à indemniser la victime de ce qu'elle a souffert à la suite de l'acte illicite de l'auteur du dommage⁴⁵. L'extension de la responsabilité civile des parties à une entente aux dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix répond pleinement et totalement à cette fonction.

iii) Sur le grief visant une prétendue indemnisation à caractère pénal

79. Plusieurs parties émettent un grief peu convaincant en soutenant que l'indemnisation mise à charge des parties à une entente au titre de la responsabilité civile admise pour des effets d'ombrelle sur les prix dénature l'indemnité en lui conférant un caractère pénal.

44 — Voir points 41 à 52 des présentes conclusions.

45 — L'avocat d'Otis GmbH a aussi admis cette distinction lors de l'audience devant la Cour quand nous l'avons interrogé sur ce point.

80. Indépendamment du fait que le droit de l'Union n'interdit pas en principe d'allouer des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs⁴⁶, il n'y a aucune raison de supposer que la responsabilité civile des parties à une entente pour des effets d'ombrelle sur les prix soit susceptible d'avoir un tel effet.

81. Contrairement aux indemnités à caractère pénal en général, l'extension en question en l'espèce de la responsabilité des parties à une entente aux effets d'ombrelle sur les prix leur imposera simplement de réparer le dommage qu'elles ont causé (contribué à causer) sur chacun des marchés par leurs agissements contraires aux règles de la concurrence. Ce dommage n'est donc pas surcompensé.

82. L'on doit dès lors considérer globalement que la réparation des dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix est conforme au but de l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, puis article 81 CE, lui-même devenu article 101 TFUE.

3. Synthèse

83. Tout bien considéré, les dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix ne doivent généralement pas être qualifiés d'imprévisibles pour les parties à une entente, et leur réparation répond au but de l'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, puis article 81 CE, lui-même devenu article 101 TFUE. Il serait contraire à l'effet utile de ces règles de la concurrence d'exclure d'emblée catégoriquement la réparation de ces dommages au titre des règles de droit civil nationales.

C – Conclusion

84. La solution que nous proposons ne conduit pas automatiquement et toujours à engager la responsabilité des parties à une entente à l'égard des clients d'entreprises étrangères à l'entente, mais elle ne l'exclut pas non plus d'emblée. Il faut plutôt examiner chaque fois dans une appréciation exhaustive de toutes les circonstances de fait si des effets d'ombrelle sur les prix liés à une entente se sont produits dans une espèce donnée.

85. Il nous semble qu'en sortant la question des effets d'ombrelle sur les prix du plan purement théorique pour la poser sur le plan de l'administration de la preuve, l'on contribue de la meilleure façon possible à la mise en œuvre effective des règles de concurrence de l'Union en prenant dûment en compte les intérêts de tous les acteurs du marché.

86. L'on ne trouvera certainement pas toujours d'études faisant autorité ou d'autres preuves permettant raisonnablement de conclure à l'existence sur le marché considéré d'un effet d'ombrelle sur les prix lié à une entente. De plus, un tel effet n'est pas du tout exclu et les dommages qui y sont liés ne sont pas du tout aussi «imaginaires» et «hypothétiques»⁴⁷ qu'on le dit parfois. En l'espèce, l'Oberster Gerichtshof a, par exemple, exposé dans sa décision de renvoi que l'entente des fabricants d'ascenseurs a abouti à fausser l'évolution attendue des prix⁴⁸ et ÖBB-Infrastruktur AG se réfère à une étude censée corroborer l'existence d'effets d'ombrelle sur les prix⁴⁹.

46 — Arrêt Manfredi e.a. (précité à la note 9, points 92 et 93).

47 — Voir, en ce sens, en particulier, dans la jurisprudence des États-Unis d'Amérique, les décisions de la United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.* (596 F.2d 573, 597, 1979); et de la United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories* (62 F.Supp. 2d 25, 39, 1999).

48 — Voir, à cet égard, point 7 des présentes conclusions.

49 — Il appartient aux juridictions nationales d'examiner cette allégation et d'apprécier la valeur probante de cette étude.

87. L'on relèvera simplement au passage que, en dépit d'un certain nombre de critiques, il n'est pas plus ni moins «bénéfique à l'économie» de reconnaître une responsabilité civile des parties à une entente pour les effets d'ombrelle sur les prix que d'exclure catégoriquement toute responsabilité, comme semble le penser la juridiction de renvoi. Les acteurs économiques ne comprennent pas seulement les parties à une entente, mais également les clients auxquels des prix surévalués ont été facturés, peu importe qu'ils fussent en relations contractuelles avec les parties à une entente elles-mêmes ou avec des entreprises étrangères à celle-ci. Il serait précisément inéquitable de favoriser unilatéralement les parties à une entente, qui se sont rendues coupables d'une infraction grave aux règles de concurrence, en excluant catégoriquement les effets d'ombrelle sur les prix de leur responsabilité civile, d'autant plus que cela créerait des incitations erronées dans la mise en œuvre effective des règles de concurrence, nous l'avons dit⁵⁰.

88. La solution que nous proposons n'est pas non plus incompatible avec les textes législatifs d'harmonisation partielle des actions en dommages et intérêts en droit interne que la Commission a récemment mis en chantier. Ainsi que nous l'avons évoqué lors de l'audience avec les parties à la procédure, la proposition de directive ne s'oppose pas à l'octroi d'indemnisations pour des dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix⁵¹.

89. La circonstance que la jurisprudence sur les actions fondées sur des effets d'ombrelle sur les prix («umbrella claims») soit divisée aux États-Unis d'Amérique⁵² et que la Cour suprême des États-Unis n'ait pas encore précisé les choses au plus haut niveau ne devrait pas empêcher notre Cour d'affronter le problème des effets d'ombrelle sur les prix.

V – Conclusion

90. Par les motifs exposés précédemment, nous proposons à la Cour de répondre comme suit à la demande de décision préjudicielle de l'Oberster Gerichtshof:

L'article 85 du traité CEE, devenu article 85 du traité CE, lui-même devenu article 81 CE, s'oppose à une interprétation et à une application du droit interne d'un État membre consistant à exclure catégoriquement, pour des motifs juridiques, que les entreprises participant à une entente répondent sur le plan civil de dommages résultant de prix qu'une entreprise ne participant pas à cette entente a fixés dans le sillage des agissements de l'entente à un niveau plus élevé que celui qui aurait été attendu dans des conditions de concurrence.

50 — Voir points 65 et 68 des présentes conclusions.

51 — La proposition de directive ne vise pas à harmoniser exhaustivement la matière, mais a pour objet, comme le montre déjà son seul titre, d'adopter «certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts» et admet expressément qu'il y a «des aspects non traités dans la présente directive» (dixième considérant). De surcroît, les dispositions contenues dans la proposition de directive sont énoncées en termes suffisamment larges pour couvrir aussi la réparation de dommages induits par des effets d'ombrelle sur les prix et, en tout cas, pour ne pas les exclure (voir, notamment, article 11, paragraphes 2 et 4, parlant «des parties lésées autres que les acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects des entreprises contrevenantes»).

52 — En faveur d'une responsabilité, voir: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co.* (350 F.3d 623, 627, 2003); United States Court of Appeals (Fifth Circuit), *In re Beef Industry Antitrust Litigation* (600 F.2d 1148, 1166, 1979). Contre une telle responsabilité, voir, notamment: United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.* (596 F.2d 573, 597, 1979); United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories* (62 F.Supp.2d 25, 39, 1999).