



N° 5

**LA RÉPARATION DU DOMMAGE CONCURRENTIEL
SAISIE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.
APPROCHE COMPARATIVE**

Julie Grangeon

Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires

*Sous la direction de Éric Carpano
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 5

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2014

Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.

Il doit être cité comme suit :

Grangeon (Julie). – *La réparation du dommage concurrentiel saisie par le droit de l'Union européenne. Approche comparative.* – Mémoire de master 2 recherche Droit européen des affaires / sous la direction du Professeur Éric Carpano. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2014. – 80 p. – (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n° 5). – Document disponible sur le site web de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé, à l'adresse :

<http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>.

ISSN : 2778-2441

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeure des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251 – **Fax** : ++ 00 / 33 478 787 466

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>



**LA RÉPARATION DU DOMMAGE CONCURRENTIEL SAISIE PAR
LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.
APPROCHE COMPARATIVE**

Julie Grangeon

Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires

*Sous la direction de Éric Carpano
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 5

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2014**

REMERCIEMENTS

À Monsieur le Professeur Éric Carpano, pour son soutien chaleureux et ses conseils qui furent d'une grande importance dans la réalisation de ce mémoire.

À Pauline, Thomas et mes parents pour la relecture.

À Étienne et Amélie, dont les observations m'ont permis de faire évoluer ma réflexion.

Et à toutes les personnes qui m'ont, directement ou indirectement, aidée dans la réalisation de ce mémoire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE – LA CONSOLIDATION EUROPÉENNE DU DROIT À RÉPARATION

CHAPITRE 1 – UN DROIT À RÉPARATION CONSACRÉ PAR LE DROIT DE L'UNION

CHAPITRE 2 – UN DROIT À RÉPARATION RETENU PAR LES DROITS NATIONAUX

DEUXIÈME PARTIE - LA MUTATION EUROPÉENNE DES ACTIONS EN RÉPARATION

CHAPITRE 1 – L'ADAPTATION DES RECOURS INDIVIDUELS INITIÉE PAR L'UNION

CHAPITRE 2 – LA CRÉATION DES RECOURS COLLECTIFS ENCOURAGÉE PAR L'UNION

CONCLUSION

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ANC	Autorité nationale de concurrence
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
C. civ	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CPC	Code de procédure civile
Contrats, conc. consom.	Contrats concurrence consommation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JCP G	La Semaine Juridique Edition Générale
JCP Entreprise et Affaires	La Semaine Juridique Entreprise et Affaires
Nouv. bibl.	Nouvelle bibliothèque
pt	Point
PME	Petites et moyennes entreprises
Rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
Rev. Dr. Conc.	Revue droit de la concurrence
RLC	Revue Lamy de la concurrence
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité instituant l'Union européenne
UE	Union européenne.

INTRODUCTION

« À l'aube de l'an 2006, le contentieux civil des dommages concurrentiels paraît décidément promis à un bel avenir »¹. L'enthousiasme avec lequel les observateurs ont accueilli en 2005 le Livre vert de la Commission, consacré aux « actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », peut aujourd'hui être relativisé. En effet, c'est seulement huit ans plus tard que la Commission dévoile son « paquet *private enforcement* » visant à rendre plus effectives les actions civiles en réparation du dommage concurrentiel.

Les actions civiles en réparation intentées par les victimes privées de pratiques anticoncurrentielles constituent l'une des modalités de mise en œuvre du droit de la concurrence. La mise en œuvre de ce dernier est également assurée dans la sphère publique par l'action des autorités publiques. Communément dénommées aujourd'hui, selon la terminologie anglaise, de *private enforcement* et *public enforcement*, ces deux voies d'action constituent deux contentieux radicalement différents : le contentieux subjectif, d'une part, et le contentieux objectif, d'autre part. Le premier vise à la protection des droits subjectifs des acteurs économiques, tels que les entreprises concurrentes et les consommateurs, alors que le second tend à préserver le bon fonctionnement du marché en sanctionnant les infractions aux règles de concurrence. L'importance donnée à l'un ou l'autre des contentieux diverge selon les systèmes juridiques et s'explique par des cultures, des politiques et des philosophies différentes. Dans l'Union européenne, la régulation de la concurrence est principalement assurée par les autorités publiques et le nombre d'actions civiles fondées sur le droit de la concurrence est relativement faible. Seulement 10 % des actions sont civiles alors que 90 % sont des actions engagées par les autorités publiques². En revanche, aux États-Unis, la tendance est inverse puisque le contentieux de la concurrence compte 90 % d'actions civiles, engagées par des concurrents ou consommateurs, pour 10 % d'actions publiques³. Cependant, ces chiffres déplorant le « total sous-développement »⁴ du *private enforcement* dans l'Union doivent aujourd'hui être relativisés car cette dernière tend à se rapprocher de plus en plus du modèle américain en renforçant la place accordée au *private enforcement* dans l'UE.

Le développement du *private enforcement* a pour origine la consécration du droit à réparation par la Cour de justice⁵. Le droit à obtenir réparation a été reconnu aux victimes de pratiques anticoncurrentielles par la jurisprudence de la Cour en dehors de toute mention expresse dans les traités. En effet, le droit à réparation n'a pas échappé à la « construction jurisprudentielle audacieuse »⁶ entreprise par la Cour afin de combler l'insuffisance des

¹ M. CHAGNY, Les beaux jours de la responsabilité civile dans le droit des pratiques anticoncurrentielles ? *Revue Lamy de la concurrence*, janv.-mars 2006, n° 6, p. 84.

² Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004 (site de la Commission).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99.

⁶ D.SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in Sénat, *L'office du juge*, colloque, Paris, Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006.

dispositions du droit primaire à assurer la protection des individus. C'est pourtant la place centrale de l'individu qui fonde la singularité de l'ordre juridique de l'Union. À la différence des organisations internationales classiques, l'Union a fait de l'individu un sujet de son droit, au même titre que les États⁷. Dès le début de la construction européenne, il est apparu évident que le marché commun ne pouvait se construire sans la participation des opérateurs économiques. C'est en ce sens qu'après avoir déclaré que le droit communautaire constitue un « nouvel ordre juridique », elle reconnaît dans l'arrêt *Van Gend en Loos*⁸ que le droit communautaire confère aux individus des droits entrants dans leur patrimoine juridique. Ainsi, outre le fait que les individus doivent respecter le droit communautaire, ils peuvent invoquer les droits conférés par celui-ci devant les juridictions nationales⁹.

Le droit de la concurrence ne déroge pas à cette règle. Le droit de l'UE interdit les ententes et abus de position dominante. Du fait de leur effet direct, les articles 101 et 102 du TFUE engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Ainsi, les individus qui se prétendent victimes de telles pratiques sont en droit de saisir le juge national pour obtenir réparation. Selon la Cour, il en va même de l'effectivité du droit communautaire qui repose sur « la vigilance des particuliers à la sauvegarde de leurs droits »¹⁰. Elle avait en effet déclaré dans l'arrêt *Courage* que « la pleine efficacité de l'article 81 du TCE [101 TFUE] et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage qui lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »¹¹.

À la suite de cet arrêt, la Commission va à son tour prendre conscience du rôle essentiel que peuvent jouer les individus dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Alors qu'elle a longtemps compté uniquement sur les actions publiques pour assurer le respect du droit de la concurrence et la diffusion d'une véritable « culture commune de la concurrence en Europe »¹², elle a finalement vu en l'action des victimes privées devant le juge national le moyen de renforcer le caractère dissuasif des règles de concurrence. Par leur action en réparation, les personnes privées contribuent ainsi à garantir la pleine efficacité du droit de la concurrence. Cela va amener la Commission à multiplier les initiatives afin d'inciter les victimes de pratiques anticoncurrentielles à saisir le juge national pour obtenir réparation de leur préjudice.

Symbole de l'application décentralisée des règles de concurrence, le règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 confère tout d'abord aux juridictions nationales la fonction d'assurer la réparation des victimes d'infractions par l'octroi de dommages et intérêts¹³. Néanmoins, très peu de victimes saisissent dans les faits le juge civil pour obtenir réparation de leur dommage concurrentiel. La lenteur, la lourdeur ou encore le coût qu'implique une telle procédure

⁷ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 6/64, pt 23 : « La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » (souligné par nous).

⁸ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, pt 25.

⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

¹⁰ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc. pt 25.

¹¹ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, préc. pt 26.

¹² Comm. CE, *Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence*, 2004/ C 101/03, p. 1.

¹³ Règlement (CE) n° 1/ 2003 du Conseil du 16 nov. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, article 6.

constituent autant d'obstacles à la saisine du juge¹⁴. C'est alors dans ce contexte, un an après le rapport Ashurst¹⁵, que la Commission publie fin 2005 un Livre vert¹⁶ qui sera suivi en 2008 par un Livre blanc¹⁷ sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante. Dans ces deux documents, la Commission identifie les principales difficultés rencontrées dans toute action en réparation et propose un certain nombre de solutions plus ou moins ambitieuses. « Audace » du Livre vert mais « frilosité » du Livre blanc selon un auteur¹⁸, ils ont au moins incontestablement ouvert la voie à une réflexion plus poussée sur le développement des actions en réparation du dommage concurrentiel.

C'est en effet plus récemment que les incitations européennes au développement du *private enforcement* ont été les plus importantes. D'une part, la Commission a montré l'exemple en 2012 en saisissant elle-même le tribunal de Bruxelles afin d'obtenir réparation du préjudice de l'Union à la suite du cartel des ascenseurs¹⁹. D'autre part, elle a dévoilé le 11 juin 2013 son « paquet *private enforcement* », composé de cinq documents : une proposition de directive relative à « certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne » que la Commission complète en s'attardant plus spécifiquement sur la question de la quantification du préjudice avec une communication renvoyant à un guide pratique. Enfin, elle aborde la problématique des actions collectives par le biais d'une communication intitulée « Vers un cadre européen pour les recours collectifs » et d'une recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation prévus dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'UE²⁰. Par ces documents dont la valeur et la portée apparaissent inégales, la Commission tente de dépasser les principaux obstacles à l'action en réparation afin de rendre effectif l'accès à la justice des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Cependant, le droit de l'UE n'offre encore qu'un cadre général visant à inciter et favoriser le développement des actions privées dont la mise en œuvre incombe aux droits nationaux. La Cour de justice déclarait déjà dans ses premiers arrêts sur la question qu'il appartient à l'ordre

¹⁴ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, Manuel, 2013, p. 1406.

¹⁵ Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, préc.

¹⁶ Comm. CE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, COM (2005) 672 final, 19 déc. 2005.

¹⁷ Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, (COM 2008) 165 final, 2 avr. 2008.

¹⁸ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, thèse Paris V Descartes, Bruylant, 2012, p. 47.

¹⁹ CJUE, 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis*, aff. C-199/11. Précision sur le contexte de cet arrêt : la Cour avait été saisie car les entreprises défenderesses à l'action de la Commission contestaient la capacité de celle-ci à assurer la représentation de l'Union et invoquaient une violation des droits fondamentaux puisque la Commission était à l'origine de la décision interdisant le cartel. La Cour va débouter les entreprises défenderesses sur les deux points.

²⁰ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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, 11 juin 2013 ; Comm. UE, *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, JOUE, n° L 201, 26 juill. 2013 ; Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs*. ; Comm. UE, *Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE* : JOUE, n° C 167, 13 juin 2013 ; 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.

juridique de chaque État membre, dans la limite des principes d'équivalence et d'effectivité, de fixer les modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde du droit à réparation que les justiciables tirent de l'effet direct du droit européen²¹. Ainsi, en l'absence de réglementation européenne harmonisée en la matière, les fondements et les modalités de mise en œuvre relèvent toujours des droits nationaux des États membres.

Dans chaque État membre de l'UE, la victime d'une pratique anticoncurrentielle peut demander réparation de son préjudice en engageant une action sur le fondement général de la responsabilité civile²². En droit français, une action civile en responsabilité engagée par un concurrent ou un consommateur se fonde ainsi sur l'article 1382 du Code civil²³. Cette application de principe du droit commun dans le cadre d'une action civile en réparation du dommage concurrentiel est à première vue d'une grande simplicité. Néanmoins, les apparences sont trompeuses. Malgré le caractère universel et la « plasticité » de l'article 1382²⁴, des difficultés apparaissent lors de sa mise en œuvre en matière de pratiques anticoncurrentielles. Les trois conditions nécessaires à l'action civile que sont l'existence d'un fait générateur, d'un préjudice et d'un lien de causalité les unissant s'avèrent en pratique difficiles à établir dans le cadre d'une action en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle. Pourtant, en l'absence de régime de réparation spécifique aux dommages concurrentiels, les victimes doivent apporter la preuve de leurs prétentions.

Toute la difficulté réside alors dans l'adaptation du droit commun à la spécificité du contentieux des pratiques anticoncurrentielles. Or, aussi bien les conditions de fond de la responsabilité civile que les règles régissant l'action civile en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle apparaissent inadaptées. Ainsi, les raisons culturelles ne suffisent pas à justifier le « sous-développement » du *private enforcement* en Europe par rapport aux États-Unis. Cette différence réside aussi dans l'existence de mécanismes juridiques spécifiques au système américain, tels que les dommages et intérêts triples, les procédures de *discovery* ou encore les *class actions*²⁵. Cependant, de tels mécanismes sont absents dans la plupart des droits nationaux des États membres. Néanmoins, non seulement des aménagements apparaissent en pratique dans les droits nationaux mais la réflexion engagée par la Commission depuis plusieurs années a également abouti à des mesures contribuant à faciliter les actions civiles en réparation du dommage concurrentiel.

Ainsi l'ensemble des aménagements du régime général de la responsabilité civile aux spécificités du contentieux des pratiques anticoncurrentielles invite-t-il à la création d'un régime spécial ? Faut-il envisager une action en responsabilité civile propre aux pratiques anticoncurrentielles ? Et celle-ci est-elle envisageable à l'échelle de l'Union ? Cela revient alors à s'interroger sur la compétence de l'Union pour élaborer un régime commun de responsabilité. D'ailleurs, sur ce point, les développements récents du *private enforcement* laissent-ils présager l'émergence d'un véritable droit européen des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles européennes de la concurrence ?

²¹ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, préc., pt 29 ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. C-95 à 298/04, pts 62, 71, 77.

²² V. notamment, J. RIFFAULT-SILK, Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond, *RLC*, janv.-mars 2006, n°6. p. 85.

²³ Art. 1382 C. civ.

²⁴ L. IDOT, Rapport de synthèse, in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspective*, colloque organisé le 17 octobre 2005 à la Cour de cassation, n° 18.

²⁵ Cf. *infra*, notamment n°s 82, 124.

Le présent mémoire propose donc une étude de ces aménagements à travers les nouvelles dispositions du « paquet *private enforcement* » de juin 2013. Nous nous attacherons dans un premier temps à l'analyse du droit à réparation et son processus de consolidation (Première partie), puis dans un second temps, à sa mise en œuvre à travers la mutation européenne des actions en réparation (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE

LA CONSOLIDATION EUROPÉENNE DU DROIT À RÉPARATION

1. Au sens médical, la consolidation correspond au processus par lequel un os se renforce et se consolide des deux côtés. Le droit à réparation du préjudice subi à la suite d'une pratique anticoncurrentielle répond parfaitement à ce phénomène mis en lumière par Jacques Ziller à qui nous empruntons l'expression²⁶. En effet, le droit de l'UE a consacré ce droit à réparation (Chapitre 1) et ne cesse de le valoriser et l'enrichir. Néanmoins, il incombe toujours aux droits nationaux de le mettre en œuvre. Ainsi, la confrontation entre l'influence européenne et les règles nationales contribue à l'évolution du droit à réparation. Toutefois, ce processus de transformation reste limité puisque le droit à réparation est encore retenu par les droits nationaux (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – UN DROIT À RÉPARATION CONSACRÉ PAR LE DROIT DE L'UNION

2. Le droit à réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle a été consacré dès 2001 par la Cour de justice. Néanmoins, il convient d'étudier dans ce premier chapitre l'intérêt progressif de l'Union pour la mise en œuvre effective de ce droit, afin de mieux comprendre le développement récent des actions privées en réparation. Dans le paquet *private enforcement* de juin 2013²⁷, la Commission a annoncé ses motivations et, selon la proposition de directive²⁸, l'objectif est double. Assurer l'indemnisation des victimes apparaîtrait comme l'objectif premier au vu du droit à réparation qui leur a été conféré. Cependant, cet objectif est simplement rappelé (Section 1). En revanche, la Commission annonce aujourd'hui clairement qu'au-delà de la réparation individuelle, le renforcement récent du droit à réparation poursuit un objectif renforcé : garantir la pleine efficacité du droit de la concurrence par l'action des victimes privées (Section 2).

SECTION 1 – UN OBJECTIF RAPPELÉ : L'INDEMNISATION DES VICTIMES PRIVÉES

3. L'évolution de la prise en compte de la réparation du dommage concurrentiel des victimes privées est frappante. Alors qu'elles ont longtemps été ignorées dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (§ 1), l'Union a finalement décidé d'accorder une attention particulière à la réparation de leurs préjudices et a joué un rôle moteur dans le développement des actions en dommage et intérêt (§ 2).

²⁶ ZILLER (J.), *Droit public européen en consolidation*.

²⁷ « Paquet *private enforcement* », juin 2013, préc.

²⁸ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil 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 Etats membres et de l'Union européenne*, préc., p. 4.

§ 1 – L'ignorance originelle des victimes privées dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

4. Des débuts de la construction européenne jusqu'aux années 2000, le droit communautaire s'est montré peu enclin au développement des actions en réparation²⁹. Deux raisons peuvent venir expliquer ce désintérêt : l'Europe a toujours privilégié le « public enforcement » dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (A), et les nombreux obstacles aux actions privées en réparation en ont retardé leur développement (B).

A – La prééminence du « *public enforcement* »

5. **Origines et définition du « *public enforcement* » en Europe.** Les pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse aussi bien des ententes et abus de position dominante au sens des articles 101 et 102 du TFUE que des règles équivalentes en droit national, sont appréciées à partir de la notion de marché et ne concernent donc pas directement des relations entre deux personnes. Ainsi, il a longtemps été considéré que les dommages individuels causés par ces pratiques pouvaient légitimement être ignorés³⁰. En effet, aux origines de la construction européenne, le droit des pratiques anticoncurrentielles était perçu comme un droit purement objectif. Par conséquent, sa violation consistait en une atteinte au marché qui ne heurtait pas les droits subjectifs des personnes privées³¹, comme le soulignait également Monsieur C. Lucas de Layssac qui rappelait que « le droit de la concurrence protégeait la concurrence, pas les concurrents³² ». Cette conception s'est alors traduite par la prééminence des actions publiques au mépris des actions privées au sein du contentieux des pratiques anticoncurrentielles. En effet, la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles ne relevait pas de litiges entre personnes privées devant le juge judiciaire (*private enforcement*), mais devait principalement être assurée par les autorités de la concurrence. C'est ce qu'on a appelé le *public enforcement*. La Commission européenne, et les autorités nationales de concurrence depuis le règlement 1/2003, doivent assurer le respect des articles 101 et 102 du TFUE afin de préserver le bon fonctionnement du marché, ceci pouvant les conduire à infliger des sanctions administratives aux regards des effets de la pratique en cause sur le marché.

6. **Différence avec les États-Unis.** Cette prééminence de la sphère publique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence est une caractéristique propre à l'Europe. En effet, au modèle européen est couramment opposé le modèle américain, dans lequel le contentieux du *private enforcement* est bien plus développé que celui du « public enforcement »³³. Alors qu'aux États-Unis, 90 % des actions sont de nature civile, et seulement 10 % sont engagées par

²⁹ Intervention de E. CLAUDEL, in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », *Concurrences*, n° 2, 2009, p. 28.

³⁰ A. BALLOT-LENAT, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2008, p. 433.

³¹ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p.38.

³² C. LUCAS DE LAYSSAC, Rapp. synthèse, in « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 20 janv. 2005, p. 65.

³³ Intervention de R. BECKER in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », *Concurrences*, n°2, 2009, p. 6 : « La culture est différente en Europe, le public enforcement est fondamental ».

les autorités publiques, la tendance est parfaitement inverse dans les États membres de l'Union. En Europe, 10 % des actions sont civiles et 90 % sont engagées par les autorités publiques de régulation³⁴. Ce contraste s'explique notamment par le fait que le système américain est bien plus propice aux actions civiles en réparation. Des mécanismes tels que les fameuses *class actions* ou encore l'existence de dommages punitifs facilitent et incitent les demandes en réparation des victimes privées³⁵.

7. Bien que la Commission continue de s'inscrire en opposition avec la transcription exacte de tels mécanismes en Europe³⁶, elle a largement dépassé la conception selon laquelle les personnes privées devaient rester à l'écart de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et a pris conscience de l'intérêt du développement du *private enforcement*. Néanmoins, les avancées en sont longtemps restées au stade du balbutiement en raison des nombreux obstacles qui entravent le développement des recours introduits par les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

B – Les obstacles au développement du *private enforcement*

8. Les obstacles au développement des actions privées ont rapidement été identifiés tant par les praticiens du droit et la doctrine³⁷ que par la Commission elle-même³⁸. On peut les regrouper en quatre catégories touchant les différents acteurs et les différentes phases du contentieux de la réparation.

9. **Les victimes et la saisine du juge.** Une première série d'obstacles risque tout d'abord de décourager les victimes d'intenter une action privée afin d'obtenir réparation. Alors qu'un concurrent « armé » juridiquement n'hésitera pas à saisir la juridiction la plus « à même de lui accorder une réparation satisfaisante »³⁹ ou cherchera son indemnisation par le biais de transactions⁴⁰, les consommateurs ou les PME ne saisiront pas le juge en raison du coût et de la longueur de la procédure qui apparaissent démesurés face à l'indemnisation espérée⁴¹. Il a en

³⁴ J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », préc., p. 85.

³⁵ Cf. *infra*, Deuxième partie, Chapitre 2.

³⁶ V. en ce sens, Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil 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*, préc., p. 8 : « La Commission a choisi de ne pas proposer des pratiques comparables à celles en vigueur aux États-Unis ».

³⁷ J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », préc. ; dans le même sens, Interventions de R. BECKER in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc. ; C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1406 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, p. 514.

³⁸ Comm. CE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, préc., Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, préc., Comm. eur., *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc.

³⁹ L. IDOT, Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles, *RDC*, oct. 2013, p. 1383.

⁴⁰ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1423.

⁴¹ *Ibid.*

effet été démontré que l'action en justice est indéniablement liée à des considérations économiques⁴².

10. Le manque de formation du juge en matière concurrentielle. Ensuite, l'autre obstacle au développement du *private enforcement* tient au manque de formation des juges non seulement en matière de droit de l'UE mais aussi en matière concurrentielle. Après avoir constaté l'intérêt relatif du contentieux objectif pour les entreprises victimes, Denis Barthe appelait les victimes à s'adresser au juge national plutôt qu'aux autorités de concurrence. Cependant, il insistait déjà sur la nécessité de prévoir l'amélioration de sa formation en matière économique, et cela comme condition du développement des actions privées⁴³. En effet, le droit n'est pas imperméable aux considérations économiques et le contentieux étudié dans le cadre de ce mémoire en est la preuve. Le juge est confronté à la difficulté d'appliquer correctement le droit européen pour en tirer les conséquences pratiques des violations des articles 101 et 102 dans le cadre d'action en réparation. Or l'évaluation du préjudice lié à une pratique anticoncurrentielle par exemple n'est pas toujours une tâche facile⁴⁴. On demande au juge de « chausser des lunettes d'économiste pour aborder les faits »⁴⁵ sans lui procurer de véritable formation.

11. L'inadaptation des règles de fond et de procédure dans les droits nationaux et la question délicate de la compétence de l'UE pour élaborer un régime commun de responsabilité. Enfin, dans sa proposition de directive, la Commission a recensé une série d'obstacles qu'elle avait déjà eu l'occasion de constater dans son Livre vert de 2005⁴⁶ mais qui persistent aujourd'hui. Cela va des difficultés des victimes d'accéder aux preuves et de quantifier leur préjudice, en passant par l'absence de recours collectifs et de valeur probante claire des décisions des ANC. Ces obstacles consistent finalement à l'inadaptation des règles substantielles et procédurales aux spécificités du contentieux de la réparation dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, malgré ses constats, l'UE n'a pas réussi à adopter une législation harmonisée en la matière notamment puisque cela soulève la question de sa compétence pour élaborer un régime commun de responsabilité⁴⁷. Nous ne développerons pas ici ces deux points car nous y reviendrons largement tout au long de ce mémoire.

12. C'est dans ce cadre que l'Union européenne va néanmoins ouvrir une réflexion afin d'encourager et faciliter les recours introduits par les personnes privées qui cherchent à obtenir réparation de leur préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle.

⁴² V. en ce sens, C. PRIETO : « Dans une enquête, l'OFT relève que, sur 202 compagnies, 45 déclarent avoir été victimes d'une pratique anticoncurrentielle, mais pour des raisons de coût disproportionné par rapport à l'avantage attendu, cinq seulement ont envisagé d'engager une action », cité in S. AMRANI MEKKI, in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », *Concurrences*, n° 2, 2009, p. 17.

⁴³ D.BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence : étude comparative des procédures communautaires et française*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, coll. Institut de droit des affaires, 1997, p. 427.

⁴⁴ Cf. *infra*, n° 51.

⁴⁵ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*, Paris, LGDJ, 2008, p. 4.

⁴⁶ Livre vert, préc.

⁴⁷ Cf. *infra*, n° 57.

§ 2 – Les impulsions européennes progressives pour faciliter la réparation des dommages concurrentiels

13. L'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles pour obtenir réparation a été largement encouragée par les institutions de l'Union. La Cour de justice a amorcé le processus en posant le principe du droit à réparation (A), suivie par l'attitude incitative de la Commission qui a cherché à assurer aux victimes privées la réparation de leurs dommages concurrentiels (B).

A – La consécration du droit à réparation intégrale par le juge de l'UE

14. *Rôle traditionnel du juge national dans la protection des droits issus des traités.* Comme nous l'avons vu précédemment, le *private enforcement* consiste en l'action des victimes privées d'une pratique anticoncurrentielle, sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE ou de dispositions équivalentes en droit national, pour obtenir des dommages et intérêts devant le juge national. Dans l'arrêt *Simmenthal*⁴⁸, la Cour de justice avait rappelé le rôle des juges nationaux pour assurer l'application effective des droits conférés par le traité aux personnes privées. Cependant, jusqu'ici, l'intervention du juge judiciaire dans la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles était assez limitée⁴⁹. Son rôle consistait essentiellement à s'assurer du respect des règles de concurrence par l'autorité de la concurrence et à garantir les droits des entreprises faisant l'objet de saisie ou de visite effectuée dans le cadre du contentieux objectif.

15. *Établissement des conditions de la réparation du dommage concurrentiel par la Cour de justice.* Néanmoins, la Cour de justice va franchir une étape décisive dans l'incitation des actions privées en consacrant, dans l'arrêt *Courage* du 20 septembre 2001⁵⁰, le droit de toute victime d'une pratique anticoncurrentielle à réparation intégrale de son préjudice. Dans cette affaire, la Cour pose le principe selon lequel toute victime est en droit de se prévaloir en justice de la violation des articles 101 et 102 TFUE, même lorsqu'elle est elle-même partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Toutefois, consciente de l'absence d'harmonisation européenne, elle rappelle la nécessité d'avoir recours aux droits nationaux concernant les modalités procédurales capables d'assurer les droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union. La Cour de justice renvoie donc au principe de l'autonomie procédurale des États membres, autonomie encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité⁵¹. Les modalités en question ne doivent en effet pas être moins favorables que celle concernant des recours similaires de nature interne, et ne doivent pas non plus rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés. Cette solution a été confirmée et précisée par l'arrêt *Manfredi*⁵², dans lequel la Cour vient réaffirmer l'effet direct horizontal de l'article 101 § 1 TFUE qui engendre ainsi des droits pour

⁴⁸ CJCE, 9 févr. 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, § 16.

⁴⁹ PRIETO (C.), BOSCO (D.), *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, préc., p. 1405.

⁵⁰ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, préc., §§19 et s.

⁵¹ B. LE BAUT FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, thèse, Lyon 3, 1996.

⁵² CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc., pts 59 et 61.

les justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Ainsi, toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente et de demander réparation du préjudice subi par celle-ci, dès lors qu'il existe un lien de causalité entre le préjudice et la pratique en cause.

16. Réaffirmé à plusieurs reprises⁵³, ce droit à réparation fait l'objet de nombreuses déclinaisons jurisprudentielles. La Cour a ainsi pu récemment consacrer le droit à réparation d'une part, du concurrent victime d'une entente en ce qu'il a été contraint d'augmenter ses prix⁵⁴, et, d'autre part, de l'Union européenne elle-même lorsque, en tant qu'opérateur économique, elle a été victime d'une pratique anticoncurrentielle⁵⁵. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice a confirmé le droit d'action de la Commission pour agir en réparation au nom de l'UE lorsqu'elle subit un dommage concurrentiel. Cet arrêt constitue non seulement la réaffirmation par la Cour de justice du droit à réparation de toute victime d'une pratique anticoncurrentielle, mais il est aussi la preuve du rôle d'impulsion que veut se donner la Commission depuis quelques années pour le développement des actions en réparation.

B – L'attitude incitative de la Commission en vue d'assurer la réparation

17. Depuis le règlement 1/2003, la Commission n'a eu de cesse de tenter d'inciter les victimes de pratiques anticoncurrentielles à saisir le juge de la réparation.

18. **Le rôle essentiel des juridictions nationales dans le règlement 1/2003, assurer la réparation des victimes d'infractions.** Le règlement 1/2003 dispose dans son article 6 que « les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité »⁵⁶. Ce rôle n'est pas nouveau puisque la Cour de justice avait déjà pris le soin de rappeler que le droit des pratiques anticoncurrentielles présent dans le traité « engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder »⁵⁷. De plus, le règlement 1/2003 confère dès son préambule aux juridictions nationales la fonction d'assurer la réparation des victimes d'infractions en leur octroyant des dommages et intérêts⁵⁸. Cependant, si le droit à indemnisation est reconnu aussi bien par la jurisprudence que la réglementation communautaire⁵⁹, la Commission va constater qu'il doit être précisé et encadré. Elle va alors chercher à faciliter la réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles.

19. **Le Livre vert et le Livre blanc.** À la suite du rapport Ashurst de 2004⁶⁰, la Commission va publier un Livre vert en 2005 puis un Livre blanc en 2008⁶¹. Dans ces derniers, la Commission établissait le constat suivant : alors que le droit à indemnisation découle du traité, les victimes

⁵³ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, préc. ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc. ; CJCE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09 ; CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11.

⁵⁴ CJUE, 5 juin 2014, *Kone c/ OBB- Infrastruktur*, aff. C-557/12.

⁵⁵ CJUE, 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis*, préc.

⁵⁶ Art. 6 du Règlement n° 1/2003, préc. Ces articles sont devenus les articles 101 et 102 TFUE.

⁵⁷ CJCE, 30 janvier 1974, *Sabam*, aff. 127/73.

⁵⁸ Paragraphe 7 du Préambule du règlement 1/2003.

⁵⁹ Comme on l'a vu, le droit à des dommages et intérêts pour violation des articles 101 et 102 a été largement consacré par la Cour de justice. Cependant, il n'est pas expressément établi par le TFUE.

⁶⁰ Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, préc.

⁶¹ Livre vert, préc. ; Livre blanc, préc.

européennes n'obtiennent pas de dommages et intérêts pour les préjudices subis du fait de pratiques anticoncurrentielles. Elle identifiait alors les obstacles aux actions privées et proposait un certain nombre de solutions. Dans le Livre vert, la Commission s'était montrée ambitieuse en s'inspirant largement du modèle américain. Elle proposait en effet de créer de véritables actions de groupe, des dommages et intérêts extra-compensatoires, c'est-à-dire comparables aux dommages et intérêts punitifs du système américain, ou encore des procédures de divulgation similaire à la *discovery*. Finalement, la Commission reviendra sur sa position et ne retiendra aucune de ces propositions dans le Livre blanc. La fonction répressive des actions privées avait disparu et l'objectif principal était de garantir la réparation des dommages concurrentiels par l'indemnisation des victimes. À la différence du Livre vert, il n'était plus vraiment question d'assurer l'efficacité du droit des pratiques anticoncurrentielles en chargeant les victimes de protéger le bon fonctionnement du marché au même titre que les autorités de concurrence.

20. « Le paquet private enforcement » de juin 2013. Alors que le processus paraissait bloqué depuis 2008, le « paquet *private enforcement* »⁶² vient donner un nouvel élan au développement des actions privées en réparation. Il est composé de cinq documents dont le plus important est indéniablement la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 ». Concernant la quantification du préjudice, la Commission a publié une communication qui renvoie à un « Guide pratique ». Enfin, ce paquet contient une communication de la Commission « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », et une recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif.

21. S'inspirant pour la plupart des constats et solutions établis dans le Livre blanc, ce paquet a déjà été considéré comme « insuffisant » par une partie de la doctrine⁶³. Selon R. Amaro, avant la recherche de l'indemnisation et la volonté d'assurer l'essor du « contentieux privé autonome », il est plutôt recherché « l'optimisation de l'interaction sphère publique, sphère privée »⁶⁴. La formule utilisée par la Commission elle-même dans la proposition de directive témoigne en effet des motivations de l'Union pour le développement du *private enforcement* : « [Donner] les moyens de poursuivre une politique forte de mise en œuvre du droit de la concurrence, tout en permettant aux victimes d'infractions au droit de la concurrence d'obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi »⁶⁵. Bien que l'indemnisation des victimes reste un objectif prioritaire comme dans le Livre blanc, celle-ci passe néanmoins au second plan. Sans pour autant revenir aux mécanismes évoqués dans le Livre vert, la Commission considère aujourd'hui que la réparation du préjudice individuel doit servir à remplir un objectif plus large : garantir la pleine efficacité du droit de la concurrence par l'action des personnes privées.

⁶² « Paquet *private enforcement* » de juin 2013, préc.

⁶³ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 50 : cette thèse ayant fait l'objet d'une mise à jour à la suite de la publication du « paquet *private enforcement* » de juin 2013.

⁶⁴ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc. p. 4.

⁶⁵ *Ibid.*, p.4.

SECTION 2 – UN OBJECTIF RENFORCÉ : LA PLEINE EFFICACITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR L’ACTION DES VICTIMES PRIVÉES

22. Le nouvel élan donné au développement des actions privées par le paquet de juin 2013 a pour principal objectif de garantir la pleine efficacité du droit de la concurrence. La Commission compte sur les victimes privées elles-mêmes pour assurer cet objectif. Pour cela, elle les replace alors au centre de la politique de la concurrence européenne (§ 1), tout en les mettant au service de celle-ci (§ 2).

§ 1 – Les victimes privées au centre de la politique de concurrence de l’Union

23. L’évolution du droit de la concurrence en Europe se caractérise par une prise en compte croissante de l’individu afin de voir enfin émerger, selon le vœu de la Commission, « une culture européenne de la concurrence » (A). Cela vient-il pour autant consacrer une politique de concurrence au service des victimes ? (B).

A – La prise en compte croissante de l’individu pour le développement d’une « culture commune de la concurrence »

24. Individualisation et droit de la concurrence. Le constat selon lequel notre société serait marquée par un processus d’individualisation et de procéduralisation⁶⁶ trouverait un parfait écho en droit de la concurrence. Les individus sont de plus en plus revendicatifs⁶⁷ et l’évolution du droit de la concurrence est marquée par une prise en compte croissante des victimes, pour lesquelles la réparation de leur dommage est devenue un droit⁶⁸. Leur place au sein du droit de la concurrence a en effet été renforcée au cours de la dernière décennie⁶⁹. Le paquet *private enforcement* constitue la traduction la plus récente de cette problématique en renforçant le droit des victimes à réparation, ce qui n’a pas manqué de susciter l’enthousiasme de la doctrine⁷⁰. Les premières victimes qui viennent à l’esprit lorsqu’il s’agit de droit de la concurrence sont les consommateurs. Il apparaît alors en effet louable de rapprocher la politique de concurrence avec la politique de consommation⁷¹. Les associations de consommateurs avaient déjà montré leur satisfaction au moment du Livre blanc en constatant que les consommateurs étaient enfin « les vrais bénéficiaires de la politique communautaire de concurrence »⁷². Ce renforcement de leur place au sein du contentieux des pratiques anticoncurrentielles apparaît en effet comme une condition nécessaire pour l’émergence d’une

⁶⁶ J. LENOBLE, *La procéduralisation du droit*, Louvain, 1997.

⁶⁷ M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, Études, 2012. p. 20.

⁶⁸ P. JOURDAIN, « Les principes de la responsabilité civile », 8^e éd., Dalloz, 2010, p. 10.

⁶⁹ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris I, 2002, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 514 : « L’histoire récente du droit de la concurrence est celle d’une -relative- réhabilitation de la place dévolue aux victimes ».

⁷⁰ L. IDOT, « Un pas en avant significatif pour renforcer l’effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », préc., p. 1381.

⁷¹ Intervention de S. AMRANI MEKKI, in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 12.

⁷² Bureau européen des unions des consommateurs, BEUC.

« culture de la concurrence ».

25. Les individus au cœur du développement d'une culture commune de la concurrence.

Parler de « culture commune de la concurrence » ne relevait pas de l'évidence tant les contrastes entre les approches du droit de la concurrence en Europe étaient marqués au sortir de la guerre⁷³. Néanmoins, la construction européenne va surmonter ces divergences et les droits internes vont être largement influencés par la législation européenne⁷⁴. La Commission considère en effet que le mouvement de décentralisation du droit de la concurrence opéré depuis le règlement 1/2003 a contribué à la convergence des droits nationaux, propice à l'émergence d'une « culture commune de la concurrence ». La Commission déclarait par exemple que la création du Réseau européen de concurrence au 1^{er} mai 2004 constituait « le socle sur lequel s'appuie la création et la préservation d'une culture commune de la concurrence en Europe »⁷⁵. C. Prieto la définit ainsi : « Loin d'être un appel à une concurrence débridée, sans foi ni loi, la culture de concurrence devait exprimer l'adhésion active, non seulement des pouvoirs publics mais aussi de l'ensemble du corps social, à un ordre public concurrentiel où le pouvoir de marché serait décelé, maîtrisé et sanctionné ». Aujourd'hui, la facilitation des actions privées s'inscrit clairement dans cette démarche⁷⁶. En donnant une place importante aux victimes privées dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, le paquet *private enforcement* serait-il aussi le symbole du retour à une politique de la concurrence au service des victimes ?

B – L'émergence d'une politique de la concurrence au service des victimes ?

26. La politique de la concurrence de l'UE et l'idéologie néolibérale : Les critiques de l'opinion publique vis-à-vis de l'Europe ne sont pas nouvelles mais ont récemment été largement relayées par la presse à la suite des résultats des élections européennes du 25 mai 2014⁷⁷. Alors que chacun s'interroge sur les raisons de ce désaveu, les considérations liées au contexte économique ne peuvent être niées. Une grande partie des citoyens européens ne croient plus au bienfait de la libre circulation et de la libre concurrence, principes fondateurs de la Communauté. La politique européenne de la concurrence, trop éloignée des préoccupations des citoyens, serait alors la cause principale du rejet général de l'Europe. Or il paraît important de rappeler qu'aux origines, bien que fondée sur une démarche économique, l'Europe se voulait protectrice des peuples et de la cohésion sociale. F. Souty⁷⁸ se montre alors très critique vis-à-vis de la politique de la concurrence menée jusqu'à présent, qui n'est ni fidèle à l'approche présente dans les textes fondateurs, ni conforme à l'idée qu'en avaient les inspirateurs du projet européen. La Commission a mené une politique dictée par une conception ultralibérale, elle-même calquée sur celle pratiquée Outre-Atlantique. Aujourd'hui, l'approche néolibérale peut être considérée comme responsable de la crise, et beaucoup

⁷³ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 131.

⁷⁴ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 45.

⁷⁵ V. la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.

⁷⁶ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 69 : « La privatisation du contentieux pourrait aussi jouer un rôle moteur dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. L'implication des justiciables et la convergence des justices civiles dévoileraient alors une partie de la "civilisation européenne qui s'ignore". Elles accéléreraient la maturation du projet européen en scellant le passage d'une Europe des marchands à une Europe des citoyens ».

⁷⁷ V. notamment, N.-J. Brehon, Le vote effronté, *Le Monde* du 25 mai 2014.

⁷⁸ F. SOUTY, « Le droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne », 4^e éd, Montchrestien, Clef, 2013.

appellent à un retour à une politique de concurrence conforme à l'idée de départ, c'est-à-dire à une politique au service des peuples.

27. Le paquet *private enforcement* : le droit de la concurrence au service des victimes ? Au regard du contexte ci-dessus rappelé, dans quelle logique s'inscrit alors l'adoption du paquet *private enforcement* ? Ce paquet est-il la suite de la politique néolibérale des règles de concurrence ou au contraire, un retour à l'essence du droit communautaire de la concurrence ? Dans une approche assez naïve, on pourrait voir en ce paquet le retour à une politique au service des peuples. Le droit de la concurrence se rapprocherait des citoyens européens en garantissant aux victimes privées la réparation de leur dommage concurrentiel. Néanmoins, comme on l'a vu précédemment, le souci de la Commission est moins la réparation individuelle que la mise en œuvre d'une « politique forte de mise en œuvre du droit de la concurrence »⁷⁹. Ainsi, plutôt qu'une politique de la concurrence au service des victimes, le développement des actions privées permettrait surtout à la Commission de mettre les victimes privées au service de la politique européenne de la concurrence.

§ 2 – Les victimes privées au service de la politique de concurrence de l'Union

28. En incitant les victimes à saisir le juge national pour obtenir réparation, la Commission fait d'elles des acteurs d'intégration du droit de l'Union (A) et de régulation de la concurrence (B).

A – Les victimes privées, acteurs d'intégration

29. Toute l'originalité de la construction européenne réside dans la place privilégiée accordée dès l'origine à l'individu. À la différence d'une organisation internationale classique, les individus sont en effet un élément constitutif de l'Union au même titre que les États⁸⁰. Leur présence dans le système juridique et politique de l'Union permet ainsi d'en faire de véritables acteurs d'intégration. Il convient en effet de rappeler ici que l'objectif prioritaire du droit européen de la concurrence a toujours été « la recherche de l'intégration du marché communautaire »⁸¹. Le développement des actions privées permettrait alors à la Commission, dans cette logique d'intégration, de renforcer l'effectivité d'application du droit de la concurrence en élevant les victimes privées au rang de « vigiles » du droit communautaire. Cela constitue la traduction d'une logique fondamentalement libérale selon laquelle la réalisation des objectifs d'intégration du marché ne repose pas exclusivement sur le bon vouloir des États. Ce n'est là que le prolongement de la stratégie de l'effet direct consacré dans l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963⁸², dans lequel la Cour affirmait que l'effectivité du droit communautaire reposait également sur « la vigilance des particuliers à la sauvegarde de leurs droits ».

⁷⁹ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 Etats membres et de l'Union européenne*, préc., p. 4.

⁸⁰ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Litec, p. 65.

⁸¹ *Ibid.*, p. 25.

⁸² CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, préc., pt 25.

30. Ainsi, dans la matière concurrentielle comme dans d'autres, l'UE compte sur eux pour assurer la mise en œuvre des règles du traité sur les pratiques anticoncurrentielles. Dans un premier temps, la Cour de justice⁸³ comme la Commission⁸⁴ avaient fait du juge national un acteur essentiel dans l'application des articles 101 et 102 TFUE. Il est en effet l'intermédiaire privilégié entre les citoyens et le droit de l'Union. Aujourd'hui, avec l'adoption du paquet *private enforcement*, l'UE va plus loin en facilitant directement l'action des victimes privées. Elle compte désormais plus que jamais sur les individus eux-mêmes pour renforcer l'effectivité du droit de la concurrence en assurant, au même titre que les autorités de concurrence, la régulation du marché.

B – Les victimes privées, acteurs de régulation

31. Un rôle complétif du *public enforcement* dans la répression des pratiques anticoncurrentielles. Comme le rappelait le Conseil de la concurrence dans son avis de 2006, la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée permet à la victime ayant subi un dommage concurrentiel de devenir « un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles »⁸⁵. En facilitant la réparation des dommages concurrentiels, la Commission souhaite associer les victimes d'infractions à la régulation de la concurrence, la sanction civile devenant « un instrument régulateur de l'économie de marché »⁸⁶ comme le soulignait le Premier Président G. Canivet. Les victimes jouent ainsi un rôle dynamique dans la mise en œuvre de la politique de concurrence. En créant un risque de sanctions accrues pour les entreprises coupables, l'action des victimes privées contribueraient à renforcer l'effet dissuasif du droit des pratiques anticoncurrentielles⁸⁷. En effet, aux sanctions prononcées par les autorités de concurrence, s'ajoutent les sanctions prononcées par le juge dans le cadre du contentieux civil de la réparation. Les actions civiles en réparation permettent ainsi d'assainir le marché et de dissuader les auteurs des pratiques anticoncurrentielles.

32. Le *private enforcement*, une mise en œuvre du droit de la concurrence plus efficace. Le *private enforcement* vient ainsi compléter l'action des autorités publiques mais il constitue également « une alternative nécessaire »⁸⁸, en permettant une mise en œuvre du droit de la concurrence plus efficace. En effet, il est désormais couramment admis que l'action publique ne permet pas de garantir une pleine application du droit des pratiques anticoncurrentielles, non seulement parce que les autorités de concurrence ne peuvent pas prononcer des dommages et intérêts aux victimes, mais surtout parce que les amendes prononcées par celles-ci ne confisquent pas les profits illicites réalisés par les entreprises

⁸³ CJCE, 9 févr. 1978, *Simmenthal*, préc.

⁸⁴ Règlement (CE) n° 1/ 2003 du Conseil du 16 novembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

⁸⁵ Conseil de la concurrence, avis du 21 sept. 2006.

⁸⁶ CANIVET (G.), « L'expertise en droit de la concurrence », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, Thèmes et commentaires, pp. 51 et spéc. 53, n° 3. V. aussi E. COMBES, *Concurrences* 2-2008, spéc. n° 13 : « Redéfinir la place des consommateurs dans la régulation d'une économie de marché ».

⁸⁷ P. de LANZAC, J. HOCHART, L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence, *JCP G*, n° 38, 16 sept. 2013.

⁸⁸ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, thèse Paris V Descartes, Bruylant, 2012, p. 72.

contrevenantes⁸⁹. Ainsi, il suffit de regarder les montants exorbitants des préjudices non réparés⁹⁰ pour se rendre compte que l'ordre public concurrentiel ne peut être pleinement protégé sans l'action en réparation des victimes privées. Des études ont été d'ailleurs menées sur l'efficacité de la mise en œuvre du droit par les acteurs privés⁹¹. Ainsi, le développement du *private enforcement* permettrait de contrer l'inefficacité de la protection publique⁹², ce qui reviendrait à une « privatisation de l'intérêt général via la protection des intérêts privés et collectifs »⁹³.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

En dehors de toute mention expresse dans les traités, le droit à réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle a été largement consacré par la Cour de justice. Parallèlement, la Commission a multiplié les incitations pour le rendre effectif afin de servir les objectifs qu'elle s'est fixée. Néanmoins, les droits nationaux reconnaissent aussi ce droit à réparation qu'ils ont la charge de mettre en œuvre.

⁸⁹ J.-M. CONNOR, About cartel overcharges : Kores is correct, *Concurrences*, n° 2-2010.

⁹⁰ *Ibid.* : « Les infractions au droit de la concurrence et au droit de la consommation causeraient chaque année à chacun des 100 millions de consommateurs de l'Union européenne un dommage de 384 euros (soit 38,4 milliards d'euros...) ».

⁹¹ Constat établi par un courant d'économistes, V. en ce sens, R. POSNER, W. LANDES, The private enforcement of law, *New Working paper series*, Working paper n° 62, nov. 1974.

⁹² Intervention de AMRANI MEKKI (S.), in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 11.

⁹³ *Ibid.*

CHAPITRE 2 – UN DROIT À RÉPARATION RETENU PAR LES DROITS NATIONAUX

33. En l'absence d'harmonisation européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles, les conditions de fond nécessaires pour la mise en œuvre de ce droit à réparation sont encore largement établies par les droits nationaux. Ainsi, dans tous les États membres de l'UE⁹⁴, la victime d'une pratique anticoncurrentielle peut demander réparation de son préjudice en engageant une action sur le fondement général de la responsabilité civile (Section 1). Cette application de principe du droit commun dans le cadre d'une action en réparation du préjudice concurrentiel est d'une grande simplicité en apparence. Toutefois, la mise en œuvre des règles substantielles de la responsabilité civile pour ce type d'actions révèle en pratique l'inadaptation de ces règles à la matière concurrentielle. Ainsi, l'absence de fondement spécifique à l'action en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles peut constituer de sérieuses limites à leur conduite (Section 2).

SECTION 1 – L'APPLICATION DE PRINCIPE DU FONDEMENT GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

34. L'approche comparative révèle à première vue une certaine uniformité des droits nationaux dans l'énoncé du principe (§ 1). Néanmoins, des divergences apparaissent dans la mise en œuvre de ce principe à travers l'étude de l'établissement des conditions de l'action civile (§ 2).

§ 1 – Uniformité dans l'énoncé du principe

35. Le principe selon lequel les actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles sont des actions en responsabilité civile est partagé tant par la plupart des systèmes continentaux (A) que par le droit français (B) qui appartient à cette famille des systèmes romano-civilistes.

A – En droit comparé (continental)

36. Le fondement de l'action privée en droit de la concurrence. Dans tous les systèmes continentaux européens⁹⁵, une action aux fins de réparation du préjudice concurrentiel peut être engagée sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle⁹⁶. Par exemple, à l'instar du droit français dont il sera question plus en détail dans le B, les droit italien, néerlandais, et belge prévoient que les actions civiles en dommages et intérêts liées à une infraction au droit de la concurrence se fondent sur les dispositions générales de la responsabilité civile telles que respectivement prévues aux articles 2043 s. du Code civil italien,

⁹⁴ Limite de l'étude comparative à la France, l'Italie, l'Allemagne et le cas particulier du système anglais.

⁹⁵ « Continentaux » : il est ainsi exclu ici le système britannique qui sera étudié dans le cadre du paragraphe 2. « Européens » : entendu comme « États membres de l'Union européenne ».

⁹⁶ J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », préc., p. 88.

de l'article 162 du Code civil néerlandais, 1295 du Code civil général autrichien ou encore des articles 1382 pour le Code civil belge ou français. De plus, même en droit allemand, la règle spéciale de l'article 33 alinéa 3 GWB, qui prévoit une spécificité en matière de responsabilité délictuelle dans le cadre du droit de la concurrence, vient s'inspirer du principe général de la responsabilité délictuelle de l'article 823 BGB qui impose au demandeur de l'action d'établir l'existence d'une faute⁹⁷. Ainsi, comme dans le système allemand, les droits nationaux ci-dessus évoqués demandent à la victime de la pratique anticoncurrentielle d'établir la faute imputable à l'auteur, le préjudice et le lien de causalité comme pour toute action civile traditionnelle⁹⁸.

37. La conformité du principe avec le droit de l'Union. Comme on l'a vu dans le chapitre précédent, en l'absence d'harmonisation, le droit de l'Union se contente de vérifier que les modalités procédurales ne rendent pas pratiquement impossible voire excessivement difficile l'exercice du droit à réparation conféré par le traité⁹⁹. En revanche, l'Union laisse en principe les États membres libres sur la question du fondement de l'action et s'accommode même avec les règles de fond de la responsabilité civile prévues par les droits nationaux. La Cour de justice a en effet reconnu dans son arrêt *Otis*¹⁰⁰ que, pour obtenir réparation devant le juge belge, le demandeur qui se prétend victime d'une pratique anticoncurrentielle doit établir que les trois conditions sont réunies, à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité. Néanmoins, dans une affaire récente, la Cour n'a pas hésité à soulever l'inadéquation de l'article 1295 du Code civil général autrichien avec l'article 101 TFUE en ce qu'il excluait l'obligation de réparation lorsqu'aucun lien n'existait entre les membres de l'entente et la victime. Ainsi, la Cour de justice a constaté que la règle de fond du droit autrichien exigeant l'établissement d'un « lien de causalité adéquat » et un « lien d'illicéité » entre le fait générateur et le préjudice était contraire à l'article 101 en ce qu'elle venait mettre en cause l'effet utile de l'interdiction des ententes : le principe de réparation du dommage résultant d'une violation des règles de concurrence n'étant pas susceptible de s'étendre à toute victime dudit dommage¹⁰¹.

B – En droit français

38. Les règles de droit commun de l'action en responsabilité civile. Le droit commun se définit comme celui « qui s'applique en principe (sauf exception) à toutes les personnes et à toutes les affaires »¹⁰². Or, en l'absence de fondement spécial à la matière concurrentielle en droit français, les victimes qui souhaitent obtenir réparation du préjudice subi du fait d'une

⁹⁷ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, Droit global, 2013, p. 20.

⁹⁸ *Ibid.* Les règles générales relatives à la réparation du préjudice sont applicables.

⁹⁹ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, préc. ; cf. *supra*, n° 14.

¹⁰⁰ CJUE, 6 sept. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis*, préc., pt 65 : « Enfin, il est important de relever qu'une action civile en réparation, telle que celle au principal, implique, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, non seulement la constatation de la survenance d'un fait dommageable, mais également l'existence d'un préjudice et d'un lien direct entre celui-ci et ledit fait dommageable ».

¹⁰¹ CJUE, 5 juin 2014, *Kone c/ OBB-Infrastruktur*, aff. C-557/12 : « L'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une interprétation et à une application du droit interne d'un État membre qui consiste à exclure manière catégorique, pour des motifs juridiques, que des 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, en considération des agissements de ladite entente, à un niveau plus élevé que celui qui aurait été appliqué en l'absence d'entente ».

¹⁰² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, 4^e éd., PUF, 1994.

pratique anticoncurrentielle se fondent sur les règles de droit commun de la responsabilité civile. L'article 1382 du Code civil constitue le fondement de la responsabilité civile qui se définit traditionnellement comme « l'obligation qu'a l'auteur d'une faute de réparer les préjudices qui en découlent »¹⁰³. Cet article suppose la démonstration des trois éléments constitutifs de l'action civile : la faute, le préjudice et le lien de causalité. Néanmoins, alors que les rédacteurs de ce texte avaient fait de la faute le « fondement unique »¹⁰⁴, la révolution industrielle va profondément bouleverser la responsabilité civile en faisant de la réparation du préjudice l'objectif premier de celle-ci. Cette transformation va faire passer la responsabilité civile « d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation »¹⁰⁵. C'est également dans ce sens que s'inscrit aujourd'hui le développement des actions privées en réparation à la suite d'une infraction aux règles de la concurrence. L'objectif est en effet de faciliter l'établissement de la faute afin de garantir à la victime d'une pratique anticoncurrentielle l'indemnisation de son préjudice concurrentiel¹⁰⁶.

39. Application du principe à la matière concurrentielle. Le droit à réparation découlant de pratiques anticoncurrentielles, tel que consacré par l'arrêt *Courage* précédemment cité, a en France une valeur constitutionnelle. En effet, dans une décision rendue le 22 juillet 2005, le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au contenu de l'article 1382 du Code civil¹⁰⁷. De plus, la Cour de cassation a également eu l'occasion de consacrer le droit à réparation du dommage concurrentiel sur le fondement de l'article 1382. En effet, dans deux affaires, la Cour a rappelé que l'action en réparation d'un dommage subi du fait de pratiques anticoncurrentielles intentée devant les juridictions civiles ou commerciales, est fondée sur l'article 1382 du Code civil¹⁰⁸. La violation des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce constituent des fautes délictuelles justifiant que l'action en réparation soit engagée sur le fondement de cette disposition¹⁰⁹. Le principe est alors d'une apparente simplicité lorsqu'il est appliqué à la matière concurrentielle : toute personne qui a subi un dommage à la suite d'une infraction aux règles de concurrence peut engager une action civile en réparation. Néanmoins, la mise en œuvre de l'article 1382 exige l'établissement des trois éléments constitutifs traditionnels de l'action civile par le demandeur : l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Sur ce point, plusieurs approches peuvent être observées dans les États membres.

§ 2 – Hétérogénéité dans l'établissement des conditions de fond de l'action civile

40. L'analyse comparative des conditions de l'action en responsabilité civile fait apparaître deux types approches dans les États membres. Dans un souci de clarté et parce

¹⁰³ A. BALLOT-LENAT, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préc., p. 433.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 3.

¹⁰⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, *RTD civ.* 1986, p. 1.

¹⁰⁶ Cf. *supra*, n^{os} 13 à 21.

¹⁰⁷ Cons. const., Déc. 2005-522 DC, 22 juill. 2005, *Loi de sauvegarde des entreprises* ; Cons. const., Déc. 82-144 DC, 22 oct. 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel* ; Cons. const., Déc. 82-155 DC, 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*.

¹⁰⁸ Cass. com., 1^{er} mars 1982, n^o 80-15834. ; CA Paris, 22 oct. 1997, n^o 1997-023295.

¹⁰⁹ CA Paris, 28 juin 2002, n^o 2002-186210.

qu'une étude des éléments constitutifs de l'action dans tous les systèmes continentaux apparaîtrait démesurée dans le cadre de ce mémoire¹¹⁰, seuls ceux de l'action civile en droit de la concurrence en France seront examinés (A) et comparés avec l'approche de *common law* à travers l'étude du droit anglais et l'influence américaine (B).

A – L'approche française

41. La faute. En droit français, afin d'obtenir réparation de son dommage lié à une pratique anticoncurrentielle, le demandeur doit tout d'abord établir l'existence de la faute du défendeur. En l'absence de définition dans le Code civil, la faute est traditionnellement définie comme « la violation d'une obligation préexistante » selon la définition de Planiol¹¹¹. Ainsi, la « faute », au sens de l'article 1382 du Code civil, peut-elle être constituée par la commission d'une pratique anticoncurrentielle ? La violation d'une règle de droit écrit suffit en principe à la qualifier. En effet, en droit de la concurrence, il s'agit principalement pour le demandeur de prouver le caractère illégal des faits reprochés, en établissant que la pratique en question est contraire aux règles qui interdisent les ententes et abus de position dominante, à savoir les articles L. 420-1¹¹² et L. 420-2¹¹³ du Code de commerce en droit interne, et les articles 101 et 102 TFUE en droit de l'Union. « L'unité entre faute concurrentielle et faute civile »¹¹⁴ est communément admise en droit français¹¹⁵. Ainsi, celui qui enfreint une disposition légale, telle une règle de concurrence, commet une faute de nature à engager sa responsabilité civile, dans l'hypothèse où, évidemment, les autres conditions – dommage et lien de causalité – sont

¹¹⁰ Pour une étude comparée approfondie des éléments constitutifs de l'action en Europe, v. L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., 2013.

¹¹¹ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année. Les obligations*, 7^e éd, Dalloz, HyperCours, 2012, p. 307.

¹¹² Art. L. 420-1 du Code de commerce : « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

¹¹³ Art. L. 420-2 du Code de commerce : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1 l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme ».

¹¹⁴ Expression utilisée par le Professeur Fasquelle, D. FASQUELLE, R. MESÀ, Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, *Concurrences*, 2006, p. 33-37, spéc. p.35.

¹¹⁵ Pour la doctrine v. notamment, Intervention de E. CLAUDEL in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 29 ; M. CHAGNY, Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? *Communication Commerce électronique* n° 12, décembre 2010, comm. 122.

également satisfaites. Par exemple, dans un arrêt rendu le 28 juin 2002, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « la violation (...) des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce constitue des fautes délictuelles justifiant l'action en réparation engagée par la société S... sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹¹⁶. Ainsi, bien que le contentieux ne soit pas abondant sur cette question¹¹⁷, la solution selon laquelle la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil et expose le contrevenant à une condamnation sur le fondement de la responsabilité civile est fermement acquise¹¹⁸.

42. Le préjudice. Le principe de droit commun selon lequel le responsable doit réparer « le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage » s'applique dans le cadre des actions civiles en réparation relatives à une pratique anticoncurrentielle. À condition de prouver le caractère certain du préjudice, la victime peut obtenir indemnisation aussi bien d'une perte effectivement subie que d'un manque à gagner¹¹⁹. En effet, le préjudice en droit de la concurrence comprend tous les coûts que la victime a dû assumer en raison de la limitation de la concurrence. Il peut s'agir d'une augmentation du prix des marchandises ou des services, ou de la perte de part de marché ou de clientèle. Par exemple, dans l'affaire *Concurrence c/ Sony* du 22 octobre 1997¹²⁰, la Cour d'appel de Paris avait admis l'existence d'un dommage dès lors que la victime avait été privée d'une partie de sa clientèle. De plus, le préjudice peut également résulter de la perte de chance de réaliser des profits, traditionnellement définie comme l'atteinte à la probabilité d'obtenir un gain économique¹²¹. La chance doit néanmoins être réelle, sérieuse et potentiellement concrétisée dans un bref délai. Ce type de préjudice peut être envisageable dans le cadre d'un abus de position dominante qui aurait empêché un concurrent potentiel d'entrer sur le marché¹²². En revanche, contrairement aux systèmes anglais et américain, le droit français s'oppose à l'octroi de dommages et intérêts punitifs qu'il considère comme contraire à l'ordre public. Cette interdiction se justifie par deux considérations : la responsabilité civile délictuelle a pour fonction unique de réparer et non de punir, et la victime ne doit pas pouvoir s'enrichir dans le cadre d'une action en responsabilité¹²³. En effet, selon une conception traditionnelle en France, l'institution des

¹¹⁶ CA Paris, 25^e ch. A, 28 juin 2002, *SARL Philippe Streif Motorsport e.a. c/ SAS Speedy e.a.*, JCP G, 2003.

¹¹⁷ M. CHAGNY (), *Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ?*, préc.

¹¹⁸ Cass. com., 28 janv. 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, n° 50. – CA Paris, 12 déc. 1996, *D. aff.* 1997, p. 240. – V. déjà CA Rennes, 9 déc. 1959, *Dr. soc.* 1960, p. 454, note P.-H. Teitgen. – CA Paris, 23 juin 1953, *D.* 1954, p. 365, note J. Léauté. En revanche, la solution est différente dans certains États membres, comme par exemple l'Allemagne, le Portugal ou la Grèce, qui exigent la démonstration supplémentaire d'une faute malgré la preuve de l'infraction aux règles de concurrence ; voir en ce sens le rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004, p. 48 et s.

¹¹⁹ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 22.

¹²⁰ CA Paris, 22 oct. 1997, *SA Concurrence c/ Sony*.

¹²¹ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 23.

¹²² Autres exemples de préjudices réparables au titre de l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil : le préjudice financier, le préjudice résultant de la captation de clientèle, ou le préjudice résultant du retour de clientèle (phénomène de fidélisation de la clientèle) (CA Paris, 23 juin 2004, *JurisData* n° 2004-247697). Constitue également un préjudice dont la victime de la pratique concertée est fondée à obtenir réparation un retard causé par une pratique concertée entre deux sociétés dans la discussion d'un contrat (CA Paris, 19 mai 1993, *JurisData* n° 1993-024273. – CA Paris, 30 sept. 1998, *JurisData* n° 1998-022264).

¹²³ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse,*

dommages et intérêts punitifs constituerait une altération à la mission classique de la responsabilité civile, à savoir sa fonction réparatrice. Une telle introduction ferait de plus peser un risque de dérive spéculative caractérisée par un détournement du contentieux par des demandeurs en quête de profits¹²⁴.

43. Le lien de causalité. Enfin, afin d'obtenir réparation du préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle, le demandeur doit prouver le lien de causalité entre le dommage et la violation de la règle de concurrence. En effet, une fois la pratique anticoncurrentielle démontrée et le préjudice établi, la personne qui se prétend victime de pratiques anticoncurrentielles doit établir une relation directe entre le dommage et les fautes caractérisées à l'encontre de l'auteur de ces pratiques¹²⁵. En France, deux théories permettent traditionnellement d'établir le lien de causalité : la théorie de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate¹²⁶. Selon la première, la responsabilité est engagée dès lors que le fait illicite a nécessairement concouru à la réalisation du dommage. Aucune hiérarchie n'est donc établie entre les faits ayant conduit au préjudice. À partir du moment où ils ont conduit à sa production, ils peuvent tous en être considérés comme la cause. La seconde, elle, oblige à opérer un tri parfois difficile entre les événements ayant conduit au dommage. Elle rattache le dommage à la cause qui, dans la suite naturelle des événements, serait de nature à produire le dommage. En matière de pratiques anticoncurrentielles, les juges français ont tendance à favoriser la théorie de la causalité adéquate, qui correspond à une vision plus stricte voire restrictive du lien de causalité. Par exemple, le Tribunal de commerce de Nanterre, saisi d'une demande en réparation du préjudice causé par une entente illicite, avait estimé que, « s'il exist[ait] un lien entre la faute des auteurs des ententes et la majoration des prix des matières premières, le lien de causalité entre ces prix majorés et le préjudice allégué n'[était] quant à lui pas établi du fait de la possibilité qu'avait le vendeur de répercuter cette majoration dans ses prix de vente ». En l'espèce, le vendeur ayant choisi de ne pas augmenter ses prix, car préférant déterminer librement sa politique commerciale, la responsabilité des auteurs de l'entente ne pouvait être engagée sur le fondement civil¹²⁷. Ainsi, comme on le verra dans la Section 2, l'établissement du lien de causalité constitue ainsi l'un des principaux obstacles pour obtenir réparation.

B – L'approche de *common law*

44. L'absence de « faute ». Contrairement au droit français étudié ci-dessus et au droit romano-civiliste de manière plus générale, il n'est pas nécessaire pour le demandeur d'établir l'existence d'une faute pour obtenir réparation du dommage concurrentiel. En effet, en droit

États-Unis, préc., p. 27.

¹²⁴ Arguments notamment rapportés par une partie de la doctrine à la suite de la divulgation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations élaboré en 2006 par la commission présidée par le professeur P. Catala. Néanmoins, il s'agit en droit civil français d'une question très controversée qui avait fait l'objet de commentaires, à l'inverse, favorables à la consécration de dommages et intérêts punitifs : v. notamment M. CHAGNY, La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *JCP G*, n° 25, 21 Juin 2006, I, 149.

¹²⁵ CA Paris, 23 juin 2004, JurisData n° 2004-247697.

¹²⁶ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année. Les obligations*, préc., p. 401.

¹²⁷ T. com. Nanterre, 11 mai 2006, *SA Laboratoires Arkopharma c/ Stés Roche et Hoffmann La Roche*, *RLDC* janv.-mars 2007, n° 10, p. 62.

anglais, une pratique ayant des effets anticoncurrentiels constitue un fondement suffisant pour engager l'action civile. La responsabilité en droit anglais est basée sur le système de *tort law*, semblable à celui du droit américain. Il existe ainsi plusieurs types d'actions en responsabilité qui sont toutes fondées sur un *tort* différent. Pour la matière qui nous intéresse, il existe donc un texte légal spécifique inscrit dans la réglementation de la concurrence, qui prévoit que l'action en dommages et intérêts à la suite d'une pratique anticoncurrentielle trouve son fondement dans le *breach of statutory duty*, à savoir la violation d'un devoir légal, pour lequel aucune faute ne doit être spécifiquement établie. Cette approche se retrouve également en droit américain. L'article 4 du *Clayton Act* n'exige pas non plus l'établissement d'un comportement fautif mais se contente de la preuve d'une violation du droit de la concurrence en conférant le droit d'agir à « toute personne subissant un préjudice dans son activité ou dans ses biens du fait de tout acte interdit par le droit de la concurrence »¹²⁸.

45. Réparation intégrale et dommages et intérêts punitifs, l'influence américaine. Il est également appliqué dans les systèmes de *common law* le principe de *full compensation*, soit la réparation intégrale. Néanmoins, à la différence de la conception française du préjudice, le système juridique britannique est plus réticent à admettre une indemnisation pour la perte d'une chance de gain. De plus, la principale différence avec le droit français, et plus globalement avec tous les systèmes continentaux de la responsabilité civile, réside dans le possible octroi de dommages et intérêts punitifs. En effet, alors qu'ils sont considérés comme contraires à l'ordre public dans la plupart des États membres de l'Union, le Royaume-Uni admet la condamnation d'une entreprise qui a commis une infraction aux règles de la concurrence à payer des dommages et intérêts punitifs. Cela se rapproche du système américain selon lequel la victime peut obtenir des dommages et intérêts triples (*treble damages*) qui correspondent au triple du montant du préjudice subi. Le remboursement des frais d'avocat et de justice est également prévu. La règle répond ainsi au double objectif du droit de la concurrence américain : réparer le préjudice de la victime et dissuader les potentiels auteurs de pratiques anticoncurrentielles¹²⁹.

46. Alors que le système anglais aurait tendance à faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité, les règles traditionnelles de droit français appliquées à la matière concurrentielle constituent en pratique de véritables limites à l'obtention de dommages et intérêts par la victime.

SECTION 2 – LES LIMITES PRATIQUES LIÉES A L'ABSENCE DE FONDEMENT SPÉCIFIQUE À L'ACTION EN RÉPARATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

47. La transcription du mécanisme général révèle en pratique l'inadaptation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité à la matière concurrentielle¹³⁰ (§ 1). Le droit de l'Union, notamment par le biais du récent paquet *private enforcement*, tente d'encadrer les

¹²⁸ Art. 4 du Clayton Act : « Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue (...) and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee ».

¹²⁹ Cf. *infra*, n° 126.

¹³⁰ L'analyse se limitera dans cette section à l'étude du droit français.

règles substantielles des droits nationaux (§ 2).

§ 1 – L’inadaptation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité

48. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile étudiées dans la section précédente apparaissent souvent inadaptées en pratique¹³¹, les victimes ne parvenant pas toujours à établir le fait générateur malgré une décision de l’ANC (A), ou rencontrant des difficultés dans l’identification et l’évaluation du préjudice (B) ou encore n’arrivant pas à démontrer le lien de causalité avec la pratique en cause (C).

A – L’établissement de la faute et l’articulation avec la décision de l’ANC

49. L’absence de fondement textuel concernant l’unité entre faute civile et concurrentielle. Comme on l’a vu dans la section précédente, l’établissement du fait générateur de responsabilité constitue la première condition pour obtenir le prononcé de sanctions civiles. De plus, il avait été constaté que l’unité entre la faute civile et concurrentielle était couramment admise tant par la doctrine que les tribunaux¹³². Toutefois, en l’absence de texte spécifique en la matière, rien ne nous indique que cette solution soit appliquée systématiquement. En effet, dans le cadre d’une action privée à la suite d’une pratique anticoncurrentielle, le droit civil et le droit de la concurrence sont appelés à intervenir. Or il peut tout à fait exister des divergences quant à la conception de l’illicéité entre ces deux disciplines : une faute concurrentielle ne constitue pas toujours une faute civile¹³³. Ainsi, la faute concurrentielle n’est pas présumée de manière irréfragable. Par exemple, dans un arrêt de 2004¹³⁴, la Cour d’appel de Versailles a pris soin de vérifier que la pratique anticoncurrentielle en cause constituait bien également une faute civile, preuve que leur unité ne va pas forcément de soi. Ainsi, une décision refusant de qualifier de faute civile un comportement anticoncurrentiel peut tout à fait être concevable¹³⁵.

50. L’articulation avec les procédures devant les autorités de concurrence (Commission et ANC). Aucune difficulté n’apparaît dans le cas où la personne qui se prétend victime apporte une décision de sanction émanant de la Commission européenne. En effet, en vertu de l’article 16 du règlement n° 1/2003, le juge a l’obligation de se conformer à celle-ci au nom d’un principe de coopération loyale. En vue d’assurer l’application uniforme du droit européen de la concurrence, le juge ne peut pas prendre une décision allant à l’encontre de celle de la Commission. Ainsi, il ne peut pas déclarer que les faits commis ne caractérisent pas une infraction si la Commission a sanctionné préalablement la partie en litige devant lui¹³⁶. En revanche, dans l’hypothèse où l’établissement de la faute serait facilité par l’existence d’une

¹³¹ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 126 ; C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1443.

¹³² Cf. *supra* n° 40.

¹³³ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 340.

¹³⁴ CA Versailles, 24 juin 2004 n° 2004-282578.

¹³⁵ A. BALLOT-LENAT, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préc., p. 442.

¹³⁶ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1411.

décision de l'Autorité de la concurrence, la difficulté réside dans l'articulation entre la procédure menée devant l'Autorité de la concurrence et celle menée devant le juge judiciaire. En effet, ces deux procédures peuvent être conduites simultanément mais elles sont en théorie complètement indépendantes. Ainsi, dans le cas où une entreprise aurait été condamnée par l'Autorité de la concurrence, la décision de cette dernière ne lie pas en soi le juge judiciaire concernant l'existence de la faute. Juridiquement, en l'absence d'autorité de la chose décidée de la décision de l'autorité administrative, le juge peut ainsi en principe décider librement s'il considère qu'il est en présence d'une faute civile ou non, ce qui fait peser un risque de solutions contradictoires¹³⁷. Cependant, il apparaît qu'en pratique, la condamnation de l'entreprise contrevenante par l'Autorité de la concurrence est jugée suffisante¹³⁸. Finalement, nous sommes une nouvelle fois sur ce point en face d'une adaptation en pratique des règles de droit commun dans le but de venir combler leur insuffisance en matière concurrentielle.

B – Les difficultés dans l'identification et l'évaluation du préjudice

51. La preuve de l'existence du préjudice. Dans l'hypothèse où il a réussi à démontrer la faute du défendeur, le demandeur doit encore prouver son préjudice. En effet, comme on l'a vu précédemment, les règles de droit commun imposent à celui qui demande des dommages et intérêts de démontrer qu'il a personnellement subi un préjudice. La jurisprudence avait néanmoins pu alléger la charge probatoire du demandeur en matière de concurrence en déduisant directement le préjudice de l'existence d'une faute. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2003, la Cour de cassation avait en effet jugé qu'« il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitutifs de préjudice »¹³⁹. Cependant, un arrêt plus récent a montré l'importance pour les victimes cherchant à obtenir réparation de pratiques anticoncurrentielles, de démontrer l'existence de leur préjudice. En effet, dans l'affaire dite *Lectiel*¹⁴⁰, un concurrent de France Telecom contestait le prix excessif que lui avait coûté l'accès à la liste orange des abonnés détenue par cette dernière. Après plus de vingt ans de procédure, la Cour de cassation avait suivi son raisonnement et confirmé que la société Lectiel avait été victime d'un abus de position dominante. Elle avait alors cassé l'arrêt au motif que les juges du fond n'avaient pas recherché « si une faute de la société France Telecom, génératrice d'un préjudice pour les sociétés Lectiel et Groupadress, résultait des pratiques retenues comme constitutives d'abus de position dominante ». Cependant, la Cour d'appel de Paris saisie du renvoi débouta les demandeurs en considérant que les victimes n'avaient pas suffisamment démontré l'existence de leur préjudice. Cet arrêt aux motivations lapidaires constitue la preuve d'une certaine inadaptation des règles de droit commun concernant les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile en matière concurrentielle¹⁴¹.

52. L'évaluation du préjudice. Ensuite, la deuxième difficulté concernant le préjudice réside dans son évaluation. On avait pu évoquer dans le premier chapitre le manque de formation des juges face à la complexité de l'exercice économique que demande le calcul du

¹³⁷ Op. cit., p. 443.

¹³⁸ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 18.

¹³⁹ Cass, com., 1^{er} juillet 2003, n° 01-13052.

¹⁴⁰ CA Paris, ch.5-10, 27 juin 2012, *Me Michel Bes c/ SA France Telecom*, RG n° 10/18278.

¹⁴¹ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 127.

dommage découlant d'un comportement anticoncurrentiel¹⁴². Il s'agit en effet pour lui d'effectuer une comparaison entre les conditions du marché et la situation de la victime, avec celles qui auraient prévalu en l'absence de pratique anticoncurrentielle. Concernant les méthodes des juges français pour évaluer ce préjudice, certains auteurs n'hésitent pas à les qualifier de « l'un des points aveugles du régime de responsabilité civile »¹⁴³. Dans la première méthode, les juges s'attachent à regarder les pertes subies par la victime à l'aide des différents exercices comptables de celle-ci. Selon la deuxième, dite « contrefactuelle », ils calculent le préjudice en considération de ce qui aurait dû être payé dans le cas où la concurrence n'aurait pas été violée. Bien qu'il ait à disposition certains instruments lui permettant de déterminer le préjudice subi par la victime de pratiques anticoncurrentielles et son montant¹⁴⁴, le juge reste néanmoins confronté à la difficulté de faire une estimation du préjudice la plus proche possible des réalités¹⁴⁵.

C – La démonstration délicate du lien de causalité

53. La complexité du contexte économique dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles. Enfin, le dommage subi par la victime ne peut ouvrir droit à réparation qu'à la condition que le demandeur prouve le lien causal entre son dommage et le fait dommageable imputable au défendeur. La démonstration du lien entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice invoqué constitue l'une des plus grandes difficultés auxquelles le demandeur doit faire face afin d'obtenir réparation. Le défendeur peut tout d'abord facilement invoquer l'argument selon lequel la hausse des prix ou la perte de clientèle subie par le demandeur n'est que le résultat du contexte économique et du fonctionnement du marché¹⁴⁶. De plus, dans le cadre d'une situation économique complexe qui fait souvent intervenir de nombreux acteurs, il apparaît difficile d'identifier la cause précise du préjudice. Deux arrêts peuvent en effet l'illustrer. Dans la première affaire¹⁴⁷, la Cour d'appel de Paris a rejeté une demande d'indemnisation de la société Mars au motif que rien ne permettait d'établir un lien entre le comportement anticoncurrentiel et le fait que ladite société ne se soit pas implantée sur le marché. Selon elle, la société Mars qui réclamait indemnisation du préjudice lié au surcoût provoqué par la perte de clientèle, n'avait pas suffisamment prouvé que le dépassement du budget prévisionnel avait pour origine les agissements du défendeur. Dans un autre arrêt¹⁴⁸, le Tribunal de commerce de Paris a rejeté la demande d'indemnisation de la société Eco System qui invoquait un préjudice lié à la perte de valeur de l'entreprise. Le Tribunal a en effet considéré que la part de Peugeot dans le chiffre d'affaire d'Eco System était

¹⁴² Intervention de R. BECKER in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 6.

¹⁴³ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1447.

¹⁴⁴ Les juges peuvent par exemple se fonder sur une expertise : CA Paris, 30 sept. 1998, *JurisData* n° 1998-022264 : après expertise la cour a accordé 5 213 756,39 € à titre de dommages et intérêts. – CA Paris, 22 oct. 2001, *JurisData* n° 2001-157128 : la cour a accordé 1 524 490,17 € à la victime des pratiques anticoncurrentielles en cause. – CA Paris, 23 juin 2004, *JurisData* n° 2004-247697 : la cour a accordé 1 846 584 € à titre de dommages et intérêts aux entreprises victimes.

¹⁴⁵ Interdiction des barèmes et référentiels pour l'évaluation du préjudice, v. en ce sens : Colloque S. PORCHY-SIMON, « Le droit mis en barèmes », janv. 2014.

¹⁴⁶ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 30.

¹⁴⁷ CA Paris, 1^{re} ch. civ., 19 mai 1993, *Mors c/ Labinal*.

¹⁴⁸ T. com. Paris, 22 octobre 1996, *Eco System c/ Peugeot*.

trop peu importante pour qu'elle soit à l'origine des difficultés financières de ladite société. Ces deux arrêts témoignent ainsi de la difficulté des victimes à établir cette condition du lien de causalité dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

54. La question de la répercussion des surcoûts, *passing on overcharges*. Il s'agit de l'hypothèse où plusieurs événements sont venus rompre le lien causal entre la violation du droit de la concurrence et le prétendu préjudice du demandeur. Sur cette question, l'exemple le plus parlant est le cas faisant intervenir le consommateur final. Dans le cas où il serait le demandeur, il risque d'avoir des difficultés à prouver que la pratique anticoncurrentielle ayant restreint la concurrence est la cause de son préjudice. En effet, il est un acheteur indirect éloigné du fabricant, par hypothèse auteur de l'infraction. Ce dernier pourra facilement arguer que les acheteurs intermédiaires, à savoir ici le distributeur, ont absorbé le surcoût en l'imputant sur leur propre marge.

55. Les lacunes de règles substantielles françaises observées ci-dessus sont en plus corroborées par les nombreuses divergences entre États membres de l'Union européenne¹⁴⁹, qu'il aurait été trop long d'aborder dans le cadre de ce mémoire. Néanmoins, l'inadaptation des règles substantielles des droits nationaux a été largement constatée à l'échelle de l'Union¹⁵⁰. Ainsi, le récent paquet *private enforcement* pourrait bien constituer un aménagement nécessaire permettant de dépasser les difficultés démontrées.

§ 2 – Le nécessaire encadrement des règles substantielles nationales par le droit de l'Union

56. Aborder la question de la réparation du dommage concurrentiel à l'échelle de l'Union européenne revient à s'interroger sur l'influence européenne du droit de l'Union sur le droit de la responsabilité civile (A). Le paquet *private enforcement* de juin 2013 vient clairement s'intéresser aux règles de fond de l'action en souhaitant faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité (B).

A – L'influence européenne sur l'aménagement des règles de droit commun

57. La question de la compétence de l'UE et son influence sur le droit de la responsabilité civile. La question de la compétence de l'UE concernant la réparation du dommage concurrentiel peut interroger. Il suffit de se souvenir des vifs débats suscités par le projet de Code civil européen pour se rendre compte à quel point la compétence de l'Union pour élaborer un régime commun de responsabilité peut être contestée dans les droits internes¹⁵¹. Pourtant, les observations faites par certains juristes nationaux révèlent surtout leurs craintes vis-à-vis de ces « règles venues d'ailleurs » lorsqu'il est fait référence à la

¹⁴⁹ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 128.

¹⁵⁰ Rapport Ashurst, Livre vert et Livre blanc, préc.

¹⁵¹ P. MALAURIE, « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », colloque de Leuven (Belgique) (30 nov. - 1^{er} déc. 2001), *JCP G*, n° 6, 6 févr. 2002, I, 110.

réglementation européenne et la vision purement nationale qu'ils se font du droit¹⁵². Ils voudraient que le droit de la responsabilité civile soit une discipline purement interne, totalement imperméable au droit de l'UE. Pourtant, depuis que l'Union européenne a dépassé sa visée purement économique des origines, on peut trouver une certaine influence du droit de l'UE sur les règles de responsabilité civile. Deux matières sont déjà particulièrement touchées : la protection de l'environnement et la protection des consommateurs. Cette dernière se caractérise par la directive sur la responsabilité des produits défectueux qui est la source de droit de la responsabilité la plus aboutie. Dans ces domaines, on constate une véritable unification des règles de la responsabilité civile rendue possible pour les raisons classiques, à savoir la réalisation du marché intérieur et l'obstacle que pouvait causer la diversité des législations des États membres¹⁵³.

58. Un droit européen des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de la concurrence ? Comme on a pu le démontrer, l'application du droit commun dans le cadre d'une action en réparation à la suite d'une infraction aux règles de la concurrence suscite de nombreuses difficultés dans les droits nationaux. Alors que l'influence européenne en droit de la responsabilité civile s'est longtemps résumée à n'être qu'une « source d'interprétation judiciaire et un moyen d'incitation à des réformes »¹⁵⁴, il apparaît aujourd'hui qu'un pas a été franchi en ce qui concerne la responsabilité civile en droit de la concurrence. Avec la publication en juin 2013 du paquet *private enforcement*, le législateur européen a fait preuve d'une intervention plus poussée¹⁵⁵, en proposant une législation spécifique applicable à la matière concurrentielle. Néanmoins, la compétence de l'Union pourrait également faire l'objet de contestations puisque la proposition de directive aborde également la question des actions en réparation pour les seules violations du droit national, c'est-à-dire en dehors de toute infraction au droit de l'Union. Cependant, il apparaîtrait plus complexe pour les États membres d'imaginer deux régimes différents¹⁵⁶.

B – Une volonté affichée : faciliter l'établissement des conditions de la réparation

59. Ayant pour objectif de lever les principaux obstacles auxquels la victime doit faire face dans le cadre d'une action en réparation à la suite d'une infraction aux règles de la concurrence, le paquet *private enforcement*, et plus précisément la proposition de directive, aborde les règles de droit substantiel. La Commission souhaite en effet faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité.

60. La faute. Pour cela, la proposition de directive vient tout d'abord faciliter l'établissement de la faute en généralisant l'article 16 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 sur l'effet de chose décidée des décisions de la Commission à toutes les décisions définitives des autorités nationales de concurrence qui constatent une infraction. Ainsi, le juge

¹⁵² Association Henri Capitant, « Le renouvellement des sources du droit des obligations », LGDJ, 1997, p. 1.

¹⁵³ P. JOURDAIN, « Les sources communautaires du droit de la responsabilité civile », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, spéc. p. 29s.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 43.

¹⁵⁵ C. NOURISSAT, B. DE CLAVIERE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence, libertés de circulation*, 4^e éd., Dalloz, HyperCours, 2013, p. 412.

¹⁵⁶ L. IDOT, *Pratiques anticoncurrentielles et actions privées en réparation*, *Europe*, août 2013, n° 8, comm. 366.

national ne pourra plus rendre de jugement allant à l'encontre d'une décision rendue par une autorité de concurrence. Cela a ainsi le mérite de lever le doute abordé dans la section précédente concernant le lien entre le juge judiciaire et l'autorité attachée aux décisions de l'ANC en France¹⁵⁷. La valeur contraignante donnée aux décisions des autorités nationales de concurrence, telle qu'envisagée dans la proposition de directive, permet d'alléger la charge de la victime qui se contentera d'apporter la décision de l'ANC pour caractériser la faute. Cependant, cette solution n'est pas sans conséquence sur les règles de procédure civile des droits nationaux¹⁵⁸. En France, cela doit entraîner par exemple une modification des règles de procédure civile, et nécessite de rendre expressément contraignantes, pour les juridictions civiles, les décisions des autorités nationales de concurrence françaises mais aussi étrangères¹⁵⁹. Ensuite, concernant les autres conditions de l'action en réparation, la proposition de directive contient des dispositions visant à faciliter l'établissement du préjudice et du lien de causalité.

61. La question de la quantification du préjudice. Sur le préjudice, la proposition de directive dispose que le préjudice est présumé en présence d'une entente¹⁶⁰. La communication insiste également sur le principe de la réparation intégrale du préjudice, qu'il s'agisse d'une perte subie comme d'un manque à gagner¹⁶¹. Pour la quantification du préjudice, la proposition de directive renvoie largement la question à la communication sur la quantification du préjudice et au guide pratique destiné à assister le juge sur les techniques et méthodes à utiliser¹⁶².

62. La condition relative au lien causal, la répercussion du surcoût. De plus, étant donné qu'il est très fréquent que les produits visés par l'infraction sont transmis à des acheteurs successifs, notamment dans les affaires de cartels, la question de la répercussion du surcoût par les acheteurs successifs, de prix engendrés par la pratique anticoncurrentielle pose en pratique de sérieuses difficultés. Ainsi, la proposition de directive prévoit que le défendeur à l'action en réparation peut opposer à l'acheteur direct le moyen de la répercussion du surcoût. En revanche, il ne peut pas l'opposer à l'acheteur indirect¹⁶³. Les acheteurs indirects peuvent bénéficier d'une présomption indirecte selon laquelle le surcoût a été répercuté sur eux et qu'il revient au juge d'évaluer la part du surcoût répercutée¹⁶⁴.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

63. Les États membres sont attachés à leur compétence s'agissant de la mise en œuvre

¹⁵⁷ Cf. *supra*, n° 49.

¹⁵⁸ I. HOEPFNER-LEGER, Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : piste de réflexion, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°1, janv. 2007, dossier 4.

¹⁵⁹ Cf. *infra*, n° 88.

¹⁶⁰ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc., art. 16.

¹⁶¹ Comm. UE, *Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE*, préc., pt 6.

¹⁶² *Ibid.* ; 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.

¹⁶³ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc., art. 12.

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 13.

des règles de fond du droit à réparation à la suite d'une infraction aux règles de la concurrence. En l'absence d'une législation interne spécifique ou harmonisée à l'échelle de l'UE, le mécanisme général de la responsabilité civile prévu par l'ensemble des droits nationaux reste applicable. Or il est apparu au cours de ce chapitre que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile sont souvent inadaptées dans le cadre d'une action civile en réparation du dommage concurrentiel. La spécificité du contentieux des pratiques anticoncurrentielles nécessiterait une adaptation des règles de fond afin de faciliter le développement du *private enforcement*.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

64. Le droit à réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle est consacré tant par le droit de l'UE que par les droits nationaux. Bien que l'Union ait largement rappelé et renforcé ce droit par l'intermédiaire de ces institutions (CJUE et Commission principalement), la mise en œuvre des règles de fond de la responsabilité civile reste aux mains des droits nationaux. Néanmoins, les règles générales prévues par les droits nationaux nous sont apparues largement inadaptées pour la matière qui nous intéresse. Consciente de ces difficultés d'ordre substantiel¹⁶⁵, l'Union tente aujourd'hui de venir faciliter les conditions de la responsabilité civile dont l'établissement constitue le principal obstacle au déclenchement de l'action. Néanmoins, la véritable adaptation aux spécificités du contentieux des pratiques anticoncurrentielles réside plutôt dans l'aménagement des règles processuelles de l'action en réparation.

¹⁶⁵ Expression empruntée à C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1444.

DEUXIÈME PARTIE

LA MUTATION EUROPÉENNE DES ACTIONS EN RÉPARATION

65. Le paquet *private enforcement* de juin 2013 est venu rappeler le « lien quasi congénital de la substance et du procès »¹⁶⁶. Le droit de la concurrence comme le droit de la responsabilité civile ont en effet une vocation procédurale permettant d'assurer l'effectivité du droit à réparation largement proclamé par le droit de l'Union. Le régime de droit commun prévu par les droits nationaux a vocation à s'appliquer en matière de concurrence afin de garantir l'exercice de ce droit. Néanmoins, les règles procédurales apparaissent trop souvent inadaptées pour traiter les demandes des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, il n'est pas étonnant de constater dans ce paquet *private enforcement*, l'importance particulière accordée par la Commission aux aspects procéduraux de l'action en réparation. Des mesures viennent en effet adapter les règles procédurales afin de faciliter l'exercice de l'action en réparation. La mutation européenne des actions en réparation réside alors d'une part, dans l'adaptation des recours individuels initiée par l'UE (Chapitre 1) et d'autre part, dans la création des recours collectifs encouragée par l'UE (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L'ADAPTATION DES RECOURS INDIVIDUELS INITIÉE PAR L'UNION

66. Pour répondre à la spécificité du droit des pratiques anticoncurrentielles, la France, comme d'autres États membres¹⁶⁷, a fait le choix de concentrer le contentieux des pratiques anticoncurrentielles au sein de quelques juridictions¹⁶⁸. Bien que cette spécialisation connaisse des difficultés de mise en œuvre¹⁶⁹, elle constitue le signe d'une première adaptation des règles procédurales de l'action en réparation à la suite d'une infraction aux règles de concurrence. En effet, cette spécialisation du contentieux correspond à une prise en compte de la particularité du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce chapitre ne détaillera pas cette question mais se concentrera plutôt sur l'analyse d'autres aménagements qui ont permis de faciliter l'exercice de l'action d'une personne privée qui se prétend victime d'une pratique anticoncurrentielle (Section 1). Nous verrons cependant que cet exercice, bien que facilité, n'en reste pas moins déséquilibré (Section 2).

SECTION 1 – UN EXERCICE FACILITÉ

67. L'exercice de l'action civile en réparation pour violation d'une règle de concurrence se trouve facilité non seulement par le caractère extensif de la qualité pour agir pour ce type d'action (§ 1), mais aussi par l'aménagement des règles de prescription (§ 2) et celui de l'accès

¹⁶⁶ Intervention de S. AMRANI MEKKI in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 11.

¹⁶⁷ Tel est le cas du Royaume-Uni, de l'Allemagne, de l'Italie ou encore de l'Espagne.

¹⁶⁸ Huit tribunaux de grande instance et huit tribunaux de commerce sont chargés depuis 2005 du contentieux des pratiques anticoncurrentielles en France : Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes. Décret du 30 décembre 2005 codifié à l'article R. 420-3 du Code de commerce.

¹⁶⁹ En ce sens, C. PRIETO, D.BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1421 ; D. BOSCO, La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse, *Concurrences*, n° 1-2011, p. 236.

aux preuves potentiellement détenues par l'autre partie¹⁷⁰ (§ 3).

§ 1 – Le caractère extensif de la qualité pour agir en matière d'action civile de concurrence

68. Non seulement la plupart des droits nationaux des États membres de l'UE ont tendance à prévoir une large ouverture de l'action en justice et cela comme condition de son effectivité (A), mais les dispositions de la proposition de directive suggèrent aussi d'ouvrir un peu plus l'accès aux prétoires en reconnaissant explicitement la qualité à agir des acheteurs indirects (B).

A – La large ouverture de l'action dans les droits nationaux comme condition de son effectivité

69. Définition de la qualité pour agir et distinction avec l'intérêt à agir. Communément qualifiée de « titre juridique en vertu duquel on agit »¹⁷¹, la qualité pour agir a été définie par le Doyen Héron comme « la traduction processuelle de la titularité d'un droit substantiel »¹⁷². En général, en droit interne, la qualité pour agir en réparation n'est pas une condition de l'action en justice. En effet, la simple démonstration d'un intérêt à agir suffit pour pouvoir exercer l'action. Néanmoins, la loi peut créer des actions attitrées pour lesquelles l'exigence d'une qualité pour agir est nécessaire en plus de l'intérêt. Cela traduit la mainmise du législateur sur la question : ce dernier pouvant faire le choix d'ouvrir ou au contraire de limiter l'accès aux prétoires en fonction de la politique juridique¹⁷³. Concernant le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, le législateur n'attribue pas les actions à certaines victimes puisqu'il cherche au contraire à faciliter et à développer leurs actions en réparation. Ainsi, toute personne s'estimant victime de la pratique anticoncurrentielle en question peut agir en réparation.

70. Une conception large de la qualité pour agir dans les droits nationaux européens. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice, les États membres ont uniformément élargi le cercle des personnes habilitées à agir en réparation en adoptant une conception large de la qualité pour agir¹⁷⁴. En effet, dans l'objectif de favoriser le développement des actions civiles pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, la Cour de justice avait déclaré que « toute personne » ayant subi un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle peut agir en réparation devant le juge national¹⁷⁵. Sa conception était particulièrement extensive puisqu'elle avait même admis l'action d'une victime membre du cartel anticoncurrentiel¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Concernant les preuves détenues par les ANC et la question des programmes de clémence : cf. *infra*, n° 91.

¹⁷¹ Préc., L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence. Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, p. 36.

¹⁷² J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, n° 61.

¹⁷³ Intervention de S. AMRANI MEKKI in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 14.

¹⁷⁴ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p.36.

¹⁷⁵ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc.

¹⁷⁶ *Ibid.*

Ainsi, le droit anglais a changé sa réglementation à la suite de sa condamnation par la Cour pour sa position restrictive de la qualité pour agir qui interdisait aux parties à un accord anticoncurrentiel d'agir en justice du fait du caractère illicite de leur propre comportement¹⁷⁷. Il retient aujourd'hui une conception étendue de la qualité pour agir¹⁷⁸. La jurisprudence italienne et le législateur allemand ont également étendu le droit d'agir en dommage et intérêts en désignant, selon des formules larges, « toute personne » ayant un intérêt à agir¹⁷⁹ ou « toute personne » affectée par une infraction aux règles de la concurrence¹⁸⁰. En droit français, la démonstration d'un quelconque intérêt à agir est suffisante pour que l'action civile en réparation soit recevable¹⁸¹. Toute personne qui établit un intérêt légitime au succès ou au rejet de sa prétention peut ainsi exercer une action.

71. Le lien entre la qualité pour agir et l'incitation aux actions civiles. Au vu de l'objectif de développement du *private enforcement*, la tendance actuelle en Europe reste à l'ouverture en ce qui concerne l'action civile. Un auteur soulignait qu'« une large ouverture de l'action en justice est une condition de son effectivité »¹⁸². En effet, si l'on souhaite développer les actions civiles en matière de concurrence, il apparaît logique d'élargir le cercle des personnes habilitées à agir afin d'assurer un nombre important de demandeurs potentiels. Néanmoins, l'étude du système américain fait apparaître une limite concernant cet apparent lien entre l'approche libérale de la qualité pour agir et l'incitation aux actions civiles¹⁸³. En effet, le droit américain adopte une conception relativement stricte de la qualité pour agir. Le *Clayton Act* reconnaît la qualité pour agir à « toute personne subissant un préjudice dans son activité ou ses biens en raison de tout acte interdit par le droit de la concurrence »¹⁸⁴. Les juridictions américaines ont fait en sorte d'interpréter cet article de façon à limiter l'intérêt pour agir en matière de concurrence. Elles ont pour cela établi une distinction entre le caractère direct ou indirect du préjudice invoqué¹⁸⁵. Pourtant, comme il a été constaté précédemment, les actions privées en droit de la concurrence sont bien plus nombreuses aux États-Unis qu'en Europe¹⁸⁶. Ainsi, d'autres mesures, telles que les règles de preuve ou l'existence d'actions de groupe¹⁸⁷, doivent également être prévues pour assurer un grand nombre de demandeurs potentiels. Cependant, ouvrir l'accès aux prétoires reste une condition primordiale pour le développement du *private enforcement*. D'ailleurs, la tendance actuelle est plutôt à l'ouverture puisque la proposition de directive de la Commission a prévu des dispositions spécifiques sur la recevabilité des actions en réparation du fait d'une violation du droit de la concurrence.

¹⁷⁷ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, préc.

¹⁷⁸ V. not. les décisions citées par M. BRKAN () « Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law : Heading Toward New Reforms ? », *World Competition* 2005, p. 479, spéc. p. 481.

¹⁷⁹ Selon la jurisprudence italienne, V. C. cass, 4 février 2005, n. 2207, Foro it.

¹⁸⁰ Art. 33, alinéa 1^{er} et alinéa 3 GWB.

¹⁸¹ Art. 31 CPC : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

¹⁸² Intervention de S. AMRANI MEKKI, in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc, p. 14.

¹⁸³ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc. p.41.

¹⁸⁴ 15 USC (codifiant la Section 4 du Clayton Act).

¹⁸⁵ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p.41.

¹⁸⁶ Cf. *supra*, n° 5.

¹⁸⁷ Cf. *infra*, Chapitre 2.

72. Différence entre la position des États européens et la position américaine sur les acheteurs indirects. Les acheteurs indirects peuvent être définis comme « les agents économiques qui ne sont liés qu'indirectement au vendeur dont le comportement est anticoncurrentiel¹⁸⁸ ». La situation consiste en l'hypothèse où le dommage de ces acheteurs résulte non pas directement de l'infraction aux règles de la concurrence mais est la conséquence de la répercussion de la hausse de prix causée par l'infraction aux règles de la concurrence. La distance entre le demandeur et l'auteur de l'infraction vient poser des difficultés dans l'évaluation et l'établissement du dommage. Néanmoins, sans s'être dotés de législation explicite sur la qualité pour agir des acheteurs indirects, les États membres de l'UE ont tendance à ouvrir les actions civiles en réparation à l'ensemble des acteurs concernés¹⁸⁹. Sont alors également concernés les consommateurs, derniers maillons de la chaîne de distribution. Cette conception de l'action des acheteurs indirects s'oppose totalement à celle des juridictions américaines qui les écarte de l'action en réparation pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, dans les affaires *Illinois Brick*¹⁹⁰ et *Hanover Shoe*¹⁹¹, elles ont refusé de reconnaître aux acheteurs indirects la qualité pour agir notamment au motif de l'égalité entre le défendeur et le demandeur : l'argument de la répercussion des surcoûts ne pouvant être reçu en droit américain par le défendeur, le demandeur ne doit pas pouvoir l'invoquer non plus¹⁹².

73. Réflexion sur les dispositions prévues par la proposition de directive concernant la recevabilité des actions en réparation du fait d'une violation du droit de la concurrence. La proposition de directive ne prévoit aucune limitation du nombre de personnes susceptibles d'agir en réparation du fait de la violation du droit de la concurrence. En effet, selon l'article 2 de la proposition, le droit d'action est ouvert à « toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence commise par une entreprise ou une association d'entreprises »¹⁹³. Sont alors potentiellement concernés les consommateurs ou les entreprises. De plus, la directive admet que les acheteurs indirects puissent obtenir réparation de leur préjudice du fait d'une violation du droit de la concurrence. Selon certains auteurs¹⁹⁴, cette large ouverture du droit d'agir constituerait potentiellement « un élargissement dangereux » au regard du nombre de personnes tout au long de la « chaîne de contrat ». Un grand nombre d'actions en réparation deviendraient ainsi recevables. Cependant, cette « dangerosité » peut

¹⁸⁸ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc. p. 42.

¹⁸⁹ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 46.

¹⁹⁰ *Illinois Brick CO. c/ Illinois*, 431 US 720 (1977).

¹⁹¹ *Hanover Shoe*, 392 US 181 (1968).

¹⁹² Néanmoins, certains États fédérés ont renversé cette position traditionnelle de la Cour suprême en reconnaissant la qualité pour agir des acheteurs indirects par voie législative dans le souci d'une part, de renforcer leur position procédurale et, d'autre part, d'augmenter l'effectivité des règles de concurrence dans le cadre du contentieux privé. V. en ce sens « Les Illinois Brick Repealer Statutes » cité dans L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 47.

¹⁹³ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc., art. 2.

¹⁹⁴ T. d'ALES, A. CONSTANS, Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne, *JCP E*, n° 23, 5 juin 2014, 1306.

être relativisée. En effet, non seulement les juridictions pourront déclarer irrecevables certaines actions en raison du caractère irréaliste du dommage, mais il apparaît surtout que cette question relève finalement plutôt des règles substantielles étudiées précédemment que de la procédure. Une fois l'accès aux prétoires ouvert, l'acheteur indirect devra encore se confronter à la difficulté de prouver la preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice¹⁹⁵, ce qui constitue en quelque sorte une limite de fond à ce risque d'afflux de demandes qui seraient non fondées.

§ 2 – L'aménagement des règles de prescription

74. Le point de départ du délai de prescription est aménagé par la proposition de directive (A), puis sa suspension ou son interruption a fait récemment l'objet de modifications tant par le droit de l'Union que par le législateur français (B).

A – Le point de départ du délai de prescription

75. Droit français et article 10 de la proposition de directive. Selon l'article 2224 du Code civil¹⁹⁶, les actions en responsabilité délictuelle se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le demandeur « a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant [d'exercer son droit] ». Le TGI de Paris a ainsi récemment refusé de faire droit à des demandes de réparation soulevées près de quinze ans après la découverte des faits susceptibles d'ouvrir un droit à réparation¹⁹⁷. En revanche, la proposition de directive prévoit, elle, des règles différentes sur le délai de prescription. En effet, à la différence de l'article 2224, l'article 10.2¹⁹⁸ de la proposition de directive dispose que le délai de prescription d'une action en réparation ne court qu'à compter du jour où l'infraction a cessé. Il convient alors d'apprécier ces changements par rapport au droit positif.

76. Appréciation. Par ses dispositions, la directive bouleverse largement les règles de prescription, faisant de cet article 10 l'un des aspects les plus novateurs de ce texte¹⁹⁹. Les débats ont d'ailleurs été vifs sur ce point au vu des nombreuses modifications survenues entre la proposition de directive de la Commission et la directive finale. Certains auteurs²⁰⁰ voient dans cet article 10.2 la naissance d'une complexité nouvelle devant les juridictions civiles et commerciales relatives au caractère continu de l'infraction, là où l'article 2224 du Code civil

¹⁹⁵ Cf. *supra*, n° 53 concernant la répercussion des surcoûts.

¹⁹⁶ Art. 2224 C. civ.

¹⁹⁷ TGI Paris, 17 déc. 2013, n° 10-03480. – T. d'ALES, A. CONSTANS, Indépendance de l'action en réparation consécutive à une sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence, *JCP E* 2014, 1145.

¹⁹⁸ Art. 10.2 de la directive : « Le délai de prescription ne commence pas à courir avant que l'infraction ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance : a) du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence ; b) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice ; et c) de l'identité de l'entreprise contrevenante ».

¹⁹⁹ F. LOUBIERE, F. SAINT-OLIVE, Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer voir moins de difficultés pour obtenir réparation ? *RLC* 2014, n° 39, p. 181.

²⁰⁰ T. d'ALES, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », préc.

proposait une solution simple.

B – La suspension ou l’interruption du délai de prescription

77. La concordance des dispositions de la loi Hamon et de la directive. Alors que traditionnellement en France les actes de l’Autorité administrative de concurrence étaient sans conséquence sur le délai de prescription²⁰¹, notamment en raison de l’autonomie des deux procédures²⁰², tant la loi Hamon que la directive de l’Union viennent bouleverser ce principe. En effet, la première dispose que l’instruction d’un dossier par une autorité de concurrence aura un effet interruptif – et non suspensif – de prescription²⁰³, suivie par la directive qui, dans le même sens, prévoit dans son article 10.4 que « le délai de prescription [est] suspendu ou, selon le droit national, interrompu par tout acte d’une autorité de concurrence visant à l’instruction ou à la poursuite d’une infraction au droit de la concurrence »²⁰⁴.

78. Appréciation. Les changements prévus par l’article 10.4 de la directive vont certainement imposer aux législateurs des États membres un aménagement des textes de droit interne. Avec la loi Hamon, la France se situe déjà en conformité avec le droit de l’Union au moins concernant le recours aux mécanismes de suspension et/ou d’interruption. Non seulement elles limitent toutes les deux l’autonomie entre la procédure administrative et la procédure devant les juridictions civiles, mais certains auteurs²⁰⁵ considèrent aussi que le mécanisme de la loi Hamon vient mettre en danger la sécurité juridique car il a pour effet de « remettre les compteurs à zéro »²⁰⁶ : à la différence d’une suspension du délai de prescription, la saisine de l’Autorité de la concurrence n’arrêtera pas temporairement le cours mais annihilera le délai de prescription déjà couru. Un nouveau délai de cinq ans commencera alors à courir. La suspension et non l’interruption aurait selon eux été préférable car ce système risque d’allonger à l’excès le délai de prescription.

²⁰¹ En ce sens v. préc. TGI Paris, 17 déc. 2013 : « [La saisine de l’Autorité de la concurrence] ne peut constituer une citation en justice au sens de l’article 2244 du Code civil et elle n’est pas interruptive de la prescription de l’action en responsabilité civile délictuelle ».

²⁰² Cf. *supra*.

²⁰³ C. com., art. L. 462-7 : « L’ouverture d’une procédure devant l’Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d’un autre État membre de l’Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l’action civile. L’interruption résultant de l’ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu’à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive ».

²⁰⁴ Art. 10.4 de la proposition de directive préc. : « Le délai de prescription [est] suspendu ou, selon le droit national, interrompu par tout acte d’une autorité de concurrence visant à l’instruction ou à la poursuite d’une infraction au droit de la concurrence à laquelle l’action en dommages et intérêts se rapporte. Cette suspension prend fin au plus tôt un an après la date à laquelle la décision constatant une infraction est devenue définitive ou à laquelle il a été mis un terme à la procédure d’une autre manière ».

²⁰⁵ T. d’ALES, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l’Union européenne », préc.

²⁰⁶ Interruption de la prescription, v. A. BENABENT, *Droit des obligations*, 13^e éd, Montchrestien, § 913 : « L’interruption a pour effet d’anéantir le délai de déjà couru (contrairement à la suspension) : la pendule est “remise à zéro” ».

§ 3 – L'aménagement de l'accès aux preuves potentiellement détenues par l'autre partie

79. En l'absence de règles spécifiques à l'action en réparation d'une victime de pratiques anticoncurrentielles, la règle générale selon laquelle la charge de la preuve incombe aux parties est applicable. Néanmoins, en matière d'actions civiles de concurrence ce principe est quelque peu nuancé. En effet, l'allègement de la charge de la preuve dans la plupart des droits nationaux (A), les mécanismes d'obtention de preuve permettant au juge de jouer un rôle actif et déterminant dans la recherche des preuves (B) ainsi que la promotion de la divulgation *inter partes* par le droit de l'Union (C) constituent des adaptations non négligeables à la spécificité des actions en réparation à la suite de pratiques anticoncurrentielles.

A – L'allègement de la charge de la preuve dans les droits nationaux

80. Le principe général et son inadaptation à la matière concurrentielle. Aucune règle spécifique n'est prévue dans les droits nationaux des États membres concernant l'action civile concurrence. La victime d'une pratique anticoncurrentielle se voit par conséquent appliquer le droit commun qui exige la preuve des éléments constitutifs de la responsabilité²⁰⁷. Dans les systèmes européens, la règle générale selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur est également applicable aux actions civiles de concurrence. En droit français, l'article 1315 al. 1^{er} du Code civil prévoit que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et, conformément à l'article 9 du CPC²⁰⁸, la charge de la preuve incombe à la prétendue victime de la pratique anticoncurrentielle. Les droits italien, allemand et anglais²⁰⁹ disposent d'une règle similaire en imposant au demandeur d'apporter la preuve des faits visés au soutien de sa demande. Cependant, ce principe général apparaît inadapté aux actions civiles de concurrence²¹⁰. En effet, les preuves sont le plus souvent dissimulées ou détenues par le seul défendeur, et la confidentialité des affaires en matière de concurrence constitue une difficulté majeure dans l'obtention des preuves. Bien que sa conservation soit nécessaire, elle ne doit pas rendre impossible l'obtention de la preuve par le demandeur. Or, en l'absence de règles spécifiques telles que des mécanismes de *disclosure*²¹¹, ce dernier serait souvent démuné sans l'allègement de la charge de la preuve prévu dans la plupart des droits nationaux et sans les mécanismes d'obtention de preuve permettant au juge d'adopter des mesures d'instruction²¹².

81. L'allègement de la charge de la preuve dans les droits nationaux. Comme énoncé ci-dessus, le secret des affaires et le caractère traditionnellement occulte de ces pratiques constituent des obstacles majeurs pour le demandeur souhaitant obtenir des éléments de preuve. Ainsi, face à ce constat, la plupart des droits nationaux des États membres ont prévu un

²⁰⁷ Cf. *supra* Première partie, Chapitre 2, sur les éléments constitutifs de la responsabilité.

²⁰⁸ Art. 9 CPC : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

²⁰⁹ En droit italien, art. 2697 du Code civil et 115 du Code de procédure civile. Pour le droit allemand et anglais, v. L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 53.

²¹⁰ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 54.

²¹¹ Cf. *infra*, n° 81.

²¹² Cf. *infra*, n° 80.

aménagement afin d'alléger la charge de la preuve. En droit français, l'article 11 CPC²¹³ dispose, par exemple, que le juge peut tirer les conséquences du refus d'une partie d'apporter un élément de preuve, sans forcément que ce refus constitue une présomption de faute. Le droit allemand allège la charge de la preuve en matière contractuelle en prévoyant une présomption de faute si une infraction est établie²¹⁴. Enfin, le droit anglais, lui, va plus loin en admettant un renversement de la charge de la preuve en raison du caractère contraignant des décisions de l'OFT ou encore le refus de l'une des parties de se plier à une ordonnance de *disclosure*²¹⁵. Cet allègement de la charge de la preuve est renforcé par le rôle primordial du juge dans la recherche des preuves en matière concurrentielle.

B – Le rôle actif et déterminant du juge national dans la recherche des preuves

82. Les mesures d'instruction ordonnées par le juge en France. En droit français comme dans la plupart des États européens²¹⁶, les parties sont tenues d'apporter la preuve de leurs prétentions. Néanmoins, comme il a été remarqué dans les développements précédents, la preuve en matière d'action civile de concurrence constitue un obstacle de taille en ce qu'elle est très fréquemment détenue par le défendeur. Ainsi, le juge peut venir au secours de la partie demanderesse grâce aux mécanismes d'obtention de preuve prévus dans le CPC²¹⁷. Dans l'hypothèse où les parties ne disposent pas des éléments suffisants, l'article 10 CPC pose le principe selon lequel « le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Ensuite, les articles 11 et 138 CPC²¹⁸ permettent au juge de demander ou d'ordonner à une partie de produire un élément de preuve. Outre ce pouvoir de contrainte à l'égard des parties, le juge peut également faire appel à un expert afin d'établir les éléments de preuve. Les articles 232 à 284-1 CPC²¹⁹ autorisent en effet le juge à recourir à une expertise. De plus, l'article 145 CPC²²⁰ donne au juge le pouvoir d'ordonner des mesures en dehors de tout procès s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits

²¹³ Art. 11 CPC : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

²¹⁴ Art. 280, al. 1^{er} BGB. Disposition s'appliquant uniquement aux victimes directes d'une infraction.

²¹⁵ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 54.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 56.

²¹⁷ P. RINCAZAUX, « L'accès aux preuves dans le procès civil », in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 41.

²¹⁸ Art. 11 CPC : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». Art. 138 CPC : « Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

²¹⁹ Art. 232 à 284-1 CPC : le juge peut faire appel à un expert selon les modalités définies par ces articles. La décision d'ordonner une expertise est contenue dans une ordonnance ou un jugement motivé et peut faire l'objet d'un appel indépendant selon les conditions prévues par le code. Possibilité d'ordonner sous astreinte la production de documents.

²²⁰ Art. 145 CPC : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

dont pourrait dépendre la solution du litige. Enfin, plus accessoirement dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles, toute une série d'outils procéduraux permettant au juge de constater la réalité des faits peuvent constituer un soutien à la prétendue victime dans l'obtention des preuves. Il s'agit des vérifications personnelles du juge, de la comparution personnelle des parties, des déclarations de tiers²²¹. Néanmoins, bien qu'ils constituent une aide non négligeable au demandeur pour obtenir des preuves détenues par l'autre partie, ces mécanismes généraux d'obtention de preuve ne vont pas aussi loin que ceux que l'on trouve dans les systèmes de *common law*.

83. Le mécanisme de *disclosure* du droit anglais et les injonctions de *discovery* du droit américain. Fonctionnant globalement comme les injonctions de *discovery* du droit américain, le mécanisme britannique de la *disclosure* consiste en l'obligation des parties de divulguer des éléments de preuve. Cela peut comprendre tous les documents qui présentent un rapport avec le litige²²². Selon la *standard disclosure*, les parties ont l'obligation de produire non seulement les pièces sur lesquelles se fondent leurs demandes respectives, mais également tous les documents qui influenceraient l'issue du litige, et cela que ce soit dans leur intérêt ou non²²³. Aucune décision préalable du juge n'est nécessaire puisqu'en principe les parties doivent respecter l'obligation de divulguer les documents liés à la procédure après la remise des conclusions (*close of pleadings*). En revanche, dans l'hypothèse où cette *disclosure* n'a pas abouti sur la divulgation des éléments attendus, l'une des parties peut demander une ordonnance de *specific disclosure* qui ciblera les documents à révéler à la partie adverse, sous peine de sanction pénale. Le juge peut également doter la partie demanderesse d'une obligation de divulgation de pouvoirs très importants tels que le droit d'entrer dans les locaux et de saisir les documents qui sont en possession de la partie adverse (*search orders*)²²⁴. On mesure alors l'écart qui sépare les mécanismes de *common law* de ceux du droit français étudiés ci-dessus. Du Livre vert au Livre blanc, jusqu'à la directive du paquet *private enforcement*, la Commission s'est intéressée à la question et suggère aujourd'hui une divulgation *inter partes*.

C – La promotion de la divulgation *inter partes* par le droit de l'UE

84. Résumé des propositions du Livre vert et du Livre blanc. Ayant constaté que le principe selon lequel il revient exclusivement au demandeur d'apporter les éléments de preuve n'était pas applicable en pratique, la Commission avait proposé d'élargir les pouvoirs du juge en prévoyant une « obligation de divulgation »²²⁵ qui imposerait un « niveau minimal de divulgation *inter partes* »²²⁶ sous contrôle juridictionnel. S'inspirant de la procédure de *discovery* américaine²²⁷ sans aller jusqu'à consacrer un tel mécanisme, la Commission cherchait

²²¹ Art. 179 et s, 184 et s et 199 CPC.

²²² L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 59.

²²³ Art. 31.6 Civil Procedure Rules.

²²⁴ Le mécanisme est néanmoins encadré par des conditions strictes, v. en ce sens L. VOGEL, préc., p. 60.

²²⁵ D. FASQUELLE, Livre Vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, *Rev. Dr. Conc.*, 2006.33.

²²⁶ Livre blanc, préc., pt. 2.2.

²²⁷ C. PRIETO, Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement, *Concurrence*, n°4-2008, p. 50.

à établir un juste équilibre entre le respect du secret des affaires et l'assistance à apporter au demandeur dans sa recherche des éléments de preuves.

85. Solution actuelle de la directive. La directive consacre tout un chapitre sur la divulgation des preuves²²⁸. S'agissant de la divulgation des preuves *inter partes*, l'article 5²²⁹ prévoit les conditions que doit satisfaire un demandeur de production de pièces. Il doit tout d'abord apporter des éléments étayant « la plausibilité de sa demande de dommages et intérêts ». De plus, concernant la demande de production et la divulgation: la première doit être formulée de manière aussi « précise et étroite que possible » et la deuxième doit être proportionnée. Les juges sont appelés à prendre en compte « l'ampleur et le coût de la divulgation, afin d'éviter toute recherche non spécifique d'informations dont il est peu probable qu'elles soient pertinentes pour les parties à la procédure ». La directive laisse une marge de liberté aux juridictions nationales dans l'appréciation des demandes de production de pièces. Ainsi, l'article 5, § 2 pose la règle selon laquelle « les États membres veillent à ce que les juridictions nationales puissent ordonner la divulgation de certains éléments de preuve ». Le considérant n° 15 indique que la divulgation d'éléments de preuve se fait sous le « contrôle strict » de la juridiction. Afin une nouvelle fois de garantir le secret des affaires et de protéger les intérêts du défendeur, la directive invite également les États à « donner plein effet au secret professionnel » ou à veiller à ce que les juridictions nationales « disposent de mesures efficaces de protection de ces informations ».

86. Appréciation de ces nouvelles dispositions. Sur cette question de la divulgation *inter partes*, les provisions de la directive ne devraient pas poser de problème particulier pour la transposition. En effet, les principes de la directive ne devraient pas bouleverser le droit positif en ce qu'ils sont comparables à ceux que l'on trouve en droit français²³⁰. Les juges français s'attachent déjà à vérifier la pertinence de la demande de production de pièces et les conditions que celle-ci doit remplir²³¹.

87. Dans le cadre du développement du *private enforcement*, les aménagements des règles de procédure civile permettant de faciliter l'exercice de l'action ont été particulièrement renforcés ou encadrés par le droit de l'Union. Cependant, l'exercice individuel de l'action connaît encore certaines limites. Celles-ci relèvent principalement des déséquilibres existant entre les acteurs concernés dans le cadre de l'action civile de concurrence.

²²⁸ Chapitre 2, Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc.

²²⁹ *Ibid.*, art. 5.

²³⁰ T. d'ALES, A.CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », préc.

²³¹ Sur la demande de production de pièces, Cass. com., 5 nov. 1985, n° 84-12.418 ; Cass. 2^e civ, 14 mars 1984, n° 82-16.076 et Cass. 2^e civ., 15 mars 1979, n° 77-15.381 et 78-10.294.

SECTION 2 – UN EXERCICE ENCORE DÉSÉQUILIBRÉ²³²

88. Le développement des actions civiles de concurrence des personnes privées soulève nécessairement la question de leur coordination avec l'action publique intentée par les autorités publiques, puisque celles-ci sont les premières en Europe à assurer le respect du droit de la concurrence. L'équilibre entre les intérêts protégés par ces deux types d'actions n'est pas toujours évident (§ 1). De plus, l'expression de « victimes de pratiques anticoncurrentielles » ne recouvre pas forcément une catégorie homogène d'acteurs privés. Des inégalités peuvent apparaître entre elles (§ 2).

§ 1 – Le caractère déséquilibré entre les intérêts de la sphère publique et de la sphère privée

89. Une pratique anticoncurrentielle constitue une atteinte au marché mais cause également un préjudice à des personnes privées. Ainsi, dans le cadre de la lutte contre ces pratiques, plusieurs intérêts sont à protéger : ceux de la sphère publique et ceux de la sphère privée. Or, on constate sur ce point un certain déséquilibre, et cela à deux égards. Alors que les nouvelles dispositions européennes du paquet *private enforcement* ont tendance à favoriser la protection des intérêts privés en donnant un effet contraignant aux décisions des ANC (A), ces mêmes dispositions apparaissent en revanche plus favorables au contentieux public en ce qu'elles privilégient l'efficacité des programmes de clémence à l'accès au dossier des ANC par les victimes (B).

A – L'effet contraignant des décisions des ANC, favorable aux actions privées

90. Effet contraignant des décisions de la Commission et effet discuté des décisions des ANC dans les droits nationaux. Comme on l'a vu précédemment²³³, l'article 16 § 1 du règlement 1/2003²³⁴ pose le principe de l'effet contraignant des décisions de la Commission envers les juridictions nationales. Ce principe n'est pas étonnant en ce qu'il découle de l'effet direct proclamé à l'article 288 alinéa 2 TFUE. Ainsi, dans le cadre d'une action civile en dommages et intérêts devant une juridiction nationale, le juge est dans l'obligation de respecter la décision de la Commission. Dans le cadre d'une action *follow-on*, les juges civils ne peuvent donc pas contredire sa décision en refusant de reconnaître une infraction qui a déjà été qualifiée par la Commission. Cet effet contraignant des décisions de la Commission est largement reconnu par les États membres dans un souci de cohérence entre les droits nationaux et le droit de l'Union en matière de concurrence²³⁵. En revanche, les positions

²³² Le terme « déséquilibré » est emprunté à C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1458.

²³³ Cf. *supra*, Première partie, chapitre 1.

²³⁴ Art. 16.1 du Règlement 1/2003 qui codifie la jurisprudence de la CJUE, notamment les arrêts CJCE, 28 février 1991, *Delimitis*, aff. C-234/89 et CJCE, *Masterfoods*, 14 décembre 2000, aff. C-344/98.

²³⁵ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc., p. 76. Sur la jurisprudence nationale mettant en œuvre ce principe, v. notamment T. com Paris, 22 oct. 1996 : « Attendu que les décisions des juridictions européennes sont définitives et qu'il n'appartient pas au tribunal de céans de revenir à l'appréciation ou la qualification des faits litigieux (...) ».

divergent entre les droits nationaux s'agissant de la portée des décisions des autorités nationales de concurrence. En effet, alors que la France et l'Italie ne reconnaissent pas le caractère contraignant des décisions de l'autorité de concurrence – celles-ci bénéficiant seulement d'une présomption d'existence de l'infraction – l'Allemagne²³⁶ et le Royaume Uni²³⁷ considèrent que les juridictions sont liées par les décisions des autorités de concurrence. Aucune contestation n'est alors recevable devant le tribunal. La récente proposition de directive irait plutôt dans ce sens en prévoyant un effet contraignant aux décisions des ANC.

91. Effet contraignant étendu aux décisions des ANC selon la proposition de directive.

La proposition de directive vient généraliser la règle posée à l'article 16 du règlement 1/2003 en consacrant la même autorité aux décisions définitives constatant une infraction des autorités nationales de concurrence que celle déjà reconnue aux décisions de la Commission. En effet, l'article 9²³⁸ dispose que « les États membres veillent à ce qu'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité de concurrence ou une instance de recours nationale soit considérée comme irréfutablement établie aux fins d'une action en dommages et intérêts intentée devant leurs juridictions nationales en vertu des articles 101 et 102 du traité ou du droit national de la concurrence ». Cette disposition a le mérite d'éviter le risque de solutions contradictoires mais n'est pas sans conséquence sur les règles de procédure civile des droits nationaux²³⁹.

92. Appréciation au regard du droit français.

En droit français, le juge n'est pas lié par les décisions d'une autorité administrative²⁴⁰. Elles ont une force de chose décidée²⁴¹, étant ainsi dotées d'une sorte d'autorité morale de fait, mais ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, bien qu'exerçant une certaine influence sur la décision du juge judiciaire, elles ne peuvent s'imposer à eux. Pourtant, selon la proposition de directive, la décision de sanction par l'autorité nationale de la concurrence s'impose aux juridictions civiles. Le juge national se trouve désormais dans l'impossibilité d'aller à l'encontre d'une décision définitive des autorités nationales de concurrence constatant une infraction, ce qui revient finalement à leur reconnaître un effet de « chose décidée »²⁴². La doctrine a alors pu souligner le caractère inédit d'une telle disposition pour notre procédure civile²⁴³ : une juridiction de l'ordre judiciaire se trouve liée par les constatations d'une autorité administrative. Au regard du fait que l'indépendance du pouvoir judiciaire a valeur constitutionnelle en France, cette solution apparaît pour certains auteurs comme difficilement transposable actuellement²⁴⁴. Néanmoins, une partie de la doctrine a pu défendre cette mesure en ce qu'elle bénéficie aux victimes et

²³⁶ Art. 33, al. 4 GWB : les juges allemands sont liés par les décisions adoptées par leur autorité de concurrence (*Bundeskartellamt, Landeskartellamt*).

²³⁷ Art. 58A du *Competition Act* 1998 prévoit que les juridictions civiles sont liées par les décisions de l'OFT (*Office of Fair Trading*).

²³⁸ Art. 9 de la directive.

²³⁹ Cf. *supra*, n^{os} 58 s. ; I. HOEPFNER-LEGER, « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : piste de réflexion », préc.

²⁴⁰ Cass. com., 17 juill. 2001, n^o 99-17.251 – T. com. Nanterre, 3^e ch., 16 sept. 1997, *SA Concurrence c/ Sony – TGI Paris*, 17 déc. 2013, n^o 10-03480, préc.

²⁴¹ J.-J. MENEURET, *Le contentieux du conseil de la concurrence*, LGDJ, 2002, § 198.

²⁴² L. IDOT, « Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », préc. p. 1386.

²⁴³ T. d'ALES, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », préc.

²⁴⁴ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1430.

répond ainsi à l'objectif de développement du *private enforcement*, à savoir l'indemnisation des victimes²⁴⁵. Cette solution facilite en effet indéniablement la situation des victimes privées en leur permettant plus facilement d'établir les éléments de preuve nécessaires à l'action civile²⁴⁶. Cependant, à la différence du Livre blanc, il apparaît dans la récente proposition de directive que l'objectif prioritaire n'est plus véritablement l'indemnisation des victimes mais plutôt l'optimisation de l'articulation entre le *public* et le *private enforcement*²⁴⁷. Ainsi, bien que cette mesure participe à la volonté de garantir le droit à réparation des victimes, l'encadrement de l'accès au dossier des ANC cherche lui à préserver l'efficacité de l'action des autorités publiques.

B – L'accès strictement encadré au dossier des ANC dans le cadre des programmes de clémence, favorable aux actions publiques

93. Présentation du programme de clémence et position du problème. Le programme de clémence a pour objectif de garantir l'efficacité des règles de concurrence. En raison du caractère occulte des pratiques anticoncurrentielles, il serait pratiquement impossible pour les autorités publiques de déceler des comportements anticoncurrentiels sans la collaboration de certaines entreprises à un programme de clémence. En effet, celles-ci sont par principe impliquées dans la pratique et détiennent donc les informations nécessaires pour les découvrir. En participant à un tel programme, l'entreprise peut, en contrepartie, espérer bénéficier d'une immunité puisque l'autorité publique pourra exempter l'entreprise ayant collaboré au programme malgré sa participation à l'infraction. Le problème réside dans l'incidence que peut avoir un programme de clémence sur les actions privées. En effet, dans le cadre d'un tel programme, deux intérêts sont à protéger : ceux des autorités publiques qui souhaitent rendre attractif le programme de clémence afin de lutter contre les infractions aux règles de la concurrence et ceux des entreprises qui collaborent et qui ne souhaitent pas voir les informations transmises utilisées dans le cadre d'une action civile à son encontre. Ainsi, un conflit peut naître entre l'action publique qui cherche à conserver le caractère attractif du programme en assurant la confidentialité des informations fournies par l'entreprise, et les actions privées qui cherchent à assurer la réparation des victimes. La question de la conciliation de ces intérêts est particulièrement complexe et préoccupe tant le droit interne que le droit de l'Union. La jurisprudence européenne a eu l'occasion d'apprécier les dispositions nationales ou les propositions de la Commission.

94. La nécessaire mise en balance des intérêts pour la Cour de justice. Sur cette question spécifique de l'accès aux documents de clémence dans le cadre de procédures nationales, l'arrêt *Pfleiderer*²⁴⁸ constitue la première réponse de la Cour de justice. Tout en déclarant que le droit d'accès aux documents auprès des autorités nationales est compatible avec le droit européen de la concurrence, la Cour rappelle l'intérêt des programmes de clémence dans la lutte contre les violations des règles de concurrence. Ainsi, sans dissuader les entreprises d'utiliser les programmes de clémence ou rendre impossible les demandes en

²⁴⁵ Cf. *infra*, Première partie, Chapitre 1 ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 50.

²⁴⁶ Cf. *supra*, n° 58.

²⁴⁷ Cf. *supra*, n° 20.

²⁴⁸ CJCE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09.

dommages et intérêts, la Cour a laissé aux États membres le choix de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé à la suite d'une mise en balance des intérêts à protéger. Dans la ligne de cet arrêt, la Cour a dû se prononcer à nouveau sur cette question dans un arrêt de juin 2013. En effet, dans l'arrêt *Donau Chemie*²⁴⁹, la Cour impose une mise en balance des intérêts en présence et exclut toute solution rigide comme celle en cause dans l'espèce. La loi autrichienne subordonnait la transmission des documents de clémence à l'accord des entreprises concernées, ce qui constituait un risque de rejet systématique rendant excessivement difficile l'exercice du droit à réparation que les victimes tirent du droit de l'Union. La CJUE rappelle que la nécessaire protection de l'efficacité des programmes de clémence ne peut justifier une exclusion générale²⁵⁰.

95. « Sanctuarisation des dossiers de clémence » en droit français. En droit français, le programme de clémence trouve son fondement à l'article L. 464-2-III du Code de commerce. Concernant la question de la divulgation des dossiers de clémence détenus par l'Autorité de la concurrence, l'article L. 462-3, alinéa 2 prévoit une divulgation largement limitée et contrôlée par l'Autorité²⁵¹. Cet article établit une distinction claire entre les documents demandés dans le cadre d'une procédure contentieuse ordinaire et ceux relevant d'une procédure de clémence. Alors que, dans le premier cas, le législateur français laisse relativement libre l'Autorité de la concurrence de divulguer ou non les documents obtenus, il interdit en revanche dans le deuxième cas de divulguer les pièces du dossier de clémence²⁵². Un auteur parle ainsi de « sanctuarisation »²⁵³ des dossiers de clémence. Il conviendrait de voir si cette solution pour le moins radicale est conforme à la jurisprudence de la Cour. En tout cas, elle semble en conformité avec les propositions de la Commission et la récente directive. Cette dernière prévoit une position similaire au droit français en prévoyant une « protection absolue » des dossiers de clémence.

96. La position de la Commission et la « protection absolue » des dossiers de clémence par la directive. Depuis l'ouverture des réflexions sur le développement du *private enforcement*, la Commission s'est toujours refusée à toute divulgation des documents communiqués dans le cadre du programme de clémence²⁵⁴. De plus, dans le Livre vert, elle avait même envisagé de limiter la responsabilité civile des entreprises qui ont permis de déceler le comportement anticoncurrentiel grâce à leur collaboration²⁵⁵. Cependant, cette proposition était trop ambitieuse et ne semble pas compatible avec le principe selon lequel toute personne a le droit d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par la

²⁴⁹ CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11.

²⁵⁰ V. L. IDOT, Accès au dossier des autorités dans les actions privées, *Europe*, août 2013, n°8.

²⁵¹ Art. L. 462-3, al. 2 du Code de commerce.

²⁵² Solution similaire sur la question des procédures d'engagements en droit français : CA Paris, 20 nov. 2013, *SAS Ma liste de Course*, n° 12/05813 : la CA déclare que l'ANC peut refuser de transmettre le dossier issu d'une procédure d'engagements au juge judiciaire saisi d'une demande de réparation en dommages et intérêts. Le demandeur doit démontrer qu'elles sont nécessaires à l'exercice de ses droits. Pour commentaire, v. D. BOSCO, Procédure d'engagements et actions privées : rebondissement dans l'affaire *Ma liste de courses*, *Contrats, con. consom.* mars 2014, n° 3, comm. 74.

²⁵³ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 356.

²⁵⁴ V. notamment Livre vert, préc., p. 10, pt 2.8 ; Livre blanc, préc., p. 11, pt 2.9 et Comm. CE, *Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE*, JO (2004/C 101/54-64), pt 26.

²⁵⁵ Livre vert, préc. p.10, pt 2.8.

pratique anticoncurrentielle. Après l'avoir nuancée mais maintenue dans le Livre blanc, la Commission n'a pas fait mention de cette proposition dans sa proposition de directive. Néanmoins, la récente proposition de directive prévoit dans son article 6 une disposition « plus nette »²⁵⁶ que celle de la jurisprudence de la Cour, ci-dessus rappelée, en excluant de toute communication les déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence²⁵⁷. Ainsi, il apparaît clairement ici que l'UE souhaite tout d'abord assurer l'efficacité de ce type de programmes, profondément utiles pour les autorités publiques dans leur lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Faciliter les actions privées en réparation ne doit donc pas signifier une remise en cause du *public enforcement* qui demeure prioritaire en Europe.

§ 2 – Le caractère déséquilibré entre les victimes elles-mêmes

97. Le déséquilibre entre les victimes se manifeste non seulement au niveau de l'inégalité dans la qualité des victimes qui saisissent les juridictions civiles (A), mais aussi au niveau international avec un risque de *forum shopping* (B).

A – L'inégalité entre les victimes (la qualité des requérants)

98. Identification des victimes potentielles. À qui faisons-nous référence lorsque nous parlons des potentielles « victimes de pratiques anticoncurrentielles » ? Il convient de souligner dès à présent que celles-ci ne constituent pas une entité homogène mais se caractérisent au contraire par une certaine diversité. Les consommateurs sont généralement les premières victimes qui viennent à l'esprit. Ils ont d'ailleurs été identifiés par la Cour de justice dès les premières applications des règles de concurrence²⁵⁸. La Cour a en effet rapidement établi le lien entre le préjudice causé aux consommateurs et les conséquences de la violation de ces règles. Par exemple, dans l'arrêt *Continental Can*²⁵⁹, elle reconnaît expressément le préjudice du consommateur lorsqu'il est porté atteinte à « une structure de concurrence effective », et déclare dans l'affaire *United Brands* que le refus de vente en cause « limiterait les débouchés au préjudice des consommateurs »²⁶⁰. À côté des consommateurs, d'autres victimes peuvent être identifiées. En effet, le *private enforcement* tend à préserver les droits subjectifs des « acteurs économiques ». Il s'agit alors également de concurrents ou de clients en tant que consommateurs intermédiaires. C'est cet ensemble hétérogène qui s'est vu reconnaître le droit d'obtenir réparation de son préjudice. Comme il a été largement rappelé au cours de ce mémoire, le *private enforcement* reste limité en Europe. Néanmoins, certains acteurs privés sont plus à même de saisir les juridictions civiles pour obtenir réparation de leur préjudice ce qui laisse apparaître au sein même des victimes une certaine inégalité.

²⁵⁶ L. IDOT, Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles, préc., p. 1385.

²⁵⁷ Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, préc., art. 6.

²⁵⁸ C. PRIETO, D.BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 217.

²⁵⁹ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, pt 26.

²⁶⁰ CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, pt 183.

99. Un constat largement établi, un contentieux entre professionnels. Bien qu'*a priori* « toute personne » s'estimant victime d'une pratique anticoncurrentielle peut obtenir réparation de son préjudice²⁶¹, il ressort de la pratique que toutes les victimes potentielles identifiées ci-dessus ne saisissent pas le juge civil pour obtenir des dommages et intérêts. Les entreprises d'une certaine envergure qui disposent de services juridiques ne vont pas hésiter à utiliser le droit de la concurrence pour saisir les juridictions afin d'obtenir réparation²⁶². En revanche, tel n'est pas le cas des PME et des consommateurs. Pour preuve, en France, une seule décision implique un consommateur²⁶³. Des études ont d'ailleurs été menées sur ce point et ont montré que les requérants avaient majoritairement la qualité de professionnels²⁶⁴. En effet, plus des deux tiers des actions concernent des contentieux entre professionnels à l'occasion d'un litige contractuel. Seulement 60 affaires sur 139 impliquent une partie qui n'agit pas en tant que professionnel²⁶⁵. Ce constat s'explique principalement par l'ensemble des obstacles et des difficultés étudiés précédemment²⁶⁶, et par l'absence de mécanisme de recours collectifs jusqu'à présent²⁶⁷. L'autre déséquilibre relève du caractère international du litige permettant à des potentielles victimes de saisir certaines juridictions plutôt que d'autres.

B – Le risque de *forum shopping* (l'internationalisation des litiges)

100. Position du problème. Les infractions aux règles de la concurrence, telles que les ententes et abus de position dominante, ne se confinent généralement pas au territoire d'un seul État membre. En effet, les pratiques anticoncurrentielles peuvent affecter un grand nombre de personnes dans plusieurs États membres ce qui, par conséquence, multiplie potentiellement les demandes d'indemnisation. Ainsi, le développement du *private enforcement* se trouve confronté aux difficultés du droit international privé, notamment sur la question de la juridiction compétente. Bien que sur ce point le règlement Bruxelles I²⁶⁸ constitue un outil nécessaire en prévoyant des critères de compétence, il n'est pas toujours évident d'identifier la juridiction compétente dans les cas de pluralité de défendeurs, établis dans différents États membres. Le risque de déséquilibre réside alors dans le fait que certaines victimes cherchent à saisir les juridictions des États membres plus à même de leur accorder une indemnisation importante. C'est ce qui est couramment désigné comme le risque de *forum shopping*.

101. Le risque de *forum shopping*. L'article 2 du règlement Bruxelles I pose la règle générale selon laquelle le tribunal compétent est celui de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile. Néanmoins, ce même règlement prévoit, en ses articles 5 et 6, des compétences spéciales qui disposent qu'en matière délictuelle ou quasi délictuelle, le tribunal

²⁶¹ Selon la jurisprudence constante de la CJ, v. notamment CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc.

²⁶² L. IDOT, Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles, préc., p. 1383.

²⁶³ CA Paris, 14^e ch. B, 1^{er} juin 2007, *SA France Telecom c/ M. Jean Christian P.*, n° 06/21059.

²⁶⁴ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 92s.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Cf. *supra*, n° 7.

²⁶⁷ Cf. *infra*, Chapitre 2 de ce titre.

²⁶⁸ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L012 du 16 janvier 2001.

du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire peut être compétent. De plus, l'article 6.1 vise le cas d'une pluralité de défendeurs et permet de désigner le tribunal du domicile de l'un d'eux sous certaines conditions. Ainsi, au vu de ces règles spéciales, le risque de *forum shopping* ne peut être totalement écarté²⁶⁹. En effet, les demandeurs risquent de tout faire pour se voir appliquer la règle générale ou les règles spéciales en fonction de leurs intérêts. Par exemple à l'échelle communautaire, l'affaire *Provimi*²⁷⁰ constitue un exemple de cette incitation potentielle au *forum shopping*. À la suite de la condamnation du cartel des vitamines, une société allemande a pu saisir la *High Court of England and Wales* en vertu de l'article 6.1 et de son interprétation « pour le moins curieuse et extensive »²⁷¹ par le juge britannique. Du côté de la demanderesse, ce choix n'était pas anodin puisqu'il lui permettait d'espérer une meilleure indemnisation en Grande Bretagne²⁷².

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

102. L'exercice de l'action en réparation à titre individuel a été indéniablement facilité par les aménagements nationaux, d'une part, et européens, d'autre part. Néanmoins, les victimes de pratiques anticoncurrentielles restent, individuellement, dans une situation de faiblesse en raison de leur puissance économique dérisoire face à celle du défendeur, surtout lorsqu'il s'agit de consommateurs. Ainsi, afin de résoudre ce déséquilibre propre au contentieux de concurrence, l'exercice à titre collectif, à travers l'instauration d'un mécanisme d'action de groupe, apparaît comme la solution permettant de garantir l'accès à la justice et la réparation des victimes.

²⁶⁹ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1463.

²⁷⁰ *Roche Products Ltd. & Ors v. Provimi Ltd* [2003], EWHC 961 (Comm) (02 May 2003).

²⁷¹ L. IDOT, Rapp. Synthèse in « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspective », préc.

²⁷² L. IDOT, Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées, *Concurrences*, n° 3-2005, p. 25-27.

CHAPITRE 2 – LA CRÉATION DES RECOURS COLLECTIFS ENCOURAGÉE PAR L’UNION

103. Simultanément à la Recommandation de la Commission sur les mécanismes de recours collectifs²⁷³, le gouvernement français déposait le 2 mai 2013 un projet de loi relatif à la consommation dont l’action de groupe constituait la mesure emblématique. La loi a finalement été votée le 13 février 2014²⁷⁴ et a ainsi consacré l’action de groupe. Ce « serpent de mer » qui a été attendu longtemps par certains, mais aussi largement décrié par d’autres²⁷⁵, constitue un nouvel outil juridique en droit français. Bien que cette loi ait vocation à s’appliquer tant aux litiges de consommation qu’à ceux résultant de la violation des règles de concurrence internes et européennes, elle ne sera étudiée dans le cadre de ce mémoire qu’au regard de cette deuxième catégorie de litiges. Or, en permettant de surmonter les principaux obstacles à l’action en réparation en matière de concurrence, ce mécanisme vient incontestablement adapter les règles procédurales de l’exercice de l’action aux spécificités du contentieux des pratiques anticoncurrentielles (Section 1). Cependant, parce qu’elle constitue une procédure dérogatoire au régime de droit commun²⁷⁶, l’action de groupe soulève encore des difficultés soulignant les limites persistantes de l’exercice de l’action à titre collectif (Section 2).

SECTION 1 – UN EXERCICE CONFORME AUX SPÉCIFICITÉS DU CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

104. L’action collective constitue l’instrument juridique le plus adapté à la spécificité du contentieux de concurrence en ce qu’elle permet, *a priori*, d’assurer le double objectif du développement des actions privées évoqué précédemment²⁷⁷ : garantir la réparation des préjudices individuels (§ 1) et renforcer le caractère dissuasif du droit de la concurrence (§ 2).

§ 1 – Une nouvelle voie procédurale au service de la réparation des préjudices individuels

105. Le mécanisme de l’action de groupe, récemment consacré en droit français, permet d’assurer la réparation des préjudices individuels en répondant au caractère particulier du préjudice concurrentiel (A), et en renforçant les droits des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles (B).

²⁷³ Comm. UE, Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l’Union.

²⁷⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

²⁷⁵ Pour exemple, Hervé Novelli, Secrétaire d’État au Commerce déclarait : « Il faut redonner du pouvoir au consommateur », alors que la présidence du Medef, Laurence Parisot rétorquait, « il y a mille arguments pour dire les dangers de la class action. Il n’y a qu’à voir aux États-Unis et au Québec comment ce système est devenu pervers... », in Les class actions à la française ? Oui mais pas tout de suite, *Libération*, 26 octobre 2009.

²⁷⁶ M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen*, préc., p. 51. La question de sa compatibilité avec les principes fondamentaux qui gouvernent la procédure civile et le droit de la responsabilité civile en droit interne ne fera pas l’objet de développements détaillés dans ce mémoire.

²⁷⁷ Cf. *supra*, Première partie, chapitre 1, sections 1 et 2.

A – La réponse au caractère particulier du préjudice concurrentiel

106. Caractéristiques du préjudice concurrentiel. Le préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle a pour particularité d'être subi par un grand nombre de personnes tout en étant relativement faible au regard de chaque victime. En revanche, parce qu'il se produit à grande échelle, le montant du préjudice total est souvent important si on l'apprécie dans sa globalité²⁷⁸. La Commission avait en effet rappelé dans son Livre blanc que le montant des dommages et intérêts dont sont privées les victimes dépasse plusieurs milliards d'euros par an²⁷⁹. Néanmoins, il a largement été établi que, bien que conscientes de leur préjudice, les victimes de pratiques anticoncurrentielles n'ont pas intérêt à agir par rapport à l'investissement et au coût qu'implique une action²⁸⁰. L'exemple classique est celui d'un cartel de prix qui suscite un préjudice de masse comme dans l'affaire de la téléphonie mobile à la suite de l'action de l'association UFC Que Choisir. Alors qu'il y avait en France plus de vingt millions de détenteurs de téléphone portable, seulement 0,08 % des victimes avaient agi²⁸¹. Ainsi, seul un outil procédural permettant de réparer ce dommage de masse est nécessaire : c'est l'action collective.

107. L'action collective comme solution à la réparation du préjudice individuel. L'action collective constitue la réponse aux obstacles étudiés précédemment en ce qu'elle facilite la mise en jeu des entreprises coupables en permettant notamment une « mutualisation des coûts procéduraux »²⁸². Pour certains auteurs, elle constitue ainsi un « instrument juridique adapté » afin d'assurer la réparation des victimes et éviter qu'elles renoncent à l'action²⁸³. En effet, on peut citer une nouvelle fois ici le système américain qui a consacré, dès 1938, le mécanisme de *class action*²⁸⁴ permettant une meilleure indemnisation des préjudices individuels. Par exemple, dans une affaire récente, chaque consommateur ayant acheté un ordinateur a pu recevoir une indemnisation à hauteur de 50 dollars à la suite d'actions de groupe engagées aux États-Unis. Une entente sur les prix entre huit producteurs d'écrans à cristaux liquides avait précédemment été condamnée par le Département de la Justice (DoJ)²⁸⁵. Alors que la Commission européenne avait également condamné six de ces producteurs à payer une amende de 649 millions d'euros pour entente sur le marché européen, les victimes européennes n'ont pu, elles, bénéficier d'une telle procédure pour obtenir réparation. En effet, à la différence des États-Unis, aucun mécanisme permettant la réparation d'un préjudice individuel au moyen d'une action collective n'existait par exemple en Allemagne, au Royaume-

²⁷⁸ V. les exemples relatifs aux montants versés aux victimes privées à la suite d'actions de groupe aux États-Unis, F. JENNY, L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence, *JCP G* n° 37, 10 sept. 2012, doct. 979 : 285 millions de dollars versés en réparation du préjudice causé par une entente entre producteurs de composants électroniques aux victimes indirectes ; ou encore 7,25 milliards de dollars payés à un groupe de commerçants à la suite d'une entente entre banques.

²⁷⁹ Livre blanc 2008, préc., n° 1.1 ; Rapport d'analyse d'impact du 2 avril 2008, SEC (2008) 405, n° 2.2.

²⁸⁰ Cf. *supra*, n° 8.

²⁸¹ Intervention de C. PRIETO in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 9.

²⁸² J. CATALA MARTY, Réflexion autour de l'action de groupe en droit de la concurrence, *Gaz. Pal.*, 28 févr.-1^{er} mars 2014, n° 59 à 60, p. 11.

²⁸³ F. JENNY, L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence, préc.

²⁸⁴ Règle 23 des Règles fédérales de procédure civile (Federal Rules of Civil procedure), modifiée en 1966 afin d'étendre les *class action* aux litiges de concurrence.

²⁸⁵ F. JENNY, L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence, préc.

Uni ou en France²⁸⁶. Néanmoins, cette affirmation est aujourd'hui à nuancer puisque cette dernière vient de se doter de sa première vraie procédure d'action de groupe qui va incontestablement permettre de renforcer les droits des consommateurs victimes, notamment, de pratiques anticoncurrentielles²⁸⁷.

B – Le renforcement des droits des consommateurs victimes par la consécration de l'action de groupe en droit français

108. Évolution et présentation de l'action groupe en droit français. Longtemps annoncée et largement débattue²⁸⁸, l'instauration de l'action de groupe fut véritablement discutée en 2005 avec la proposition du Président Jacques Chirac. Il proposait de faire adopter une loi autorisant les groupes de consommateurs et leurs associations à intenter des actions collectives. Par la suite, malgré le rapport Cerrutti du 16 décembre 2005²⁸⁹ et une proposition de loi déposée en 2006²⁹⁰, le travail législatif n'avait jamais abouti²⁹¹. Il a fallu finalement attendre la loi du 17 mars 2014 pour voir consacrer en droit français le mécanisme de l'action de groupe. Son champ d'application reste néanmoins limité puisque seuls les dommages matériels causés aux seuls consommateurs sont réparables²⁹² et puisqu'il ne vise que les dommages de consommation et ceux découlant de pratiques anticoncurrentielles²⁹³. Sur la question des préjudices concurrentiels, l'action de groupe en matière anticoncurrentielle, telle que prévue par le nouvel article L. 423-1 al. 2, 2° du Code de la consommation, permet l'indemnisation de préjudices subis par des consommateurs, « lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du Livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »²⁹⁴. Or le préjudice des consommateurs victimes d'une pratique anticoncurrentielle pouvant être considérable²⁹⁵, notamment lorsqu'il résulte d'un cartel, ce nouveau mécanisme constitue une « avancée spectaculaire »²⁹⁶ pour les droits des consommateurs. Ces derniers pourront bénéficier d'une

²⁸⁶ L. VOGEL, *Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, préc. p. 97s.

²⁸⁷ J. CATALA MARTY, « Réflexion autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », préc. p. 11.

²⁸⁸ Notamment, J.-L. FOURGOUX, *Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective*, *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136, p. 46.

²⁸⁹ G. CERUTTI, M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, 2005.

²⁹⁰ Proposition de loi du 26 avril 2006, n° 3055, présentée par Luc Chatel.

²⁹¹ Ainsi, seul le mécanisme introduit depuis 1992 dans le C. com proposait une action, proche d'une action collective : l'action en représentation conjointe. Elle permet à une association d'agir au nom de plusieurs consommateurs, en réparation de leur préjudice, par le biais d'un mandat à agir. Cependant, ses conditions de mise en œuvre et l'impossibilité de faire de publicité, n'ont pas permis à ce mécanisme de prospérer, son efficacité en pratique étant très limitée.

²⁹² Cf. *infra*, n° 116 s. sur les limites du dispositif prévu par la loi Hamon.

²⁹³ Sur le choix du législateur quant au champ d'application de l'action de groupe, v. M. DEPINCE, D. MAINGUY, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JurisClasseur Commercial*, 20 mars 2014. « Deux possibilités s'offraient au législateur : l'instauration d'une action de groupe générale, dans le CPC, sur le modèle québécois ou américain, permettant à un groupe d'engager une action quel que soit l'intérêt en jeu, de l'indemnisation de dommages à la reconnaissance de droits, par exemple civils, ou bien une action de groupe finalisée, comme c'est souvent le cas dans l'Union européenne. Sans surprise, la loi nouvelle a donc instauré une action spécifique du droit de la consommation, et non une action type ouverte à toute sorte d'enjeux ».

²⁹⁴ C. consom., art. L. 423-1, al. 2, 2°.

²⁹⁵ V. en ce sens les développements du A sur l'ampleur des préjudices.

²⁹⁶ J. JULIEN, Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *Contrats, conc., consom.* n° 5, mai 2014, dossier 2.

procédure plus adaptée.

109. Présentation rapide de la procédure et spécificité de la procédure en matière de concurrence. Sans aborder tous les détails de la procédure, le législateur a prévu une procédure ordinaire se déroulant en trois phases. Lors de la première phase, l'association intente l'action pour le compte du groupe de consommateurs qui se trouvent dans une situation identique ou similaire et qui subissent des préjudices individuels du fait d'un même professionnel. Le TGI vérifie alors les conditions de recevabilité de l'action et statue sur la responsabilité du professionnel. Sur ce point, une disposition spéciale prévoit qu'en matière de pratiques anticoncurrentielle, la responsabilité du professionnel ne peut être établie que sur le fondement de la décision de l'ANC. Les actions collectives initiées en droit de la concurrence se limitent donc aux hypothèses de *follow on*, nécessitant d'attendre une décision devenue définitive d'une autorité de concurrence²⁹⁷. La deuxième phase correspond à la phase non contentieuse qui prévoit des mesures de publicité afin de porter l'existence de la décision à la connaissance des consommateurs. Un délai pour que les consommateurs adhèrent au groupe est déterminé. Le système retenu est proche de celui de l'*opt-in*, c'est-à-dire que l'adhésion au groupe ne peut résulter que d'une manifestation expresse de volonté. La troisième phase consiste en la liquidation du préjudice.

À l'image des objectifs du développement du *private enforcement* tels que visés par l'UE, l'action collective est perçue non seulement comme un mécanisme d'indemnisation des petits préjudices de masse comme on vient de le voir, mais surtout comme un mécanisme de régulation assurant la dissuasion du droit de la concurrence.

§ 2 – Une nouvelle voie procédurale au service de la dissuasion du droit de la concurrence

110. La consécration de l'action de groupe vient renforcer le caractère dissuasif du droit de la concurrence en redéfinissant la place des deux acteurs principaux dans ce type d'action : le consommateur est placé au rang de véritable acteur dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (A), et les entreprises sont amenées à être plus responsables en raison du risque qu'elle fait peser sur elles (B).

A – Des consommateurs acteurs dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

111. Rappel de l'objectif du *private enforcement*. Dès 2006, le Conseil de la concurrence rappelait que « les actions privées en général, et les mécanismes d'actions de groupe en particulier, peuvent contribuer à renforcer la dissuasion en faisant de la victime, et plus particulièrement du consommateur, un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles »²⁹⁸. En effet, comme on a pu l'observer dans le Chapitre 1 de la première partie, le constat selon lequel les victimes privées peuvent jouer un rôle de régulateur de l'économie a été largement établi²⁹⁹. C'est d'ailleurs pourquoi la Commission invite depuis plusieurs années les victimes à demander réparation dans le but

²⁹⁷ Cf. *infra*, n° 272, critiques de cette disposition.

²⁹⁸ Avis du 21 septembre 2006 du Conseil de la Concurrence.

²⁹⁹ Cf. *supra*, Première partie, Chapitre 1, Section 2, paragraphe 1 et 2.

d'assurer la pleine efficacité du droit de la concurrence. Encore fallait-il qu'elles aient un accès facilité à la justice.

112. L'amélioration de l'accès des consommateurs à la justice au service de la dissuasion. L'action de groupe contribue indéniablement à améliorer l'accès des consommateurs à la justice, et permet ainsi de renforcer l'aspect dissuasif du droit de la concurrence. En effet, avec l'introduction de l'action de groupe, les consommateurs victimes n'ont qu'à adhérer au groupe à la suite des mesures de publicité pour devenir véritablement parties à l'action³⁰⁰ et obtenir potentiellement l'indemnisation de leur préjudice. Ainsi, ce nouveau mécanisme constitue un facteur dissuasif important pour les entreprises puisque, non seulement il augmente le risque financier qui pèse sur les entreprises contrevenantes mais il les expose aussi fortement sur le plan de leur image³⁰¹. Ainsi, l'action de groupe vient redéfinir le rapport professionnels/consommateurs en rendant les entreprises plus responsables.

B – Des entreprises plus responsables

113. La prise en compte du risque de l'action de groupe par les entreprises. Alors que jusqu'à présent les entreprises contrevenantes se contentaient de régler les amendes des autorités publiques mais ne craignaient pas de voir leur responsabilité engagée par les consommateurs (du moins en Europe), elles vont devoir désormais « intégrer le contentieux de masse dans leur analyse des risques »³⁰². Ainsi, il n'est pas étonnant de voir les représentants des entreprises faire part de leurs craintes, surtout au niveau de la concurrence, vis-à-vis de ce nouvel instrument juridique³⁰³. Dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles, les entreprises vont en effet devoir répondre du préjudice causé à l'économie mais aussi de celui causé aux consommateurs. Ainsi, l'action de groupe, permettant à un grand nombre de personnes d'agir en réparation de leurs préjudices, leur fait courir le risque de sanctions pécuniaires élevées et d'atteinte à leur image.

114. Un nouveau rapport professionnels/consommateurs. Par ce risque financier, l'action de groupe vient rétablir l'équilibre en termes de puissances économiques et change ainsi les rapports entre consommateurs et professionnels³⁰⁴. Il suffit d'examiner le système américain pour réaliser le montant des préjudices individuels causés aux consommateurs par une pratique anticoncurrentielle et le risque que fait peser sur les entreprises une potentielle action de groupe de leur part. Par exemple, dans une affaire impliquant des producteurs de composants électroniques (DRAM), le Département de la Justice (DoJ) des États-Unis avait poursuivi ces producteurs au sujet d'une entente sur les prix des composants entre 1999 et 2002. Ils furent non seulement condamnés à payer des amendes par les autorités publiques

³⁰⁰ C.com., art. L 483-1 s.

³⁰¹ J. CATALA MARTY, Réflexion autour de l'action de groupe en droit de la concurrence, préc. p. 12.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Il est souvent invoqué le risque pour la compétitivité des entreprises que fait peser le mécanisme de l'action de groupe. Néanmoins, l'influence sur ce point prête à discussion, mais il ne semble pas que, dans les pays qui l'ont introduite, des effets néfastes sensibles aient été relevés. V. en ce sens : J. JULIEN, Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, préc.

³⁰⁴ L. SCHENIQUE, Action de groupe : le recours à la médiation, un bon point de la nouvelle loi ?, *Affaires, Consommation*.

mais les victimes privées (acheteurs directs tels que les fabricants, et les consommateurs) ont également formé des actions de groupe. Les consommateurs ont ainsi pu obtenir 285 millions de dollars en réparation du préjudice causé³⁰⁵. En revanche, alors que cette entente avait également été condamnée par la Commission européenne, les victimes du cartel n'ont, elles, reçu aucune indemnisation, et les entreprises n'ont craint aucune demande de réparation, faute de véritable *class action*³⁰⁶. Au vu du montant versé pour la réparation des préjudices individuels, on peut aisément imaginer que les entreprises risquent de prendre en compte la nouvelle situation procédurale des consommateurs avant de commettre l'infraction aux règles de la concurrence. Néanmoins, bien qu'aujourd'hui la France se soit dotée d'une procédure d'action de groupe, il est permis de douter qu'elle permette seule, en l'absence de véritable *class action* européenne, de réparer de tels préjudices. En effet, comme c'était d'ailleurs le cas dans cette affaire, il s'agit principalement d'atteintes au « marché européen » qui ne se cantonnent pas au territoire d'un État membre. Ainsi, bien qu'elle constitue une adaptation non négligeable aux spécificités du contentieux de la concurrence, ce nouvel instrument juridique connaît encore de nombreuses limites.

SECTION 2 – UN EXERCICE ENCORE LIMITÉ

115. Les limites qui apparaissent dans le cadre de l'étude de l'exercice de l'action à titre collectif résultent principalement des insuffisances de la loi Hamon au niveau interne (§ 1) et de l'absence de véritable *class action* européenne (§ 2).

§ 1 – Les insuffisances de la loi Hamon

116. Bien que louable et longtemps attendue, la spécificité prévue par la loi Hamon, qui consiste notamment à la consécration de l'action de groupe en matière de concurrence, s'avère non seulement source d'incohérences (A) mais se trouvent aussi, par certaines de ses dispositions, en contrariété avec la Recommandation de la Commission (B).

A – Une spécificité source d'incohérences au niveau interne

117. Entre l'émergence d'un régime spécial et la persistance du régime général. Tout d'abord, alors même que le législateur a consacré la spécificité du contentieux des pratiques anticoncurrentielles en prévoyant une action de groupe pour les litiges qui portent atteinte au droit de la concurrence, des reliquats du régime général persistent au sein même de cette spécialisation. En effet, l'action de groupe reste, par exemple, soumise au droit commun en matière de preuve. Ainsi, bien que l'application du mécanisme général en matière de preuve apparaisse parfois inadaptée au contentieux des pratiques anticoncurrentielles et nécessite des aménagements³⁰⁷, le législateur a fait le choix de ne pas prévoir une règle spécifique sur cette question et de laisser appliquer le régime général. Cependant, même lorsqu'il choisit de

³⁰⁵ F. JENNY, L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence, préc.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Cf. *supra*, n^{os} 78 s. sur les développements des aménagements dans le cadre des recours individuels.

prendre en compte la spécificité du contentieux, le législateur apparaît hésitant.

118. Des hésitations dans la spécialisation : des règles différentes entre l'action à titre individuel et l'action à titre collectif. La loi Hamon, et plus particulièrement ses dispositions spéciales sur l'action de groupe, soulèvent des incohérences entre les règles prévues dans le cadre de l'action à titre individuel et celles dans le cadre de l'action à titre collectif. En effet, alors qu'il a été prévu une spécialisation de compétence à un nombre limité de TGI pour les actions de concurrence à titre individuel³⁰⁸, le législateur a en revanche retenu la compétence de l'ensemble des TGI en ce qui concerne les actions de groupe portant sur des questions de droit de la concurrence. Ce choix apparaît pour le moins surprenant en ce qu'il prive les entreprises du bénéfice d'une juridiction dotée d'une certaine spécialisation³⁰⁹. Celles-ci risquent alors d'être confrontées à un juge moins compétent au niveau des aspects économiques, aspects pourtant caractéristiques de ce type d'affaires³¹⁰. À l'inverse, la nouvelle loi dispose expressément que, pour les actions liées à des pratiques anticoncurrentielles, l'action de groupe ne pourra être jugée qu'à la suite d'une décision devenue définitive des autorités ou juridictions nationales ou de l'UE compétentes constatant le manquement. Cette action dite *follow on* vient lier le juge et consacre l'autorité de la chose jugée des décisions des autorités de concurrence (se plaçant sur ce point en conformité avec la proposition de directive de juin 2013). Or, en dehors des problèmes déjà évoqués que soulève cette question au niveau des principes traditionnels de la procédure civile et l'indépendance du juge judiciaire³¹¹, cette disposition s'applique à l'action de groupe mais aucune disposition de ce genre ne se retrouve dans le cadre des actions à titre individuel : la décision de l'Autorité de la concurrence n'étant encore en France qu'une présomption de faute civile dans le cadre de l'action à titre individuel³¹².

119. Un champ d'application trop spécifique ? Comme on a déjà eu l'occasion de l'évoquer, l'article L. 432-1 al. 1^{er} du Code de la consommation limite le champ d'application de l'action aux litiges de consommation et de concurrence. De plus, l'alinéa 2 du même article réserve l'action de groupe aux préjudices matériels. Sans aborder cette question dans les détails, on pourrait s'interroger sur la légitimité de cette double limite³¹³. L'exclusion des domaines de la santé et de l'environnement est justifiée par l'attente de résultat et de succès pratique de l'action de groupe pour ces deux premières matières³¹⁴. Néanmoins, l'article 2 de la loi envisage des « évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement » et le Gouvernement s'est également lui-même engagé à ce que soit proposée dans le courant de l'année une action spécifique pour l'indemnisation des préjudices en matière de santé³¹⁵. À l'instauration d'une action spécifique du droit de la consommation et de la concurrence s'ajouterait une action spécifique au domaine de la santé. Or il semble qu'une action spécifique

³⁰⁸ V. préc. les huit tribunaux spécialisés de l'article L. 420-7 du Code de commerce.

³⁰⁹ L. FRANCOIS-MARTIN, I. DAULOUEDE, L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises, *Contrat Conc.,consom.* mai 2014, n°5, dossier 5.

³¹⁰ Cf. *supra*, n° 9.

³¹¹ Cf. *supra*, n°s 59, 91.

³¹² *Ibid.*

³¹³ R.-C. MADER, « Action de groupe : un champ d'application circonscrit », M. BACACHE, « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », in *Sur la voie de l'action de groupe*, colloque du 26 avr. 2013.

³¹⁴ J. JULIEN, « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », préc.

³¹⁵ L. FRANCOIS-MARTIN, I. DAULOUEDE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », préc.

propre à chaque domaine contribuerait à renforcer les incohérences et cette impression de « désordre » déjà critiqué³¹⁶. L'adaptation aux spécificités du contentieux apparaît en définitive assez complexe.

120. Une adaptation complexe. On a pu constater et regretter au cours de cette étude l'inadaptation du mécanisme général à la matière concurrentielle. Bien que conscients du caractère universel de la responsabilité civile et de la « plasticité de ces textes », des auteurs³¹⁷ n'en demandaient pas moins qu'une adaptation au vu des difficultés pratiques rencontrées au cours de l'action. L'action de groupe tend à cette reconnaissance des spécificités du contentieux de concurrence. Néanmoins, l'action de groupe, telle que prévue par le législateur français, souligne le caractère complexe de l'adaptation du contentieux lié à des affaires de concurrence³¹⁸. Comme énoncé ci-dessus, les dispositions de la loi Hamon semblent hésiter entre spécialisation « complète » du contentieux, multiplication des spécialisations, ou persistance du droit commun³¹⁹. Ces hésitations soulèvent des incohérences qui sont également renforcées par la non-conformité de certaines dispositions de la loi Hamon avec la récente Recommandation de la Commission.

B – Une spécificité non conforme à la Recommandation de la Commission

121. Tout d'abord, comme on a pu le remarquer ci-dessus, la Commission envisage dans sa recommandation³²⁰ tous les domaines dans lesquels peuvent exister des dommages de masse et ne circonscrit pas, comme le législateur français, le champ d'application à deux catégories de litiges. Néanmoins, ce n'est pas sur ce point que porte particulièrement notre attention. La principale différence réside plutôt dans le fait qu'au niveau européen, la Commission ne vise pas seulement les consommateurs. En effet, deux dispositions de la loi Hamon viennent limiter l'exercice de l'action, se trouvant ainsi en contrariété avec le droit de l'Union.

122. La qualité pour agir reconnue aux seules associations agréées de consommateurs. Concernant le déclenchement de l'action, seules les associations de consommateurs agréées au plan national sont habilitées à introduire l'action. Les rédacteurs du texte ont justifié ce choix en rappelant qu'ils souhaitaient ainsi exclure certaines personnes et notamment les avocats, afin d'éviter les « dérives à l'américaine »³²¹. Ainsi, seize associations de consommateurs

³¹⁶ V. notamment, R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 31 et 46.

³¹⁷ V. notamment, L. IDOT, Rapport de synthèse, in « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspective », préc ; A. BALLOT-LENAT, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préc., p. 23.

³¹⁸ L. FRANCOIS-MARTIN, I. DAULOUEDE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », préc.

³¹⁹ Face au risque de voir émerger une multiplicité de régimes spéciaux en raison de la prise en compte des spécificités des contentieux, un auteur proposait alors l'émergence d'un « droit commun de la responsabilité civile » qui serait applicable au droit des affaires. V. en ce sens : A. BALLOT-LENAT, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préc., p. 23s. : « Une responsabilité civile plus adaptée à la responsabilité des acteurs de la vie économique », « souhaiter l'émergence d'un véritable droit commun de la responsabilité civile en droit des affaires ».

³²⁰ Comm. UE, *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, JOUE, n° L 201, 26 juill. 2013.

³²¹ Cf. *infra*, n° 125.

seulement se retrouvent alors en situation de monopole pour introduire l'action de groupe. Cependant, en autorisant seulement les associations agréées au plan national, cette disposition se place en contradiction avec le droit de l'Union et apparaît difficilement transposable en ce qu'elle institue une discrimination prohibée par les traités. De plus, elle apparaît particulièrement contestable non seulement parce qu'elle ne permet pas à un consommateur seul d'engager une action sans le soutien d'une association, mais surtout parce qu'elle vient exclure du bénéfice de l'action de groupe les PME³²².

123. La limitation de l'action de groupe aux personnes physiques. La limitation de l'action de groupe aux personnes physiques n'apparaît pas expressément mais se déduit facilement par la définition de la notion de consommateur donnée par la loi Hamon. En effet, cette dernière a introduit dans le Code de la consommation un article préliminaire disposant que, « au sens du présent Code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³²³. Au moment du projet de loi, le professeur Georges DECOCQ voyait déjà en cette disposition une discrimination entre les victimes et rappelait que le *private enforcement* en général, et l'action de groupe en particulier, concernent aussi des victimes qui ne sont pas des consommateurs³²⁴. En effet, en limitant l'action aux consommateurs, la loi Hamon refuse aux PME le bénéfice de l'action de groupe. Cette disposition apparaît d'autant plus contestable qu'elles sont pourtant les premières victimes des pratiques anticoncurrentielles³²⁵. Dès 2008, à la suite de la publication du Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts, Catherine PRIETO soulignait que, « si l'on veut assainir l'économie de marché par des actions des consommateurs, il faut d'abord définir ces derniers et inclure les PME »³²⁶. Par cette disposition, la loi Hamon reste incomplète et ne semble pas capable de remplir l'objectif, si cher à la Commission européenne, de renforcer dissuasion du droit de la concurrence. Néanmoins, c'est également l'absence de véritable *class action* européenne qui constitue une limite regrettable à la mise en place d'un exercice à titre collectif efficace au niveau de l'Union.

§ 2 – L'absence de *class action* européenne

124. En Europe, le terme *class action* renvoie immédiatement au système juridique américain et surtout à ses dérives. Ainsi, bien que la question des recours collectifs s'impose de plus en plus à l'échelle européenne, l'Union et ses États membres hésitent entre rejet et influence du droit américain (A). Ces hésitations n'ont jamais été favorables à l'adoption d'une véritable *class action* européenne et les choix du paquet de 2013 en constituent le nouvel échec (B).

³²² Cf. *infra*, n° 122, l'exclusion en est déduite par la définition donnée à l'article préliminaire du C. com. de « consommateurs », seuls visés dans le champ d'application de l'art. L. 423-1 C. com.

³²³ Art. préliminaire dans le Code de la consommation, introduit par L. n° 2014-344, 17 mars 2014, art. 3.

³²⁴ G. DECOCQ, Le développement du Private enforcement, *Contrats, conc. consom.* août 2013, n°8, repère 8.

³²⁵ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 220.

³²⁶ Intervention de C. PRIETO in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc., p. 10.

125. Craintes et rejets du système américain. Les craintes exprimées à l'égard d'une « américanisation du droit »³²⁷ se manifestent à de nombreux égards mais c'est principalement sur la question de l'action de groupe qu'elles ont tendance à se cristalliser. En effet, les *class actions* américaines ont longtemps eu mauvaise presse en Europe et la plupart des opposants à une transposition d'un tel mécanisme dans les États européens n'ont eu de cesse de rappeler le risque de dérives³²⁸. Le rejet du système américain concernant les *class actions* porte majoritairement sur deux points : les *contingency fees* et les *trebles damages*. Le fait qu'une victime puisse obtenir le triple du montant du préjudice qu'elle a subi ainsi que les frais et honoraires d'avocat a largement incité les personnes privées à agir en cas d'infraction aux règles de concurrence. C'est d'ailleurs ce qui explique le nombre très important d'actions collectives dans ce domaine aux États-Unis³²⁹. Pourtant, les États européens considèrent que de telles mesures sont contraires à leur système juridique³³⁰ et ont largement « résisté » face au risque d'américanisation du droit européen. Cependant, une question se pose alors : cette « résistance » est-elle dans les faits absolue et légitime ?

126. Une résistance absolue et légitime ? Il apparaît incontestable que certaines dispositions du système juridique américain ne sont pas toujours transposables dans les droits européens. Néanmoins, l'argument systématique brandi et rappelé par la Commission elle-même, qui consiste à souligner les traditions juridiques ou le contexte politique propres aux États européens mérite d'être examiné. En effet, on oppose traditionnellement le droit américain et les droits continentaux, mais l'influence du premier sur le second n'est-elle pas déjà certaine³³¹ ? De plus, la Commission déclarait dans sa proposition de directive qu'elle avait choisi « de ne pas proposer des pratiques comparables à celles en vigueur aux États-Unis, telles que les actions de groupe (*class action*) [...] ou encore les dommages et intérêts multiples »³³². Non seulement il paraît peu pertinent de rejeter hâtivement de tels mécanismes³³³, mais c'est surtout le recours aux « traditions juridiques européennes » pour justifier le refus qui semble quelque peu expéditif. En effet, qualifiée par John Allison d'« énorme bouillon gris dans lequel on peut jeter tout et son contraire »³³⁴, cette « culture juridique » ne revêt pas toujours un sens très clair. Un auteur remarquait par exemple que la justification de l'exclusion des avocats pour déclencher l'action de groupe en raison des « dérives à l'américaine » dans la loi Hamon était en réalité un « véritable épouvantail qui tient lieu d'argument de fond, lequel procède en réalité davantage de la pétition de principe que d'une juste mesure de la réalité du droit anglo-saxon »³³⁵. Derrière cet argument se cache donc un rejet qui mériterait en réalité d'être justifié. La Commission devrait en effet définir clairement ce qu'il convient d'entendre par « culture

³²⁷ « L'américanisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 45, 2001, disponible sur le site : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/sommaire.php?an=2001>.

³²⁸ V. notamment : J. JULIEN, « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », préc. : « Les rédacteurs du texte ont mis en avant les fameuses "dérives à l'américaine" ».

³²⁹ *Ibid.*, p. 98.

³³⁰ Cf. *supra*, n° 41, sur le rejet des dommages et intérêts punitifs.

³³¹ U. MATTEI, « A theory of Imperial Law: a Study on US Hegemony and the Latin Resistance », 2006, disponible sur le site http://works.bepress.com/ugo_mattei/1.

³³² Proposition de directive, préc., p. 8.

³³³ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 53.

³³⁴ Description imagée que John Allison propose de la « culture juridique », cité et traduit par M.-C. PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. Legrand (dir).

³³⁵ J. JULIEN, « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », préc.

commune» ou « traditions juridiques européennes » afin d'éviter les incohérences et le rejet systématique des mécanismes américains par les droits nationaux. Consciente de l'attractivité du système américain et souhaitant développer le *private enforcement* en Europe, l'Union devrait se doter d'un système efficace de recours collectifs³³⁶. Pourtant, dans le paquet *private enforcement* de juin 2013, c'est une nouvelle fois pour éviter les « dérives constatées dans d'autres systèmes »³³⁷ que la Commission a proclamé l'interdiction des dommages et intérêts punitifs et a retenu le mécanisme de l'*opt-in* plutôt que celui de l'*opt-out*³³⁸. Enfin, c'est principalement en laissant aux États membres le soin de mettre eux-mêmes en place des actions collectives que la Commission avoue qu'elle n'a toujours pas réussi à adopter une législation harmonisée.

B – L'échec de l'adoption d'une législation harmonisée dans l'UE

127. Une question abordée... Comme on a déjà pu l'évoquer, la Commission aborde la question des recours collectifs dans le paquet de juin 2013, et cela à travers deux documents spécifiques : une Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, dans laquelle la Commission expose son point de vue sur des grands principes fondamentaux, et une Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs qui vise à recommander aux États membres de se doter de mécanisme de recours collectifs s'inspirant de principes européens communs³³⁹. Les deux documents tendent ainsi à l'adoption d'un modèle commun d'action collective dont l'objectif est de faciliter l'accès à la justice. Néanmoins, l'option choisie pour atteindre ledit objectif peine à convaincre.

128. ... une solution timorée. Deux limites peuvent être observées. Alors que la Commission s'est montrée plus ambitieuse que la loi Hamon en donnant à la recommandation une portée beaucoup plus large que le droit de la concurrence³⁴⁰, la Commission n'a pas fait le choix d'insérer la question des recours collectifs dans la proposition de directive elle-même. Certains auteurs y voient alors une solution plus « timorée »³⁴¹, la valeur et la portée d'une recommandation étant moindres que celle d'une proposition de directive. De plus, en laissant une nouvelle fois aux États membres la mission d'adopter une réglementation des actions collectives en Europe, la Commission souligne son échec à mettre en place une législation harmonisée à l'échelle de l'Union. Elle laisse en effet aux États membres une large marge de manœuvre puisqu'ils sont libres d'instaurer de véritables actions de groupe fondées sur un système d'*opt-in* et ne sont pas obligés de limiter les recours collectifs aux seules actions

³³⁶ Intervention de C. PRIETO, in Colloque « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », préc. p. 9.

³³⁷ L. IDOT, Enfin l'action de groupe ?, *Europe*, juill. 2013, n°7.

³³⁸ Comm. UE, *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, préc., pts 31 et 21.

³³⁹ Comm. UE, *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, préc.

³⁴⁰ *Ibid*, consid. 7 : La recommandation a en effet vocation à s'appliquer dès que l'action de groupe présente un intérêt en cas de « violation des droits conférés par le droit de l'Union ».

³⁴¹ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, préc., p. 1455.

consécutives à la décision de l'interdiction d'une autorité de concurrence. On peut s'interroger sur le choix de la Commission de laisser une telle liberté aux États. Il convient de rappeler ici que la Commission avait adopté un Livre vert et un Livre blanc en vue d'instituer une réglementation européenne des actions en réparation et avait proposé des solutions pour les actions collectives³⁴². Pourtant, aucun n'avait finalement abouti à une proposition de législation. Ainsi, la Commission a aujourd'hui fait le choix d'une approche transversale sans forcer la main aux États membres.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

129. Faisant écho à la recommandation de la Commission sur les recours collectifs, la consécration de l'action de groupe en droit français constitue incontestablement une adaptation louable des règles procédurales aux spécificités du contentieux des pratiques anticoncurrentielles. Elle tend en effet à rendre effectif le droit à réparation des victimes de telles pratiques en leur facilitant l'accès à la justice. Cependant, l'action de groupe en France connaît encore de sérieuses limites qui viennent largement nuancer les bienfaits qu'on lui attribue. De plus, l'encouragement timide de la Commission sur cette question symbolise son échec à harmoniser les règles sur les recours collectifs à l'échelle de l'UE. Une intervention plus poussée de sa part permettrait véritablement à l'ensemble des victimes de rendre effectif leur droit à réparation largement consacré.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

130. L'Union souhaite, depuis plusieurs années, favoriser et inciter le développement des actions privées en réparation. Le récent paquet *private enforcement* de la Commission vise ainsi à dépasser les obstacles auxquels sont confrontées les victimes pour agir et touche pour cela aux aspects procéduraux de l'action en réparation. Néanmoins, les actions privées en réparation restent largement régies par les droits nationaux des États membres qui mettent en œuvre le droit à réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle. L'Union tente alors d'offrir un cadre général. La Commission vient, d'une part, encadrer certaines règles afin de faciliter l'exercice de l'action à titre individuel dans sa proposition de directive, et d'autre part, encourager les États membres à se doter de recours collectifs dans sa recommandation.

³⁴² Le Livre blanc s'était d'ailleurs montré bien plus ambitieux en suggérant notamment une combinaison des mécanismes d'*opting in* et d'*opting out* et en se montrant en faveur d'une *discovery* : Livre blanc 2008, préc., 2.1 et 2.2.

CONCLUSION

Les incitations européennes au développement du *private enforcement* ont incontestablement eu le mérite de renforcer le droit à réparation des victimes privées de pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, les actions civiles en réparation incombent toujours aux droits nationaux des États membres. Or, malgré quelques aménagements du régime de droit commun de la responsabilité civile visant à faciliter l'action des victimes en matière concurrentielle, les droits nationaux ne semblent pas avoir pris la mesure de la spécificité du contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

Par sa proposition de directive, le récent paquet *private enforcement* apporte des réponses louables aux difficultés de mise en œuvre de l'action civile sans pour autant consacrer un véritable droit européen des actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles de concurrence. L'échec de l'Union à adopter une législation harmonisée s'explique notamment par l'ambivalence de la position de la Commission. Souhaitant, d'une part, favoriser les actions privées en réparation et se rapprocher ainsi du modèle américain, elle se soucie plus, d'autre part, de l'interaction entre *public* et *private enforcement* et refuse ainsi abruptement certains mécanismes américains au nom de « traditions juridiques européennes » ou de « culture commune de concurrence » encore mal définies.

Ainsi, la poursuite de l'étude inviterait à s'inscrire dans une démarche comparative. Celle-ci permettrait de mieux comprendre les deux conceptions que sous-tendent le modèle américain et le modèle européen de régulation de la concurrence, afin d'apprécier l'évolution actuelle du développement du *private enforcement* dans l'Union. D'ailleurs, dans la mesure où la frontière entre ces deux modèles tend à être de plus en plus poreuse, l'étude comparative permettrait d'apprécier l'influence du système américain pour envisager sa potentielle transposition en Europe.

De plus, on a pu constater dans ce mémoire que les actions civiles en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle permettent aux personnes privées de jouer un véritable rôle dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Une perspective plus large qui se caractériserait par l'élargissement du champ d'étude au contentieux objectif pourrait être envisagée. En effet, la contribution des personnes privées à la mise en œuvre du droit de la concurrence ne se manifeste pas uniquement dans le cadre du contentieux subjectif, c'est-à-dire à la suite de leurs actions devant le juge civil. Elles peuvent également saisir les autorités de la concurrence ce qui leur donne un rôle dans la mise en œuvre des règles de concurrence dans la sphère publique qu'il serait intéressant d'étudier.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages

Ouvrages généralistes :

- BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd.
- BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Litec.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, assoc. H. Capitant, PUF, 4^e éd., 1994.
- HERON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, n° 61.
- JOURDAIN (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, 8^e éd., Dalloz, 2010.
- PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil 2^e année : les obligations*, 7^e éd, Dalloz, « HyperCours », 2012.

Ouvrages spécialisés :

- BOUTARD LABARDE (M.-C), CANIVET (G.), CLAUDEL (E.) et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, « Droit des affaires », 2008.
- CARPANO (E.), MAZUYER (E.), *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Gualino-Lextenso, 2009.
- MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.), DEPINCE (M.), *Droit de la concurrence*, LexisNexis Litec, « Manuel », 2010.
- MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^e éd., Dalloz, « Sirey », 2014.
- NOURISSAT (C.), DE CLAVIERE-BONNAMOUR (B.), *Droit de la concurrence, libertés de circulation*, 4^e éd., Dalloz, « HyperCours ».
- PRIETO (C.), BOSCO (D.), *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, « Manuel », 2013.
- SOUTY (F.), *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne*, 4^e éd, Clef, Montchrestien, 2013.
- VOGEL (L), *Les actions civiles de concurrence : Union Européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, « Droit global », 2013.

II – Thèses

- AMARO (R.), *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, thèse Paris V Descartes, « Bruylant », 2012.
- BALLOT-LENAT (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ., « Bibl.dr.privé », 2008.
- BARTHE (D.), *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les*

autorités de concurrence : étude comparative des procédures communautaires et française, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, « Institut de droit des affaires », 1997.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse Paris I, 2002, Dalloz, « Nouv. bibl. de thèses », 2004.

LE BAUT-FERRARESE (B.), *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres*, Thèse, Lyon, 1996.

LECLERC (M.), *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, « Études », 2012.

SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique*, Paris, LGDJ, 2008.

III – Sélection d'articles

AUDIT (B.), e.a, « L'américanisation du droit », *Archives de Philosophie du droit*, n° 45, 2001.

BOSCO (D.) :

- « Misère de la justice économique française », *Contrats, conc., consom.*, avr. 2011, repère 4 ;

- « La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse », *Concurrences*, n° 1-2011, p. 236.

- « Procédure d'engagements et actions privées : rebondissement dans l'affaire Ma liste de courses », *Contrats, con. consom.*, n° 3, mars 2014, comm. 74.

SIMON (D.), « La légitimité du juge communautaire », in Sénat, *L'office du juge*, colloque, Paris, Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006.

CANIVET (G.), « L'expertise en droit de la concurrence », in *L'expertise*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1995

CATALA MARTY (J.), « Réflexion autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 28 févr.- 1^{er} mars 2014, n° 59 à 60, p. 11.

CERUTTI (G.) et GUILLAUME (M.), « Rapport sur l'action de groupe », Paris, 2005.

CHAGNY (M.) :

- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », *Communication Commerce électronique* n° 12, déc. 2010, comm. 122.

- « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* n° 25, 21 Juin 2006, I 149.

- « Les beaux jours de la responsabilité civile dans le droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *Revue Lamy de la concurrence*, janv.-mars 2006, n°6.

CONNOR (J.-M), « About cartel overcharges : Kores is correct », *Concurrences*, n°2-2010.

DECOCQ (G.) :

- « Le développement du Private enforcement », *Contrats, conc. consom.* n° 8, août 2013, repère 8.

- « Private enforcement c/ Programme de clémence », *Contrats, conc. consom.*, n° 8, août

2011.

DEPINCE (M.), MAINGUY (D.), « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JurisClasseur Commercial*, 20 mars 2014.

ALES (T. d') et CONSTANS (A.) :

- « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP Entreprise et Affaires* n° 23, 5, juin 2014, 1306.
- « Indépendance de l'action en réparation consécutive à une sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence », *JCP Entreprise et Affaires* 2014, 1145.

LANZAC (P. de) et HOCHART (J.), « L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence », *JCP G*, n° 38, 16 sept. 2013.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1986.

LOUBIERE (F.), SAINT-OLIVE (F.), « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer voir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », *RLC* 2014.

FOURGOUX (J.-L.), « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n°136, p.46.

FRANCOIS-MARTIN (L.), DAULOUÈDE (I.), « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats conc., consom.*, n° 5, mai 2014, dossier 5.

HOEPFNER-LEGER (I.), « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1, janv. 2007, dossier 4.

IDOT (L.), LEMAIRE (C.), « L'Union Européenne lue à la lumière du droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*.

IDOT (L.) :

- « Pratiques anticoncurrentielles et actions privées en réparation », *Europe* n° 8, août 2013.
- « Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 25-27.
- « Enfin l'action de groupe ? », *Europe* n° 7, juill. 2013.
- « Accès au dossier des autorités dans les actions privées », *Europe* n° 8, août 2013.
- « Pratiques anticoncurrentielles et actions privées en réparation », *Europe* n° 8, août 2013.
- « Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDC*, oct. 2013.

JENNY (F.), « L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », *JCP G* n° 37, 10 sept. 2012, doct. 979.

JOURDAIN (P.), « Les sources communautaires du droit de la responsabilité civile », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, spéc.

- JULIEN (J.), « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc., consom.* n° 5, mai 2014, dossier 2.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1986.
- LOUBIERE (F.), SAINT-OLIVE (F.), « *Private enforcement* et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer voir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », *RLC* 2014, n° 39, p. 181.
- LUCAS DE LAYSSAC (C.), rapp. Synthèse, in « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 20 janv. 2005.
- MALAURIE (P.), « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte » – Colloque de Leuven (Belgique) (30 nov.-1^{er} déc. 2001), *JCP G* n° 6, 6 févr. 2002, I 110.
- MENURET (J.-J.), « Le contentieux du conseil de la concurrence », *LGDJ*, 2002, § 198.
- POSNER (R.), LANDES (W.), « The private enforcement of law », *New Working paper series*, Working paper n° 62, nov. 1974.
- PRIETO (C.), « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », *Concurrence*, n° 4-2008, p. 50.
- RIFFAULT-SILK (J.), « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », *RLC*, janv.-mars 2006, n°6.
- SCHENIQUE (L.), « Action de groupe : le recours à la médiation, un bon point de la nouvelle loi ? », *Affaires, Consommation*.
- WILHELM (P.), FERCHICHE (L.), « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Procédures judiciaires », 14 déc. 2009, mise à jour 31 mars 2013.

IV – Colloques

- « Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de communautaires sur les ententes et abus de position dominante », *Concurrences*, n°2, 2009, spéc. :
- BECKER (R.), « Présentation du Livre blanc », p. 5.
- PRIETO (C.), « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence, le point de vue d'une concurrentialiste », p. 8.
- AMRANI MEKKI (S.), « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence, le point de vue d'un processualiste », p. 11.
- CLAUDEL (E.), « Faute- Dommages et intérêts- Répercussion des surcoûts. Accès aux preuves ; Effet contraignant des ANC. Interaction avec les programmes de clémence », p. 28.
- RINCAZAUX (P.), « L'accès aux preuves dans le procès civil », p. 41.
- IDOT (L.), rapp. Synthèse, in « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspective », Colloque organisé le 17 oct. 2005 à la Cour de cassation.
- MADER (R.-C.), « Action de groupe : un champ d'application circonscrit », BACACHE (M.), « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », in *Sur la voie de l'action de groupe*, colloque du 26 avr. 2013.

VI – Législation

A – Union européenne

Règlement (CE) n° 1/ 2003 du Conseil du 16 nov. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L012 du 16 janv. 2001.

B – Française

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation.

Propositions, projets, déclaration

Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004 (site de la Commission).

Comm. CE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, COM (2005) 672 final, 19 déc. 2005.

Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, (COM 2008) 165 final, 2 avr. 2008.

Le « paquet private enforcement » :

Comm. UE, *Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil 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 Etats membres et de l'Union européenne* : COM (2013) 404 final, 11 juin 2013.

Comm. UE, *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, JOUE, n° L 201, 26 juill. 2013.

Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs*.

Comm. UE, *Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE* : JOUE, n° C 167, 13 juin 2013.

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.

VII – Décisions de justice

A – CJCE / CJUE

CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26-62.

CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands*, aff. 27/76.

CJCE, 21 févr. 1973, *Continental Can*, aff. 6/72.

CJCE, 9 févr. 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

CJCE, 28 févr. 1991, *Delimitis*, aff. C-234/89

CJCE, 14 déc. 2000, *Masterfoods*, aff. C-344/98

CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99.

CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. C-95 à 298/04.

CJCE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09.
CJUE, 6 sept. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis*, aff. C-199/11.
CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11.
CJUE, 5 juin 2014, *Kone c/ OBB- Infrastruktur*, aff. C-557/12.

B – Juridictions françaises

1 – Conseil constitutionnel

Cons. const., 22 oct. 1982, déc. 82-144 DC *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*.

Cons. const., 30 déc. 1982, déc. 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*.

Cons. const., 22 juill. 2005, déc. 2005-522 DC, *Loi de sauvegarde des entreprises*.

2 – Cour de cassation

Cass. com., 1^{er} mars 1982, n° 80-15834.

Cass. com., 5 nov. 1985, n° 84-12.418.

Cass. com., 17 juill. 2001, n° 99-17.251.

Cass. com., 1^{er} juill. 2003, n° 01-13052.

Cass. 2^e civ., 15 mars 1979, n°^{os} 77-15.381 et 78-10.294.

Cass. 2^e civ., 14 mars 1984, n° 82-16.076.

3 – Cours d'appel

CA. Paris, 1^{re} ch. civ., 19 mai 1993, *Mors c/ Labinal*.

CA Paris, 28 juin 2002, n° 2002-186210.

CA Paris, 25^e ch. A, 28 juin 2002, *SARL Philippe Streif Motorsport et .al c/ SAS Speedy et al.*

CA Versailles, 24 juin 2004, n° 2004-282578.

CA Paris, 14^e ch. B, 1^{er} juin 2007, *SÀ France Telecom c/ M. Jean Christian P.*, n° 06/21059.

CA Paris, ch.5-10, 27 juin 2012, *M^e Michel Bes c/ SA France Telecom*, RG n° 10/18278.

CA Paris, 20 nov. 2013, *SAS Ma liste de Course*, n° 12/05813.

4 – Juridictions de première instance

T. com. Nanterre, 3^e ch., 16 sept. 1997, *SA Concurrence c/ Sony*.

TGI Paris, 17 déc. 2013, n° 10-03480.

T. com. Paris, 22 oct. 1996, *Eco System c/ Peugeot*.

5 – Juridictions étrangères

Roche Products Ltd. & Ors v. Provimi Ltd [2003], EWHC 961 (Comm) (02 May 2003).

VIII – Presse électronique

MATTEI (U.), « A theory of Imperial Law: a Study on US Hegemony and the Latin Resistance », 2006, disponible sur le site http://works.bepress.com/ugo_mattei/1.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE LA CONSOLIDATION EUROPÉENNE DU DROIT À RÉPARATION	17
CHAPITRE 1 – UN DROIT À RÉPARATION CONSACRÉ PAR LE DROIT DE L’UNION.....	17
SECTION 1 – UN OBJECTIF RAPPELÉ : L’INDEMNISATION DES VICTIMES PRIVÉES.....	17
§ 1 – L’ignorance originelle des victimes privées dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles	18
A – La prééminence du « <i>public enforcement</i> »	18
B – Les obstacles au développement du <i>private enforcement</i>	19
§ 2 – Les impulsions européennes progressives pour faciliter la réparation des dommages concurrentiels.....	21
A – La consécration du droit à réparation intégrale par le juge de l’UE	21
B – L’attitude incitative de la Commission en vue d’assurer la réparation.....	22
SECTION 2 – UN OBJECTIF RENFORCÉ : LA PLEINE EFFICACITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR L’ACTION DES VICTIMES PRIVÉES	24
§ 1 – Les victimes privées au centre de la politique de concurrence de l’Union	24
A – La prise en compte croissante de l’individu pour le développement d’une « culture commune de la concurrence »	24
B – L’émergence d’une politique de la concurrence au service des victimes ?	25
§ 2 – Les victimes privées au service de la politique de concurrence de l’Union	26
A – Les victimes privées, acteurs d’intégration.....	26
B – Les victimes privées, acteurs de régulation	27
CHAPITRE 2 – UN DROIT À RÉPARATION RETENU PAR LES DROITS NATIONAUX	29
SECTION 1 – L’APPLICATION DE PRINCIPE DU FONDEMENT GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	29
§ 1 – Uniformité dans l’énoncé du principe	29
A – En droit comparé (continental)	29
B – En droit français.....	30
§ 2 – Hétérogénéité dans l’établissement des conditions de fond de l’action civile.....	31
A – L’approche française	32
B – L’approche de <i>common law</i>	34
SECTION 2 – LES LIMITES PRATIQUES LIÉES A L’ABSENCE DE FONDEMENT SPÉCIFIQUE À L’ACTION EN RÉPARATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	35
§ 1 – L’inadaptation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité	36
A – L’établissement de la faute et l’articulation avec la décision de l’ANC	36
B – Les difficultés dans l’identification et l’évaluation du préjudice.....	37
C – La démonstration délicate du lien de causalité.....	38
§ 2 – Le nécessaire encadrement des règles substantielles nationales par le droit de l’Union.....	39
A – L’influence européenne sur l’aménagement des règles de droit commun	39
B – Une volonté affichée : faciliter l’établissement des conditions de la réparation	40
DEUXIÈME PARTIE LA MUTATION EUROPÉENNE DES ACTIONS EN RÉPARATION	43
CHAPITRE 1 – L’ADAPTATION DES RECOURS INDIVIDUELS INITIÉE PAR L’UNION	43
SECTION 1 – UN EXERCICE FACILITÉ	43
§ 1 – Le caractère extensif de la qualité pour agir en matière d’action civile de concurrence	44

A – La large ouverture de l’action dans les droits nationaux comme condition de son effectivité	44
B – La reconnaissance de la qualité pour agir des acheteurs indirects par le droit de l’UE.....	46
§ 2 – L’aménagement des règles de prescription	47
A – Le point de départ du délai de prescription.....	47
B – La suspension ou l’interruption du délai de prescription	48
§ 3 – L’aménagement de l’accès aux preuves potentiellement détenues par l’autre partie	49
A – L’allègement de la charge de la preuve dans les droits nationaux	49
B – Le rôle actif et déterminant du juge national dans la recherche des preuves.....	50
C – La promotion de la divulgation <i>inter partes</i> par le droit de l’UE.....	51
SECTION 2 – UN EXERCICE ENCORE DÉSÉQUILIBRÉ	53
§ 1 – Le caractère déséquilibré entre les intérêts de la sphère publique et de la sphère privée..	53
A – L’effet contraignant des décisions des ANC, favorable aux actions privées.....	53
B – L’accès strictement encadré au dossier des ANC dans le cadre des programmes de clémence, favorable aux actions publiques	55
§ 2 – Le caractère déséquilibré entre les victimes elles-mêmes.....	57
A – L’inégalité entre les victimes (la qualité des requérants)	57
B – Le risque de <i>forum shopping</i> (l’internationalisation des litiges).....	58
CHAPITRE 2 – LA CRÉATION DES RECOURS COLLECTIFS ENCOURAGÉE PAR L’UNION	60
SECTION 1 – UN EXERCICE CONFORME AUX SPÉCIFICITÉS DU CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	60
§ 1 – Une nouvelle voie procédurale au service de la réparation des préjudices individuels	60
A – La réponse au caractère particulier du préjudice concurrentiel.....	61
B – Le renforcement des droits des consommateurs victimes par la consécration de l’action de groupe en droit français.....	62
§ 2 – Une nouvelle voie procédurale au service de la dissuasion du droit de la concurrence	63
A – Des consommateurs acteurs dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.....	63
B – Des entreprises plus responsables	64
SECTION 2 – UN EXERCICE ENCORE LIMITÉ.....	65
§ 1 – Les insuffisances de la loi Hamon	65
A – Une spécificité source d’incohérences au niveau interne	65
B – Une spécificité non conforme à la Recommandation de la Commission.....	67
§ 2 – L’absence de class action européenne	68
A – Entre rejet et influence du droit américain.....	69
B – L’échec de l’adoption d’une législation harmonisée dans l’UE.....	70
CONCLUSION	72

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeure des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251 – **Fax** : ++ 00 / 33 478 787 466

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

