

UNIVERSITÉ PANTHEON-ASSAS - INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPÉEN COMPARÉ 2012 - 2013

**Les rôles respectifs du « public enforcement » et du
« private enforcement » en droit de la concurrence**

Etude comparée Etats-Unis/ Europe

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Louis Vogel.

Adèle Chartouny

Séjour de recherche à l'université d'Harvard.

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Résumé

Ces dernières décennies, l'évolution vers une économie mondialisée a eu pour effet de modifier les rapports entre le droit et l'économie. L'ouverture des marchés dans les années 1990, contrairement à ce que l'on aurait pu attendre, a élargi le champ du droit économique et renforcé les instruments juridiques comme moyen de régulation du marché et de la concurrence. La question se pose alors de savoir quel est le bon juge des affaires économiques : qui pour juger du bon fonctionnement du marché ?

Les rôles du « public enforcement » et du « private enforcement » sont différents. Alors que l'action publique permet de prévenir, dissuader et punir les comportements anticoncurrentiels par divers moyens (enquêtes, poursuite, pouvoir d'injonction, d'amendes, programme de clémence, etc..), l'action privée ou civile vise, elle, à la réparation du préjudice causé aux victimes par la pratique anticoncurrentielle.

En Europe, le droit économique a été pendant très longtemps encadré par les pouvoirs publics et cette tradition juridique qui persiste à eu des conséquences sur le système mis en place, caractérisé par la prééminence du « public enforcement ».

Cependant, le « private enforcement », au delà de la réparation du préjudice causé, permet également une meilleure dissuasion des comportements anticoncurrentiels car il fait peser sur les entreprises une menace plus lourde en multipliant les coûts (amendes administratives et dommages-intérêts). C'est pourquoi à l'instigation des organes de l'Union Européenne et des gouvernements des Etats membres, les actions privées en réparation, initiées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles se multiplient en Europe.

Aux Etats-Unis, le « private enforcement » dispose de mécanismes de répression particulièrement développés. Ainsi les pratiques des « one way cost fees » ou des « contingency fees » permettent aux victimes des pratiques anticoncurrentielles d'éviter les frais exorbitants de justice. Les « treble damages », la procédure de « discovery » et le système de « opt-out » des « class actions » sont autant de procédure d'action privée qui incitent également les individus à agir.

La Commission Européenne, dans ses différentes initiatives pour promouvoir le « private enforcement », s'est interrogée sur les possibilités de s'inspirer du droit antitrust américain. Cependant la proposition de directive du 11 juin 2013 reste muette sur certains points tels que les coûts du procès, trop loin sans doute de la grande révolution annoncé. Pour parvenir à une coordination idéale entre « public enforcement » et « private enforcement », le travail doit continuer.

Table des matières

INTRODUCTION	4
<u>TITRE I</u> : L'articulation entre action publique et action privée en droit de la concurrence.	8
CHAPITRE I - La construction du droit antitrust aux Etats-Unis et en Europe	8
I - La naissance du droit de la concurrence aux Etats Unis : la suprématie du private enforcement	8
II-La naissance du droit de la concurrence en Europe : la suprématie du public enforcement	15
CHAPITRE II-Le public enforcement : L'Europe se dote de plus de moyens que les Etats-Unis	21
I - Le public enforcement aux Etats-Unis	21
II - Le public enforcement en Europe	27
CHAPITRE III- Le private enforcement : L'Europe sur la trace des Etats-Unis ?	36
I – Présentation générale du système européen actuel	37
II - La promotion récente de l'action privée en Europe	40
<u>TITRE II</u> : Questions actuelles concernant le développement des actions privées en réparation du préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles	46
CHAPITRE I : Qualité et intérêt pour agir	46
I – Victimes directes, victimes indirectes et « passing on defense »	46
II – La question des actions collectives	57
CHAPITRE II – La réparation du préjudice : fonction compensatoire ou punitive des dommages et intérêts ?	65
I - Le principe de réparation intégrale du dommage en droit français	65
II- La fonction punitive des dommages et intérêts (treble damages)	67
CHAPITRE III - La preuve de la pratique anticoncurrentielle	74
I - La procédure de « discovery »	74
II - La procédure de « prima facie evidence »	79
CHAPITRE IV- Les frais de procédure	83
I - La procédure de « one way cost »	83
II - Les contingency fees	85
CONCLUSION	87
BIBLIOGRAPHIE	89

Introduction

Le 6 août 2013, il a été annoncé que Bouygues Telecom, Virgin Mobile, Only et NRJ Mobile ont porté plainte devant le tribunal de commerce de Paris contre Orange et SFR pour pratiques anticoncurrentielles. Ces quatre opérateurs réclament au total plus de 1,4 milliards d'euros de dommages et intérêts à Orange et SFR.

Le 13 décembre 2012, l'Autorité de la concurrence avait déjà condamné Orange et SFR pour les mêmes pratiques anticoncurrentielles ayant eu lieu entre 2005 et 2008 lorsque ces deux opérateurs offraient à leurs clients des appels illimités vers les abonnés du même opérateur. L'autorité de la Concurrence avait estimé qu'Orange et SFR avaient pratiqué une *"différenciation tarifaire abusive entre les appels sur leurs réseaux respectifs et ceux émis vers les réseaux concurrents"*, car elles avaient *"contribué, d'une part, à figer le marché en attirant les consommateurs vers les deux plus gros réseaux et en les verrouillant de fait une fois le choix opéré. Elles ont d'autre part été de nature à affaiblir le troisième opérateur, Bouygues Telecom, qui a dû riposter en lançant des offres qui ont nettement renchéri ses coûts"*. Orange et SFR ont été condamnés respectivement à des amendes records de 117,5 et 65,7 millions d'euros à verser à l'Etat et aujourd'hui c'est donc au tour des concurrents victimes des pratiques anticoncurrentielles d'utiliser leur droit à demander réparation sous la forme de dommages et intérêts devant les tribunaux de droit commun.¹

Cet exemple illustre bien le fonctionnement et la répartition des rôles entre « private enforcement » et « public enforcement » en droit de la concurrence. Les actions en private enforcement sont les actions en indemnisation engagées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles devant les tribunaux de droit commun. Les actions en public enforcement sont, elles, les actions engagées par les autorités de concurrence.

C'est aux Etats Unis qu'est né le droit de la concurrence en 1890 avec le Sherman Act. Par comparaison, en Europe, ce n'est qu'en 1951 que l'on peut constater les prémices du droit de la concurrence avec la création d'un marché commun du charbon et de l'acier. Aux Etats Unis, à la différence de l'Europe, les actions privées en réparation des dommages causés par les cartels et des abus de position dominante (le private enforcement), sont beaucoup plus répandues que les actions en « public enforcement ». Cette différence de répartition des litiges pourrait sembler s'expliquer par le fait que les rôles joués par le public enforcement et le private enforcement sont différents sur ces deux continents.

¹ PAQUETTE Emmanuel, « Concurrence: Orange et SFR attaqués pour 1,4 milliard d'euros », L'express, 6/08/2013, http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/concurrence-orange-et-sfr-attaques-pour-1-4-milliard-d-euros_397593.html

L'action publique en Europe est particulièrement efficace. Cela a été démontré encore récemment lors du traitement de la saga Microsoft, qui fut une réussite si on le compare au fiasco américain sur la même affaire². En Europe, la mise en œuvre de la répression des pratiques anticoncurrentielles est confiée à titre principal, à des autorités spécialisées de concurrence dotées d'un pouvoir de sanction administrative³. Jusqu'à récemment, l'action publique était dans la pratique la voie unique de sanction des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. L'action civile existait en principe mais était très peu utilisée dans les faits. Au contraire, aux Etats-Unis, c'est le private enforcement qui est la base de toute action en droit de la concurrence. Les Américains, à la différence des Européens, ont ce que l'on appelle « la culture du procès » et une confiance plus forte dans l'initiative privée que publique.

Ainsi, en Europe, le terme « libre concurrence » tend à avoir une connotation négative, on l'associe à la toute puissance de l'argent et des grosses entreprises. On pense alors à une concurrence sauvage, qui ne serait pas régulée et qui prendrait le pouvoir sur le reste de la société et les individus⁴. Aux Etats-Unis, au contraire, la libre concurrence est perçue comme une condition nécessaire de l'économie de marché, une protection pour le consommateur et la société dans son ensemble contre la toute puissance économique des entreprises⁵. La protection de la libre concurrence et de l'économie de marché appartient naturellement aux acteurs économiques eux même : les concurrents ou les consommateurs. C'est le trait caractéristique de la mise en œuvre du droit de la concurrence (dit « antitrust ») aux Etats Unis. On constate également que dans l'idéologie américaine, les budgets alloués aux pouvoirs publics paraissent toujours insuffisants face à la toute puissance économique des entreprises, le « private enforcement » semble donc plus efficace que toute forme d'action publique.

Finalement, à la différence des Européens, les Américains ont toujours craint que le pouvoir politique ne joue pas son rôle de protecteur des intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les actions en réparation seraient la garantie de la non interférence politique dans le droit de la concurrence. Ainsi, dans l'histoire du droit de la concurrence aux Etats Unis, de nombreuses contestations ont eu lieu contre le pouvoir politique en place qui se montrait trop conciliant avec les entreprises auteurs de pratiques anticoncurrentielles: sous Reagan ou encore

2 PRIETO Catherine, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », Recueil Dalloz 2007 p. 2884.

3 Conseil de la Concurrence, Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

4 PRIETO Catherine «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008

5 IDOT Laurence, « Europe et concurrence : le grand malentendu... », Europe n° 8, Août 2005, repère 8

contre l'administration Bush lors de l'affaire Microsoft en 2007⁶. Dans ces situations, le « private enforcement » permettait de contrer l'inertie des pouvoirs et politiques publiques⁷.

Une différence culturelle entre l'Europe et les Etats Unis, donc, mais pas seulement. Si les Américains sont friands d'actions privées c'est également car leur droit « antitrust » leur permet un accès facilité au procès. En effet, il existe de grandes différences de procédure entre les actions en réparation à l'américaine et les actions en réparation en Europe. Aux Etats Unis, l'essentiel des mécanismes de la répression sont donnés au private enforcement. Ainsi les pratiques des « one way cost fees » ou des « contingency fees » permettent aux victimes des pratiques anticoncurrentielles d'éviter les frais exorbitants de justice. Les « trebles damages », la procédure de « discovery » et le système de « opt-out » des « class actions » sont autant de procédure d'actions privées qui incitent également les individus à agir.

En conséquence, aux Etats-Unis, alors qu'il existe deux organes publics chargés de mettre en place les règles fédérales relatives au droit de la concurrence (le Department of Justice - DOJ - et la Federal Trade Commission), se sont finalement les actions privées en réparation, le «private enforcement », qui dominent : plus de 90% des actions antitrust sont des actions en réparation⁸.

Cinquante ans après l'introduction des premières notions de droit de la concurrence dans le traité de Rome, l'Europe a pris conscience de son retard dans la mise en place de procédures efficaces d'actions privées pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles et, depuis une dizaine d'années environ, multiplie les initiatives pour tenter de promouvoir ce mode d'action. Pourquoi vouloir donner un plus grand rôle au private enforcement en Europe ? Est-ce vraiment souhaitable? La différence culturelle entre les Etats Unis et la vieille Europe n'est-elle pas trop forte ? Récemment de nombreuses voix se sont élevées contre la judiciarisation à l'américaine des procès (ce que l'on qualifie également de « culture procédurière » ou « litigation culture ») en Europe et se sont inquiétés de ce qu'on puisse assister au retour d'un nouveau déséquilibre, en faveur des actions privées cette fois⁹. En effet, il convient de ne pas dénaturer une action en responsabilité civile dont

6 BOSCO David, « Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet ! », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2007, comm. 279.

7 PRIETO Catherine, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », Recueil Dalloz 2007 p. 2884.

8 SCHULZE Reiner, *Compensation of private losses : the evolution of torts in European business law*, European Law Publishers, 2011 p 157.

9 SCHULZE Reiner, *Compensation of private losses : the evolution of torts in European business law*, European Law Publishers, 2011 p 158.

l'objectif n'est pas la répression ou la dissuasion mais la réparation effective du préjudice subi du fait de la pratique anticoncurrentielle illicite¹⁰. Les différentes initiatives de la Commission laissent à l'action publique son rôle essentiel, l'action privée n'en étant que le complémentaire. Cependant, ces deux actions doivent coexister car elles n'ont pas le même rôle. Alors que l'action publique réprime les comportements anticoncurrentiels, l'action privée répare les dommages subis par les victimes. Une plus grande efficacité des actions privées en Europe est donc légitime, les victimes des pratiques anticoncurrentielles sont depuis trop longtemps oubliées dans la réparation du préjudice qu'il leur a été causé.

L'Europe peut-elle s'inspirer du modèle américain pour rendre plus attractives les actions en réparation du préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles ? L'histoire du droit de la concurrence aide à comprendre comment se sont construits ces deux types d'actions et comment se répartissent aujourd'hui les rôles entre public et privé enforcement (Titre I). Si les actions privées sont aujourd'hui si nombreuses aux Etats-Unis c'est en raison d'un grand nombre de règles procédurales favorables aux victimes des pratiques anticoncurrentielles. L'Europe peut-elle s'inspirer de celles-ci et les adapter à son propre droit ? (Titre II).

¹⁰ SAINT-ESTEBEN Robert, « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence », 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

TITRE I : L'articulation entre action publique et action privée en droit de la concurrence.

Aux Etats-Unis et en Europe, le droit de la concurrence ne s'est pas construit de la même manière (Chapitre I). Aujourd'hui, l'Europe est dotée de plus de moyens de « public enforcement » que les Etats-Unis (II). Sur la trace de ceux-ci, elle développe cependant le « private enforcement » (III).

CHAPITRE I - La construction du droit antitrust aux Etats-Unis et en Europe

Le droit de la concurrence s'est construit différemment en Europe et aux Etats Unis. Alors qu'aux Etats-Unis, les actions privées se sont rapidement développées (I), en Europe, la suprématie de l'action publique a mis de côté les actions privées pendant plus de quarante ans (II).

I - La naissance du droit de la concurrence aux Etats Unis : la suprématie du private enforcement

Aux États-Unis, en droit de la concurrence, cohabitent loi fédérale et lois des États fédérés. Ces deux types de lois coexistent, et se ressemblent bien souvent. Si certains conflits entre les deux lois peuvent apparaître en certains points, alors la Constitution américaine donne la préférence aux lois fédérales. Dans la hiérarchie des normes, les lois fédérales sont supérieures aux lois des Etats.

Au Etats Unis, la deuxième moitié du XIXème siècle voit émerger une industrie manufacturière qui représente alors une part importante du potentiel productif américain. Cette industrie fortement concentrée est composée d'entreprises de grande taille et la nécessité de réguler la concurrence au niveau fédéral se fait alors ressentir. Ainsi en 1890 est promulgué à la quasi-unanimité le Sherman Act, qui permet de donner un statut de loi fédérale à l'antitrust. Cette loi comporte huit articles (elle fut amendée à trois reprises en 1937, 1955 et 1982)¹¹.

¹¹ FASQUELLE Daniel, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly éditions, 1993, p 20.

A- Le Sherman Act : la naissance du private enforcement en droit de la concurrence

Le 2 juillet 1890, en promulguant le Sherman Act, en réaction contre la formation de trusts dotés d'une trop grande puissance économique, les Etats Unis signent la naissance du droit de la concurrence moderne. Le private enforcement fut alors une part intégrante du système mis en place. Il est encore aujourd'hui considéré comme un moyen naturel et indispensable de faire respecter le droit de la concurrence. Etant donné que le private enforcement fut promulgué dès l'origine, celui ci a par la suite influencé considérablement le reste du système mis en place, le développement du droit substantiel ainsi que la capacité et les rôles des personnes qui y participent¹². A l'époque, les Américains ne se sont pas posé la question de savoir comment mettre en place des moyens d'« enforcement » du droit de la concurrence : le private enforcement était simplement perçu comme le moyen le plus simple de faire respecter et d'appuyer la loi¹³.

Le *Sherman Act*, codifié au titre 15 de l'*United States Code* (USC), recueil des lois fédérales, édicte deux interdictions qui s'appliquent au commerce entre États fédérés, mais aussi au commerce avec les pays tiers : La section 1 interdit tout contrat, toute association ou toute entente restreignant le fonctionnement normal du commerce entre les États de l'Union ou avec les pays étrangers.

La section 2 interdit toute situation de monopole, toute tentative de création d'un monopole et tout accord ou entente tendant à monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers.

La section 4 du Sherman Act décrit la procédure de mise en œuvre de celui ci ; de type judiciaire et non administrative. Ce sont les différents tribunaux des États-Unis qui sont compétents pour juger et sanctionner les violations de la loi. Dans chaque Etat, on retrouve des « district attorneys » chargés d'engager des poursuites dans leurs districts respectifs, sous la direction de l'Attorney General de chaque Etat¹⁴.

Le juge a le droit d'ordonner toutes restrictions, mesures conservatoires et injonctions à faire cesser

12 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007. p 43.

13 MÖLLERS, Thomas MJ et HEINEMANN, Andreas (ed.). *The enforcement of competition law in Europe*. Cambridge University Press, 2007.

14 15 USC § 4 - Jurisdiction of courts; duty of United States attorneys; procedure : « *The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises* ».

les pratiques incriminées avant de prononcer son jugement. L'affaire est instruite selon une procédure administrative par l'autorité publique (la division Antitrust du Department of Justice) en charge de la concurrence, ou par des tribunaux civils habilités à recevoir des plaintes pour violation du Sherman Act.

Le Sherman Act fut mis en place pour permettre une meilleure application des principes de la « common law » déjà existants. Il permis également de simplifier l'accès aux tribunaux pour les parties privées. Comme très souvent dans les pays de common law, le Sherman Act n'a fait que codifier des principes de common law déjà existants dans certains Etats et donne ainsi au gouvernement fédéral et aux tribunaux fédéraux la compétence et l'autorité nécessaire pour faire appliquer ces principes¹⁵.

A l'époque il n'existait pas de système équivalent dans le monde, le droit de la concurrence ne s'était pas encore développé et il était donc impossible de pouvoir comparer le système mis en place aux Etats Unis par le Sherman Act à d'autres systèmes de droit. Le private enforcement semblait la solution la plus évidente car il n'y en avait pas d'autres de rechange. Le juge de droit commun a cependant quelques difficultés à mettre en place de façon efficace le système mis en place par le Sherman Act et il suscitait alors à l'époque quelques inquiétudes¹⁶.

Même si c'est en s'appuyant sur celui ci que la « rule of reason » fut créé¹⁷, les inquiétudes persistaient et c'est pourquoi furent votés le *Clayton Act* et le *Federal Trade Commission* à l'automne 1914¹⁸.

B- Le Clayton Act et le Federal Trade Commission Act : la création d'un organe administratif indépendant.

Le Clayton Act et le Federal Trade Commission Act en 1914, sans envisager de supprimer ou de changer la forme du système mis en place, sont venus apporter quelques solutions en comblant les lacunes laissées par les autres textes de loi par la création d'une agence fédérale indépendante : «The Federal Trade Commission » (la Commission Fédérale du Commerce) qui a pour mission de veiller au respect des règles assurant la liberté de la concurrence et dotée de pouvoir d'enquête, de

15 FASQUELLE Daniel, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly éditions, 1993, p 26.

16 MÖLLERS, Thomas MJ et HEINEMANN, Andreas (ed.). *The enforcement of competition law in Europe*. Cambridge University Press, 2007 p 434.

17 US Supreme Court, *Addyston Pipe and Steel Company v. United State*, 1899.

18 FASQUELLE Daniel, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly éditions, 1993, p 27 à 36.

poursuites et d'injonctions. Ainsi une voie parallèle de « public enforcement » s'est ouverte mais l'incitation à utiliser la voie du « private enforcement » ne s'est pour autant pas affaiblie tant elle était vue comme un moyen de promotion du droit de la concurrence.

Le Clayton Act précise les conditions d'application du *Sherman Act*, et interdit certaines pratiques additionnelles qui sont susceptibles d'avoir un effet restrictif de concurrence: tel que les contrats liés¹⁹, la pratique de prix discriminatoires²⁰ (sauf quelques exceptions : s'ils sont justifiés par le besoin de faire face à la concurrence, s'ils correspondent aux différences dans le coût de production ou de vente résultant des quantités achetées), les clauses d'approvisionnement exclusif²¹ ou encore les concentrations d'entreprises²². Finalement, le Clayton Act met en place la responsabilité pénale des dirigeants d'entreprises pour pratiques anticoncurrentielles²³.

Cependant, le Clayton Act continue de promouvoir la voie du private enforcement en introduisant des mesures pour inciter les victimes des pratiques anticoncurrentielles par la création des « treble damages », une action civile qui autorise la victime de pratiques déclarées illégales à réclamer des « treble damages »²⁴, c'est à dire des indemnités d'un montant trois fois supérieur au préjudice subi. Ce sont ce que l'on appelle en France des dommages punitifs.

La structure institutionnelle mise en place par le Sherman Act puis par le Clayton Act et le Federal Trade Commission Act a très peu évolué depuis. Ces textes, rédigés en termes généraux dès l'origine, restent la base du droit de la concurrence aux Etats Unis et s'applique encore aujourd'hui.

La politique de concurrence aux Etats Unis a cependant par la suite été fluctuante. En effet, elle a subi l'influence de la doctrine et des préférences politiques. De même l'évolution des connaissances économiques a énormément contribué à l'évolution du droit de la concurrence aux États-Unis.

Le private enforcement a lui toujours été le mode d'action fondamentale et a donc très souvent joué un rôle plus important que le public enforcement. Au fil du temps, le nombre d'actions privées a cependant varié et son rôle a évolué progressivement en même temps que certains éléments institutionnels du système. Le rôle actuel du private enforcement aux Etats Unis est donc différent de son rôle à l'origine.

19 15 U.S.C. § 14. Clayton Act Section 3

20 15 U.S.C. § 13. Clayton Act Section 2

21 15 U.S.C. § 14. Clayton Act Section 3

22 15 U.S.C. § 19. Clayton Act Section 8

23 ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, *Politiques de la concurrence*, la Documentation française, les rapports du Conseil d'analyse économique, juin 2006, p 25.

24 15 U.S.C. § 15

C- L'entre deux guerres : de la « règle de raison » à la « prohibition per se ».

Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le rôle du droit de la concurrence était encore incertain. Les tribunaux ne savaient pas toujours comment et quand l'appliquer. Selon le cas, les tribunaux se montraient favorables ou défavorables à l'application des normes anticoncurrentielles conduisant à une augmentation ou à une diminution des litiges privés ou publics²⁵. La Cour Suprême, en 1911, dans l'arrêt « Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911) » avait dégagé « the rule of reason »²⁶. Selon la doctrine de la règle de raison, seules les pratiques anticoncurrentielles qui restreignent déraisonnablement le commerce sont susceptibles d'être déclarées illégales. Ainsi, aucun comportement n'est interdit par nature, on s'attache aux effets sur le marché et la concurrence. Cependant, la règle de raison a progressivement été remplacée par une prohibition *per se*. Avec le « New Deal », c'est l'organisation de l'économie elle-même qui est modifiée, le gouvernement n'envisage plus le marché sous forme concurrentielle mais plutôt sous la forme d'une économie planifiée et organisée. Le manque de confiance à l'égard d'une politique de régulation économique par la concurrence c'est en conséquence accompagnée d'un déclin de la politique de concurrence²⁷.

Après la grande dépression des années 1930 et dès la fin du New Deal, le droit de la concurrence connut un essor important : une politique antitrust beaucoup plus active est mise en place et elle se poursuivrait pendant quarante ans, mais ce n'est réellement qu'après la seconde guerre mondiale que son rôle et l'influence du système antitrust américain connut une expansion rapide.

D- Après la fin de seconde guerre mondiale

Après la seconde guerre mondiale, le droit de la concurrence atteint un niveau d'influence très important. Certains parlèrent même de période malheureuse et de paranoïa à l'égard des grandes entreprises²⁸. Les tribunaux avaient alors pour volonté d'interpréter de façon plus large les lois existantes et de poursuivre le développement du droit de la concurrence. Les autorités avaient la

25 MÖLLERS, Thomas MJ et HEINEMANN, Andreas (ed.). *The enforcement of competition law in Europe*. Cambridge University Press, 2007 p 435.

26 FASQUELLE Daniel, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly éditions, 1993, p 27 à 36.

27 ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, *Politiques de la concurrence*, la Documentation française, les rapports du Conseil d'analyse économique, juin 2006, p 26-27.

28 HOFSTADTER R., "What Ever Happened to the Antitrust Movement?" in « The Paranoid Style in American Politics and Other Essays ». 1965.

volonté de limiter au maximum le pouvoir des entreprises et de faciliter la charge de la preuve incombant aux autorités de concurrence. Par exemple, le vote du *Celler-Kefauver Act en 1950* facilitait le refus des autorités d'autoriser les concentrations. La Cour Suprême estimait également que tout comportement d'entente devaient être condamné en soi, indépendamment de sa raison d'être et de ses effets²⁹.

A l'époque, la situation internationale empêchait l'investissement dans le marché américain et celui-ci se trouvait donc protégé des pressions économiques extérieures mais encourageait par contre les entreprises américaines à étendre leurs activités à l'international. Le droit de la concurrence permettait alors de répondre de façon efficace à la puissance grandissante des entreprises américaines.

Le soutien des tribunaux a conduit à l'augmentation des litiges en public enforcement mais également incité les actions en private enforcement³⁰. Les deux étant liés : la probabilité de succès dans les tribunaux encourage davantage de litiges initiés par la force publique, la plus grande publicité des décisions rendues lors des actions en public enforcement et la perception accrue de l'importance du droit de la concurrence, les litiges en private enforcement se trouvent encouragés et augmentent donc considérablement³¹.

A la fin des années 1960, l'application rigide du droit de la concurrence par les tribunaux permettait de faire gagner de façon quasi-systématique les demandeurs lors des litiges ce qui encourageait considérablement les actions.

E - Après la crise économique de 1973

Avec la crise de 1973, les conditions économiques et politiques aux États-Unis et dans le monde changent rapidement. L'économie américaine est exposée à une concurrence internationale accrue, sa compétitivité pose problème et on peut craindre qu'une politique de la concurrence trop stricte ne soit pénalisante. De plus, les juges et les responsables politiques sont plus enclins à penser que les forces concurrentielles du marché décourage de toute façon les comportements anticoncurrentiels. En réaction aux dérives précédentes, le droit de la concurrence est repensé de manière plus efficace et économique. Les tribunaux deviennent plus réticents à interférer dans le fonctionnement des

29 Voir par exemple : *Supreme Court, Brown Shoe vs US*, 1962 : Dans cette décision, au motif que le droit de la concurrence a pour objectif de protéger les petites entreprises, la Cour suprême interdit une concentration qui permettait aux entreprises en cause l'obtention d'une part de marché consolidée de 5 % seulement.

30 BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008 p 72.

31 MÖLLERS, Thomas MJ et HEINEMANN, Andreas (ed.). *The enforcement of competition law in Europe*. Cambridge University Press, 2007 p 436.

entreprises américaines en leur imposant de respecter le droit de la concurrence et donc des obligations que beaucoup de leurs concurrents n'ont pas à respecter dans d'autres marchés.

Ce changement a également été accompagné par une importance accrue donnée à la pensée économique dans le droit de la concurrence. Après la crise économique, la jurisprudence fut vivement critiquée par la doctrine et notamment l'Ecole de Chicago qui lui reprochait son manque de rigueur dans l'analyse économique, nécessaire en droit de la concurrence³². Finalement, la pensée économique s'est rapidement imposée dans la pratique du droit de la concurrence américain. Elle était d'ailleurs idéologiquement cohérente avec le « laissez-faire » de Reagan à l'époque et par conséquent l'analyse économique est devenue le cadre principal des litiges en public enforcement. Les lois antitrust ont commencé à être remodelées en y insérant des outils analytiques fondés sur un ensemble de principes économiques. L'analyse économique dominait alors le droit de la concurrence dans les années 1980 et elle joue toujours aujourd'hui un rôle primordial aux Etats Unis. Face à cette poussée du rôle joué par l'économie, le private enforcement s'est trouvé confronté à de nouveaux obstacles et les litiges ont diminué³³.

Finalement, depuis le début des années 1990, la situation est moins figée et la politique de concurrence est relancée. L'analyse économique a évolué et les acteurs de l'application du droit de la concurrence cherchent un meilleur équilibre entre la sécurité juridique (règle per se) et l'application parfois trop large de la règle de raison.

En édictant le Clayton Act en 1890, les Etats Unis cherchaient avant tout à intégrer les différents Etats derrière un même droit fédéral puissant. C'est également ce que recherchaient les rédacteurs du Traité de Rome en Europe en 1957, la nécessité de créer des règles de concurrence permettant d'aboutir à un marché commun (maintenant marché unique) en veillant à ce que ce droit communautaire de la concurrence englobe les droits nationaux des États membres et fonctionne de façon indépendante. L'évolution du droit de la concurrence en Europe semble d'ailleurs suivre celle des Etats-Unis avec quelques années de décalage : le contrôle des concentrations en Europe a par exemple subi une transformation « a posteriori »/ « a priori » semblable à celle des Etats-Unis³⁴.

Aujourd'hui, les convergences entre les Etats Unis et l'Europe sont nombreuses. Leur politique de concurrence se trouve à mi-chemin entre une trop grande rigueur et un trop grand laxisme.

32 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007, p 45.

33 MÖLLERS, Thomas MJ et HEINEMANN, Andreas (ed.). *The enforcement of competition law in Europe*. Cambridge University Press, 2007 p 436.

34 KOVACIC William E., *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?*, U.S. Federal Trade Commission, Washington, D.C. June 2, 2008.

Cependant, il reste certains points de divergence, notamment sur le sujet qui nous intéresse, les actions privées en Europe restent beaucoup plus rare qu'aux Etats Unis. Nous verrons cependant qu'encore une fois l'Europe prend exemple sur les Etats Unis et la volonté politique de promouvoir le private enforcement dans l'Union Européenne est grande.

II- La naissance du droit de la concurrence en Europe : la suprématie du public enforcement

A - les prémices : premières politiques nationales

En Europe, c'est en Allemagne que l'on retrouve les premières traces du droit de la concurrence. En 1923, une ordonnance allemande interdisait déjà les abus de position dominante³⁵. Il a cependant fallu attendre la fin de la deuxième guerre mondiale pour que les ententes soient également prohibées. Dans les années 1930, l'école de Fribourg, proche de J.M Keynes, soutient l'adoption d'une doctrine plus libérale selon laquelle la concurrence n'est pas spontanée et il est donc nécessaire que l'Etat intervienne afin l'organiser et la protéger.³⁶ Le même mouvement se produisit beaucoup plus tard en France puisqu'il fallut attendre le décret du 9 août 1953³⁷ pour voir apparaître un premier dispositif, encore très limité, de maintien et de rétablissement de la concurrence en insérant dans l'ordonnance du 30 juin 1945 des dispositions sur les ententes illicites et en créant la « Commission technique des ententes ». Elle avait alors pour mission de rendre des avis au ministre de l'économie sur des pratiques d'ententes et de positions dominantes (à partir de 1963 pour les abus de position dominante)³⁸.

B – Les débuts de la construction européenne

Alors que l'Europe se reconstruisait après la seconde guerre mondiale, l'Union Européenne et ses institutions ont été créées dans un contexte d'intervention de l'État. Nombre de grandes entreprises sont alors des monopoles étatiques et les concepteurs de l'économie politique d'après-guerre cherchent un moyen de faire soutenir le développement tout en faisant croître le marché européen. La politique de concurrence apparaît alors comme un élément essentiel du marché commun, en

35 ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, *Politiques de la concurrence*, la Documentation française, les rapports du Conseil d'analyse économique, juin 2006, p 36.

36 PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Domat-Montchrestien, 2013, p 44.

37 Décret n°53-704 du 9 août 1953 dit décret anti-trust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence

38 FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence, Précis - droit privé*, 2006, Dalloz-Sirey, p 5.

particulier car elle permet de contrôler les monopoles nationaux. Finalement, la politique de concurrence sera l'une des politiques les plus « fédérales » de l'Union Européenne et aujourd'hui encore son mode de fonctionnement est totalement réglementé et uniformisé par l'Union qui affirme dans ce domaine sa suprématie³⁹.

En 1951, c'est dans le traité CECA que les concepts et les institutions du droit de la concurrence de l'UE sont apparus en premier lieu. Celui-ci comportait déjà des dispositions, les articles 65 et 66, concernant le contrôle des concentrations. La CECA étant entrée en vigueur en 1953, ses dispositions relatives à la concurrence n'ont pas eu le temps d'être appliquées avant que ne soit signé le Traité De Rome, fondateur du Marché commun en 1957.

Parmi les objectifs fondamentaux fixés par le Traité de Rome pour le Marché commun figurent la lutte contre la discrimination nationale et la mise en place d'un système pour assurer que la concurrence n'est pas faussée : le traité réglemente de façon générale les ententes, les positions dominantes et les aides qui pourraient porter atteinte à la concurrence, mais ne se soucie pas du contrôle des concentrations.

A l'époque, les Etats ne se sont pas vraiment intéressés au droit de la concurrence, ce qui permit à la Commission d'obtenir des pouvoirs étendus d'élaboration et d'application de la loi en ce domaine⁴⁰. Par la suite, le rôle des Etats dans l'application des dispositions du droit de la concurrence s'est vu amoindri par le règlement d'application de 1962 qui a confirmé que la responsabilité dans ce domaine appartenait à la Commission et lui a donné la priorité dans les enquêtes en vertu du droit communautaire ainsi qu'une compétence exclusive pour les exemptions. Sur ce sujet, le nombre trop important de demandes d'exemptions qui arrivait à la Commission donna lieu à la rédaction du règlement d'exemption par catégorie de 1965⁴¹.

Lors des débuts de l'application du droit communautaire de la concurrence, la Cour de Justice a également joué un rôle dans l'orientation et la portée de ce droit en interprétant le traité de façon large. Au départ cependant, la Commission agit prudemment et afin de ne pas vexer les Etats, s'attaque aux entreprises privées plutôt que publiques et privilégie la poursuite des ententes verticales plutôt qu'horizontales. Elle édicte des interdictions larges puis les contrebalance par certaines restrictions apportées à l'interdiction de base⁴².

39 OECD, droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne, 2005 p 9-10.

40 PRIETO Catherine, « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », La Semaine Juridique - Edition générale, 21 Mars 2007.

41 JONES, Clifford A. The second devolution of European competition law: Empowering national courts, national authorities, and private litigants in the expanding European Union. 2003. p. 8 et suiv.

42 OECD, droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne, 2005.

Le droit de la concurrence en Europe s'est construit autour du public enforcement. La Commission et les autorités nationales de concurrence ont le pouvoir d'infliger des amendes aux entreprises qui ont commis des pratiques anticoncurrentielles. Ni le traité de Rome, ni la loi française de 1977 et l'Ordonnance du 1er décembre 1986 ne mentionnaient, parmi les sanctions civiles des infractions aux règles de concurrence, la réparation du préjudice causé aux victimes. Les seules sanctions prévues étaient celles du public enforcement, c'est à dire des sanctions pécuniaires administratives qui sont les amendes infligées par l'autorité spécialisée, la Commission ou le Conseil de la Concurrence en France (aujourd'hui Autorité de la Concurrence), amendes perçues exclusivement au profit de l'Union Européenne (ou de l'Etat pour les autorités nationales). Le Règlement d'application au traité n° 17/62, ne s'y intéresse pas davantage et ne fait aucune mention de la possibilité de solliciter pour les victimes la réparation des préjudices causés⁴³.

Le droit de la concurrence est un droit perçu comme un droit public et les atteintes à celui ci sont préjudiciables à l'Etat et au marché en lui même. Réguler le droit de la concurrence est bien sûr perçu comme bénéfique pour les victimes, c'est à dire les entreprises concurrentes et les consommateurs, cependant, celles-ci sont perçues comme « un tout », les acteurs du marché⁴⁴. En percevant les amendes, l'Etat joue son rôle de protecteur du marché et de ses acteurs. Il participe à son bon fonctionnement. La question de l'indemnisation individuelle des victimes ne se posait pas.

C - Les années 1980 et 1990 : le renouveau du droit de la concurrence en Europe

Finalement, les années 1980 voient émerger une politique de concurrence dynamique. Ainsi, le contrôle des concentrations, qui avait été omis dans le Traité de Rome en 1957, est enfin réglementé par le Conseil dans son règlement de 1989 sur les concentrations. La volonté de créer un marché unique et l'Acte unique européen de 1986 ont renforcé la volonté d'intégration du marché et ont permis à la Commission de renforcer les conditions d'application du droit de la concurrence.

Même si, la Commission voit ainsi son prestige et sa légitimité renforcés dans l'application du droit de la concurrence, les débuts du contrôle des concentrations en Europe ne furent pas simples. La première interdiction de fusions en 1991 par la Commission donna lieu à de nombreuses protestations de la part des acteurs politiques des Etats en cause⁴⁵. Les Etats ont évidemment toujours eu du mal à voir la Commission s'ingérer dans leurs affaires. Avec l'exemple des Etats Unis, où la politique joue un rôle plus important dans l'application du droit de la concurrence et du

43 SAINT-ESTEBEN Robert, «La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence», 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

44 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 821- 825

45 OECD, droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne, 2005 p 13-14.

contrôle des concentrations, il a fallu un certain temps pour surmonter l'impression initiale selon laquelle des facteurs politiques pouvaient jouer un rôle dans les décisions de la Commission en matière de fusions.

C'est aussi à partir de ce moment là que la Commission s'est attelé à casser les monopoles publics. De nombreuses affaires ont été portées devant la Cour de Justice et en 1988 c'est une directive ayant pour objet d'éliminer les droits des monopoles portant préjudice à la concurrence qui a vu le jour⁴⁶.

La pensée économique en droit de la concurrence a fait son entrée en Europe, un peu après les Etats Unis, dans les années 1990. La Commission a, petit à petit, remodelé le droit de la concurrence selon ces nouvelles orientations économiques. Les lignes directrices de 1997 concernant la définition d'un « marché en cause » révèlent cette réorientation en privilégiant des critères plus économiques. Les longues listes de règles et d'interdictions spécifiques ont été remplacées par des principes généraux et des tests fondés sur les parts de marché⁴⁷.

La création du Tribunal de première instance (TPICE) en 1989 a permis aux justiciables de faire appel plus facilement appel des décisions de la Commission, qu'il n'a pas hésité à sanctionner notamment en matière de contrôle des concentrations. Il a souvent critiqué dans ses décisions l'analyse économique de la Commission et son traitement des éléments de preuve.

La Commission ne s'était donc pas souciee des actions privées en droit de la concurrence et de la réparation du préjudice causé aux victimes des pratiques anticoncurrentielles. Le droit de la concurrence en Europe s'est construit autour du public enforcement. Dans le traité de Rome, la seule sanction qui pouvait concerner directement les personnes privées victimes, était la nullité de plein droit de l'acte illégal en question. Ainsi, en ce qui concerne les ententes, l'article 85 du Traité de Rome, devenu l'article 81 CE puis 101 TFUE, prévoyait la nullité de plein droit des actes conclus en violation de l'interdiction des ententes. En ce qui concerne les abus de position dominante, l'article 86 devenu article 82 CE puis 102 TFUE, ne prévoit lui toujours pas cette possibilité.

D – Les années 2000 : la « naissance » de l'action privée

C'est un arrêt de la Cour de Justice en 2001 « Courage contre Crehan » qui le premier parle d'actions privées pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles en Europe. Dans cet arrêt, la Cour a estimé qu'une partie à un contrat constituant une entente anticoncurrentielle peut se prévaloir de

⁴⁶ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication

⁴⁷ OECD, droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne, 2005.

l'illicéité de ce contrat pour en refuser l'exécution et demander l'allocation de dommages-intérêts lorsque le juge national n'a pas établi que le demandeur a une responsabilité significative dans la réalisation du contrat illicite⁴⁸.

On retrouve également dans le nouveau Règlement d'application des articles 81 et 82 (aujourd'hui 101 et 102 TFUE), le Règlement n°1/2003⁴⁹ l'évocation du « private enforcement ». En effet, celui-ci se réfère expressément à la possibilité pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles de solliciter des dommages et intérêts devant les juridictions nationales compétentes. Le règlement présente d'ailleurs la nécessité de sanctions civiles dans le cadre d'actions en dommages et intérêts des particuliers comme une évidence, alors même qu'auparavant il n'en n'avait jamais été clairement question dans la législation européenne⁵⁰. En conséquence, jusqu'à récemment le contentieux dans ce domaine et les actions engagées par les victimes elles-mêmes restait très faible⁵¹.

Finalement la Commission s'intéresse à la question des actions en réparation des préjudices subis par les victimes de comportements anticoncurrentiels et après avoir commandé des études sur le sujet (notamment une étude de droit comparé en 2004) elle publie un livre vert le 19 décembre 2005⁵² sur les *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, suivi par un livre blanc le 2 avril 2008 qui ont tout deux suscité de larges débats⁵³ et fait l'objet d'un rapport du Parlement européen rendu public le 9 mars 2009. Dans ce rapport, le Parlement rappelle le rôle complémentaire des actions privées: *«l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités doit rester une priorité, car les autorités compétentes en matière d'ententes disposent d'instruments d'enquête de droit public qui ne peuvent être confiés aux particuliers. L'application du droit privé revêt un caractère complémentaire à cet égard»*⁵⁴. Finalement, un projet de directive sur les actions privées en droit de la concurrence a vu le jour en juin 2013⁵⁵. Selon la Commission, les actions en responsabilité contribuent à renforcer l'aspect dissuasif de toute violation des dispositions de concurrence en

48 CJCE 20/9/2001, c-453/99, Rec. 2001, p. I-6257

49 RÈGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

50 MILUTINOVIC Veljko, *The right to damages under EU competition law, from Courage v. Crehan to the white paper & beyond*, Kluwer Law International, 2010. p 39

51 JÜRGEN BASEDOW (ed.). *Private enforcement of EC competition law*. Kluwer law international, 2007.

52 Livre vert, "Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante", (COM(2005)672 final), 19 décembre 2005

53 Voir par exemple : Colloque au collège européen de Paris : Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (Paris, 13 juin 2008).

54 « Projet de rapport sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », lemondedudroit.fr

55 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 », 11 juin 2013.

doublant la sanction publique (les amendes) par le versement de dommages-intérêts.

Ainsi, depuis une quinzaine d'années environ, la Commission et la Cour de Justice tentent de promouvoir les actions privées en droit de la concurrence en étudiant notamment le succès du private enforcement aux Etats Unis.

CHAPITRE II – Le public enforcement : L'Europe se dote de plus de moyens que les Etats-Unis

Les Etats-Unis, les premiers, se sont dotés d'un mécanisme de public enforcement (I), cependant aujourd'hui son rôle paraît moindre par rapport à celui de la Commission et des autorités de concurrence en Europe (II).

I- Le public enforcement aux Etats-Unis

Aux Etats Unis, depuis 1914, il existe deux agences fédérales administratives qui veillent au bon fonctionnement du jeu de la concurrence: Le Department of Justice et la Federal Trade commission (A). Elles possèdent toutes deux certains pouvoirs afin de poursuivre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles (B).

A - Les organes de l'action publique

Le Department of Justice (ministère de la justice) appartient à l'appareil exécutif du gouvernement. Il est composé de divisions responsables de l'application des lois particulières et c'est donc la division « antitrust » du département of justice qui se charge de l'application du droit de la concurrence⁵⁶. Cet organe, du fait de ses relations étroites avec la présidence, joue un rôle actif dans la détermination de la politique de concurrence des Etats Unis⁵⁷.

La Federal Trade Commission - La « Federal Trade Commission » est un organe administratif indépendant composé de cinq conseillers nommés pour sept ans par le Président des Etats Unis avec l'accord et le consentement du Sénat. Ses décisions les plus importantes sont prises à la majorité. C'est un organe que l'on accuse souvent d'être trop politisé aux Etats-Unis⁵⁸. Il ne peut comprendre plus de trois conseillers d'un même parti politique sur les cinq, ceci afin de permettre une meilleure prise en compte des différentes tendances du droit et de l'analyse économique aux États-Unis. Son

56 KESKIN Ali Cenk, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, Editions L'Harmattan, 2010, p 200.

57 WOLF Ernest. « La Législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux ». *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 2 N°3, Juillet-septembre 1950. pp. 440-477.

58 KESKIN Ali Cenk, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, Editions L'Harmattan, 2010, p 200.

financement dépend du Congrès et la Federal Trade Commission est donc très souvent soumise à des pressions politiques⁵⁹. Ainsi, selon les courants politiques qui se sont succédés, elle a parfois joué un rôle important, parfois joué un rôle marginal dans la lutte antitrust⁶⁰.

B - Le rôle de l'action publique aux Etats-Unis

L'antitrust Division et la Federal Trade Commission ont une compétence concurrente pour l'application de la section 2 du Clayton Act (discrimination par les prix entre les acheteurs si une telle discrimination restreint substantiellement la concurrence ou a pour effet de créer un monopole) de sa section 3 (les ventes exclusives et les ventes liées également couvert par la section 1 du Sherman Act mais seulement si elles restreignent substantiellement la concurrence), de sa section 7 (les concentrations d'entreprises quand elles ont pour effet de restreindre substantiellement la concurrence) et enfin de sa section 8 (fait pour toute personne de diriger plusieurs entreprises concurrentes). La section 7 du Sherman Act décrit la coordination entre les deux organismes, afin d'assurer une répartition optimale de leurs ressources⁶¹

a) Les pouvoirs d'enquêtes et de prendre des décisions

La division Antitrust du département of Justice dispose des pouvoirs d'enquête et de poursuite des infractions anticoncurrentielles. Le ministère de la Justice utilise un certain nombre d'outils pour poursuivre les pratiques anticoncurrentielles. Il travaille souvent avec les agents du Bureau fédéral d'investigation (FBI) ou d'autres organismes d'enquête pour obtenir des preuves. Dans certains cas, le Ministère peut demander des perquisitions judiciaires ou des écoutes et enregistrements téléphoniques des entreprises soupçonnées de pratiques anticoncurrentielles.

Selon la section 5 du fédéral Commission Act, toute pratique restreignant la concurrence est interdite. La Cour Suprême, de jurisprudence constante, a affirmé que cette disposition concerne les pratiques anticoncurrentielles visées par le *Sherman Act* et le *Clayton Act* mais aussi celles, non prévues par ces lois, que **la Federal Trade Commission** pourrait juger attentatoires à la liberté de

59 WOLF Ernest. « La Législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux ». Revue internationale de droit comparé. Vol. 2 N°3, Juillet-septembre 1950. pp. 440-477.

60 GINSBURG Douglas H, « Costs and Benefits of Private and Public Antitrust Enforcement: An American Perspective » (Chapter 5) in MATEUS Abel, MOREIRA Teresa, Lisbon Conference on Competition Law and Economics (2nd : 2007) : *Competition law and economics : advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, 2010. p 41

61 MATEUS Abel, MOREIRA Teresa, Lisbon Conference on Competition Law and Economics (2nd : 2007) : *Competition law and economics : advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, 2010.

la concurrence et contre lesquels elle a donc le droit d'engager des poursuites. Cette commission exerce également des pouvoirs d'enquêtes et de poursuites mais aussi, à la différence du Department of Justice, de décision⁶².

Pouvoirs de décision

Aux Etats-Unis, la division antitrust du « Department of Justice » doit fonctionner à travers les tribunaux. Cela signifie qu'elle ne peut pas émettre directement d'ordonnances ou d'injonctions d'exécutions, mais doit intenter un procès devant les tribunaux réguliers pour réaliser ses objectifs de répression.

La « Federal Trade Commission », à la différence de la division antitrust du « Department of Justice », a le pouvoir de prendre des décisions. Ses injonctions sont susceptibles de révision par les tribunaux. La loi confère aussi la Federal Trade Commission le pouvoir d'infliger des amendes.

b) Pouvoir de poursuite pénale en vue de peines d'amende et d'emprisonnement

La législation américaine a prévu dès le Sherman Act la possibilité de sanctions pénales. En juin 2004 a été adopté l'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act, selon lequel la sanction infligée à un individu peut être fixée à 1 million de dollars tandis que la peine maximale de prison peut atteindre 10 ans⁶³.

Le ministère de la justice peut intenter soit des actions civiles soit des actions pénales, selon la gravité de la conduite et d'autres facteurs tels que l'intention des défendeurs.

Sur le fondement du Sherman Act, le « Department of Justice » a poursuivi de nombreuses compagnies. Les procès les plus célèbres remontent bien souvent au début du droit de la concurrence. Ainsi, dès 1909, le « Department of Justice » des États-Unis poursuivit la Standard Oil company remettant en cause son trop grand pouvoir monopolistique. En 1911 la Standard Oil fut condamnée à être divisée en 34 sociétés indépendantes. C'est cette année là également que furent démantelés les monopoles de l'US Steel et de l'American Tobacco Company. C'est d'ailleurs à l'occasion de ces affaires que la Cour suprême des États-Unis créa la fameuse règle de raison (rule of reason), destinée à tempérer l'application de la section 1 du Sherman Act⁶⁴.

A partir des années 1970, les autorités américaines n'ont plus hésité à avoir recours aux poursuites pénales dans des affaires de cartel et cette tendance s'est encore accentuée au cours des années 1990

62 BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008 p 62 à 66.

63 COMBE Emmanuel, « Haro sur les cartels : quelles sanctions contre les ententes illicites ? », *Concurrence* - N° 52 - 2e trimestre 2006

64 ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, *Politiques de la concurrence*, la Documentation française, les rapports du Conseil d'analyse économique, juin 2006, p 25.

à l'encontre des cartels internationaux.

Pour le « Department of Justice », la poursuite pénale des personnes physiques ayant participé aux pratiques anticoncurrentielles est la meilleure façon de prévenir et de sanctionner les cartels. Le nombre de personnes physiques condamnées pour pratiques anticoncurrentielles est en augmentation constante aux Etats Unis tandis que les peines de prison ont tendance à s'alourdir et s'allonger : une personne ayant participé à une pratique anticoncurrentielle est bien souvent condamné à plus d'un an d'emprisonnement⁶⁵. En 2010, 76 % des coupables ont été condamnées à une peine de prison contre 37 % dans les années 1990.

Entre 1995 et 2004, 298 personnes de nationalité américaine ou étrangère, ayant participé à des pratiques anticoncurrentielles, ont été condamné à des peines d'emprisonnements dont la moitié sous la forme de prison ferme pour une durée moyenne d'un an.⁶⁶

Une des affaires les plus médiatisées est sans doute celle du cartel entre Christie's et Sotheby's. Ces deux entités forment un quasi-duopole mondial sur le marché des ventes d'œuvres d'art aux enchères. En 1999, Christie's a profité de la procédure de clémence afin de révéler l'existence d'un cartel avec Sotheby's ce qui lui a permis de bénéficier d'une immunité d'amendes et de poursuites pénales. Sotheby's a été condamnée à payer une amende de 45 millions de dollars et son président, Alfred Taubman, a été condamné en décembre 2001 à 1 an et 1 jour de prison ferme ainsi qu'à une amende personnelle de 7,5 millions de dollars⁶⁷.

En 2010, le Department of Justice a traité 60 dossiers de cartels. Les tribunaux ont infligé 550 millions de dollars d'amendes à l'encontre de 21 sociétés et 63 dirigeants, et un total de 26 000 jours de prison à l'égard de 29 de ces dirigeants.

Aujourd'hui cependant les pouvoirs de la Federal Trade Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante sont restreints en raison de ses faibles ressources financières et son activité principale consiste à évaluer les projets de concentration qui lui sont soumis.

c) Les programmes de clémence

L'une des difficultés de la lutte contre les ententes injustifiables est de lever le silence qui les entoure. Pour encourager un membre d'une entente à avouer la conclusion de celle ci, les autorités de concurrence ont le pouvoir de promettre une amende ou une peine réduite, une injonction moins

65 COT Jean-Mathieu, US: « Sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles », February 2008, Concurrences Journal N° 1-2008, Art. N° 15429

66 La sanction des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L. 420-6 du Code de commerce, Paris 13 novembre 2007, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

67 COMBE Emmanuel, « Haro sur les cartels : quelles sanctions contre les ententes illicites ? », Concurrence - N° 52 - 2e trimestre 2006

restrictive, voir même l'amnistie totale. Les programmes de clémence ont pour but de révéler l'existence d'ententes qui pourraient rester ignorées sans cette procédure. D'autant plus que les investigations et enquêtes qui s'ensuivent après la révélation de la pratique anticoncurrentielle par celui qui l'a commis sont souvent bien plus efficaces⁶⁸.

Aux Etats-Unis, les programmes de clémence (US Leniency Program) ont été créés en 1978. Cependant, c'est surtout depuis qu'ils ont été redéfinis une première fois en 1993 puis une seconde fois en 2004 qu'ils fonctionnent particulièrement bien. Ils permettent à la **division antitrust du ministère de la justice** d'accorder l'immunité de poursuite aux personnes physiques ou morales qui fournissent des informations nécessaires pour poursuivre des pratiques anticoncurrentielles mêmes si celles-ci y ont pris part au départ.

Selon le programme de clémence américain, l'immunité accordée à une entreprise qui dénonce une pratique anticoncurrentielle à laquelle elle est partie, est automatique lorsque les autorités de concurrence n'ont pas encore déclenché d'enquête. Cependant, même si l'enquête avait déjà débuté l'entreprise qui accepte de coopérer avec la division antitrust du ministère de la justice peut toujours bénéficier de cette immunité. En fait, aux Etats-Unis, la première entreprise à dénoncer l'existence de l'entente (et si elle répond aux conditions du programme de clémence) bénéficie d'une immunité totale alors que les autres entreprises seront sanctionnées. C'est ce qu'on qualifie de « winner-take-it-all-approach ».

De plus, l'entreprise qui coopère avec les autorités de concurrence protège tous ses employés, directeurs et salariés de poursuites pénales.

d) Le contrôle des concentrations

A la section 7 du Clayton Act, on trouve les dispositions concernant les concentrations de sociétés (les fusions et acquisitions), modifiées par le *Celler-Kefauver Act* en 1950. Ce texte organise les interdictions de manière très détaillée. Sont interdites toutes les fusions, prises de participations et acquisitions de tout ou partie des avoirs d'une société lorsque ces opérations risquent de nuire à la concurrence ou de créer un monopole. Au départ, les contrôles de concentrations se faisaient à posteriori. En 1978 cependant, la section 7 a été modifiée et dorénavant tout projet de fusion ou d'acquisition d'une certaine importance doit être notifié à la Division Antitrust du Département de la Justice et à la Federal Trade Commission à priori.

En 1976, a été publié le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* selon lesquels, les grandes

⁶⁸ OECD Policy Briefs, the Public Affairs Division, « Using Leniency to Fight Hard Core Cartels », 2001, <http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>

entreprises qui tentent de fusionner doivent d'abord le notifier à la Commission fédérale du commerce et à la division antitrust du ministère de la justice. Selon le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* les seuils de notification des concentrations doivent être révisés par la Federal Trade Commission chaque année.

Ces organismes examinent ensuite la fusion proposée d'abord en définissant le marché pertinent, puis en déterminant la concentration du marché en utilisant l'indice de Herfindahl-Hirschman (HHI) et la part de marché que possède chaque société dans celui-ci. La notification de la concentration par les entreprises suspend l'opération de concentration pendant trente jours, à l'issue desquels le silence des autorités vaut approbation. A contrario, si ces autorités estiment que l'opération risque de nuire au bon fonctionnement de la concurrence, elles exigent des informations complémentaires et peuvent demander une injonction aux tribunaux⁶⁹. Le gouvernement cherche à éviter de permettre à une entreprise de développer sur le marché un pouvoir trop important qui pourrait conduire à un monopole parfois néfaste au bon fonctionnement de la concurrence. Cependant, en général, les autorités américaines se montrent assez généreuses à l'égard de certaines concentrations, lorsqu'il y va de l'intérêt de l'État fédéral, comme lors de l'importante fusion entre *Lockheed* et *Martin Marietta* dans l'industrie d'armement en 1994⁷⁰.

La division Antitrust du Department of Justice et la Federal Trade Commission s'occupent conjointement des enquêtes sur les procédures de concentrations, en déterminant quel organisme est le plus apte à s'occuper d'un cas. Pour éviter toute confusion, elles ont signé des « accords de désignation » (le premier fut signé en 1938, modifié en 1948) afin de déterminer quel organisme sera désigné le plus apte. En 1993, elles ont toutes deux publié les modalités de désignation d'un organisme pour la tenue d'une enquête. En 1995, elles règlent la question de la désignation de l'organisme compétent lors du contrôle des concentrations en s'engageant à désigner l'organisme compétent dans les neuf jours après le dépôt du projet de concentration⁷¹.

Ces deux agences jouent un rôle primordial dans la mise en œuvre efficace du droit de la concurrence. Aujourd'hui cependant, en raison de leur manque de moyens financiers et de l'influence que les différents gouvernements et pouvoirs politiques ont sur elles, elles paraissent parfois moins légitimes et impartiales. L'échec de l'action publique face à Microsoft démontre bien les limites des autorités américaines de concurrence faces aux grandes multinationales. Les actions privées paraissent parfois plus efficaces aux yeux des citoyens américains et surtout elles n'ont pas

69 WINCKLER Antoine, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations: analyses juridique, économique et comparative: Europe, Etats-Unis, Japon*, De Boeck Supérieur, 1998, p 191.

70 Norris, Floyd, "A 'merger of equals,' with Martin Marietta the most equal". *The New York Times*, August 31, 1994.

71 KESKIN Ali Cenk, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, Editions L'Harmattan, 2010, p 200.

le même but. Alors que l'action publique est là pour réprimer, sanctionner ou dissuader, l'action privée, elle, répare le préjudice subi par le consommateur.

II - Le public enforcement en Europe

L'action publique est en Europe le mode d'action principale pour faire respecter le droit de la concurrence. Celui-ci est appliqué par la Commission et les autorités nationales de concurrences. Nous avons vu que le droit de la concurrence a évolué depuis le traité de Rome, au départ instrument de promotion et du fonctionnement effectif du marché commun, la Commission laisse aujourd'hui une place de plus en plus importante aux Etats. Le principal objectif de l'action publique en Europe est de dissuader les opérateurs économiques d'enfreindre le jeu de la libre concurrence. Elle a le pour cela, le pouvoir de sanctionner les agissements illicites. L'action publique permet la dissuasion et la punition⁷².

A - Les organes de l'action publique en Europe

Au niveau européen, c'est à la Commission qu'il appartient de faire respecter le droit de la concurrence. Lorsque le marché intérieur de l'Union Européenne n'est pas « affecté » par la pratique anticoncurrentielle (il existe différentes conditions d'affectation que nous ne verrons pas ici), ce n'est pas la Commission qui est compétente mais une autorité nationale de concurrence.

A l'heure actuelle, tous les États membres de l'Union Européenne ont un droit de la concurrence et des autorités chargées de l'application. Les Etats membres, par le biais de leur autorité nationale de concurrence (en France depuis 2009, l'Autorité de la Concurrence), possèdent la responsabilité de l'application des règles communautaires de concurrence.

Madame le professeur Laurence Idot établit une typologie des différents types de systèmes de concurrence au sein même des Etats membres de l'Union Européenne. Elle distingue les systèmes administratifs (intégré ou dualiste) des systèmes mixtes⁷³.

72 GRAHAM Cosmo, *EU and UK competition law*, Pearson, 2010. p 239

73 IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

a) Dans les systèmes administratifs, une autorité spécialisée a le pouvoir de décision en matière de droit de la concurrence.

Le premier type de modèle administratif est celui de l'Autorité intégré ou modèle unitaire. L'Autorité de Concurrence a tous les pouvoirs aussi bien en antitrust (ententes et abus de position dominante) qu'en contrôle des concentrations. Ce modèle est celui existant au niveau de l'Union où la Commission a tous les pouvoirs. On retrouve également ce modèle en Allemagne ou en Italie.

Le deuxième type de modèle administratif est le modèle dualiste dans lequel il y a une répartition des pouvoirs entre le ministre de l'économie qui, pour des raisons historiques conserve un certain nombre de pouvoirs et une autorité administrative. Avant la réforme de 2008 qui a donné lieu à la transformation du Conseil de la Concurrence en Autorité de la Concurrence⁷⁴, l'exemple par excellence était l'exemple français. Le modèle dualiste a également été celui de la Belgique, de l'Espagne et de certains nouveaux Etats membres. Cependant, comme en France, ces pays abandonnent petit à petit ce modèle pour passer à un modèle plus unitaire.

En France, c'est l'Autorité de la concurrence, qui est chargée de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises et a pour but d'assurer le respect de l'ordre public économique. Elle est composée de 17 membres nommés par décret sur rapport du ministre de l'Économie, pour une durée de cinq ans renouvelable. Elle peut s'auto-saisir ou alors être saisie par différents acteurs tel que les élus locaux, par les organisations syndicales, les associations de consommateurs, les chambres professionnelles.

b) Le deuxième type de système de concurrence en Europe est le système dit « mixte », c'est à dire qu'il existe une autorité de la concurrence, mais pour des raisons constitutionnelles le plus souvent, on estime qu'une autorité administrative n'a pas le pouvoir de sanction. Cette autorité de concurrence a des pouvoirs en matière de contrôle des concentrations mais en matière d'antitrust (ententes et abus de position dominante) on va limiter les pouvoirs de cette autorité administrative qu'elle partage avec un juge, car on estime que seul un juge peut imposer des sanctions de type pénal ou quasi pénal comme des amendes très lourdes.

La aussi, le système mixte se subdivise. Il y a d'abord les pays qui donnent le pouvoir de sanction à une juridiction spécialisée, le jugé du marché : c'est le cas des pays scandinaves et de l'Autriche. Ensuite, il y a les pays qui donnent le pouvoir de décision au juge pénal de droit commun : c'est le cas de l'Estonie, lorsque les pratiques anticoncurrentiels sont très graves, ou encore de l'Irlande⁷⁵.

74 La loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, a créé l'Autorité de la concurrence qui succède au Conseil de la concurrence.

75 IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

Il existe donc deux tendances au sein même de l'Union Européenne : une tendance au regroupement pour des raisons d'efficacité et une en sens inverse, avec l'éclatement et la séparation des fonctions (pour l'antitrust lorsqu'il y a sanction).

B - le rôle de l'action publique en Europe : prévention, répression et dissuasion

L'action publique dispose de nombreux pouvoirs pour détecter et punir les comportements anticoncurrentiels. Elle peut lancer des enquêtes, imposer des amendes (maximum 10% du chiffre d'affaires mondial en droit français et en droit de l'Union Européenne)⁷⁶, des injonctions (mesures correctives de nature comportementale ou structurelle imposées au terme de la procédure), des astreintes (maximum 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard), des mesures conservatoires (injonction de suspendre une pratique, de revenir à l'état antérieur ou de donner accès à des ressources par exemple). De plus, depuis quelques années, les programmes de clémence lui permettent également de détecter les pratiques anticoncurrentielles beaucoup plus facilement.

a) Les pouvoirs d'enquête

En Europe, les autorités de concurrence disposent de moyens particulièrement efficaces pour recueillir les preuves. Elles disposent tout d'abord toutes du pouvoir d'enquête⁷⁷.

Pour la Commission, ces pouvoirs d'enquête sont précisés dans le règlement 1/2003 (article 16-17 et suivant). Ce règlement a renforcé les pouvoirs d'enquête que la Commission avait sous l'empire du règlement 17/62.

Pour les affaires individuelles, la Commission dispose de divers moyens d'enquête, d'importance pratique inégales⁷⁸ :

- Les demandes de renseignements (article 18 du règlement 1/2003)
- Les déclarations des personnes physiques, recueillies par la Commission dans ses services (article 19)
- Les inspections au siège des entreprises (article 20 du règlement 1/2003). On distingue deux types d'inspections : les inspections simples (les agents de la Commission qui font les inspections n'ont aucun pouvoir de contrainte, et doivent demander, en cas de réticences des

76 Article L. 464-2 du Code de Commerce, Article 5 No 1/2003 Du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

77 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 1026 et suiv.

78 RÈGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

entreprises, l'assistance des autorités nationales) et les inspections sur voie de décision.

- les inspections au domicile privé des dirigeants (article 21). En pratique, les demandes de renseignement et les inspections au siège de l'entreprise sont les plus utilisées.

En France - En droit français, historiquement, les pouvoirs d'enquête du titre V (L-450 et suivant) étaient entre les mains de la DGCCRF. La DGCCRF a conservé ses pouvoirs d'enquête lors de la réforme du 4 août 2008. Mais l'autorité de la concurrence dispose désormais de son propre service d'enquête⁷⁹.

En droit français, on distingue essentiellement ce qu'on appelle les enquêtes simple (article L-550-3 du Code de Commerce), des enquêtes lourdes (article L450-4), qui sont de véritables visites domiciliaires, en tout lieu, avec la possibilité pour les agents de saisir les documents. Les enquêtes lourdes sont soumises à l'autorisation du juge des libertés et soumises à son contrôle. Ces moyens d'investigation conséquents sont très utiles dans les affaires d'entente pour établir le concours de volonté entre les parties. Cependant, malgré ces pouvoirs d'enquêtes conséquents, les autorités de concurrence ont rencontré de plus en plus de problèmes face aux pratiques anticoncurrentielles les plus graves (les cartels) et l'action publique n'était plus effective, c'est pourquoi sur la base du droit américain elles se sont dotées de nouveaux instruments, et en particulier des programmes de clémence⁸⁰.

b) Le pouvoir d'émettre des décisions

La Commission statue ensuite sur le comportement en cause : s'il n'a pas d'effet sur la concurrence ou si les pratiques sont en fait autorisées alors elle décide de ne pas poursuivre.

Si elle constate des pratiques répréhensibles, la Commission émet une « décision » ordonnant à l'entreprise responsable d'y mettre fin. Si nécessaire, elle a la possibilité d'ordonner des mesures structurelles, comportementales (amendes) ou provisoires en cas d'urgence, à l'égard de ou des entreprises concernées. Les décisions de la Commission sont soumises au contrôle de la Cour de Justice selon l'article 263 du TFUE⁸¹.

En France, L'autorité de la concurrence a le pouvoir de prononcer des injonctions, prendre des décisions, et infliger des sanctions, susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris et la Cour

79 IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

80 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 1069 et suiv.

81 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 1046 et suiv.

de cassation. Elle joue également un rôle consultatif et peut rendre des avis⁸².

c) Le pouvoir d'infliger des amendes

La Commission peut également décider d'infliger des amendes selon la gravité de l'infraction et sa durée. Ces amendes peuvent atteindre 1% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent voir même 10% de ce chiffre d'affaires dans certaines hypothèses. Elle a également le pouvoir d'astreinte, c'est-à-dire d'imposer des pénalités journalières tant que l'infraction n'a pas cessé, qui peuvent aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent⁸³.

Les entreprises peuvent contester toutes décisions de la Commission : décisions de demandes de renseignements, décisions de vérifications, décisions infligeant des amendes ou des astreintes, ou décisions finales refusant une exemption par exemple, devant le TPICE dont les jugements peuvent faire l'objet d'un appel devant la CJUE.

On constate que depuis plusieurs années en Europe, le montant des sanctions ne cesse de croître à l'encontre des ententes illicites. A titre d'illustration, on peut citer les amendes prononcées par la Commission et la Cour de Justice en 2008 à l'encontre de la société Saint Gobain qui est condamnée à payer une amende de 896 millions d'euros, GDF Suez en 2009 (553 millions d'euros), Hoffman La Roche en 2001 (460 millions d'euros)⁸⁴.

La Commission, afin d'encourager les Autorités Nationales de Concurrence à appliquer des sanctions pécuniaires encore plus importantes, a publié en 2006 des « *Ligne directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE)* ». ⁸⁵ Selon ces lignes directrices, les amendes doivent avoir un effet de dissuasion sur les autres entreprises. Ainsi, elles sont fixées à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement en vue de sanctionner les entreprises en cause, mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 (101 et 102 TFUE) du traité ou de continuer de tels comportements⁸⁶.

En France, l'autorité de la concurrence peut prononcer des sanctions non répressives telles que des

82 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 1114 et suiv.

83 GRYNFOGEL Catherine, Fasc. 269 :application des articles 81 et 82 du traité CE, jurisclesseur commercial, 2004.

84 GRAHAM Cosmo, *EU and UK competition law*, Pearson, 2010. p 253.

85 DE BROCA Hubert, Les nouvelles Lignes directrices de la Commission en matière d'amendes, décembre 2006, *Revue Concurrences* N° 4-2006, Art. N° 12590, pp. 37-45

86 GRAHAM Cosmo, *EU and UK competition law*, Pearson, 2010. p 254.

injonctions de mettre fin à la pratique dans un délai déterminé mais également des sanctions répressives⁸⁷ : des amendes, soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. On constate qu'en France également, la tendance est la hausse des amendes imposés aux entreprises pour pratiques anticoncurrentielles.

d) Le pouvoir de poursuite

La sanction pénale existe dans un certain nombre de pays européens, notamment au Royaume Uni sous l'appellation de « *cartel offence* », et comme nous l'avons vu a pris une place importante aux États-Unis⁸⁸. La sanction pénale peut s'appliquer à la personne morale ainsi qu'aux personnes physiques ayant pris part à l'infraction. Aux États-Unis, le risque de sanction pénale est considéré comme particulièrement dissuasif, en Europe, tant en France qu'au Royaume Uni, elle reste marginale.

En France, on trouve l'article L. 420-6 du Code de Commerce qui concerne l'infraction pénale pour les personnes physiques qui participent de manière frauduleuse à des pratiques anticoncurrentielles. N'étant pas une juridiction pénale, l'Autorité de la Concurrence ne peut pas infliger elle-même les sanctions pénales prévues par l'article L. 420-6 du Code de commerce. Ce rôle revient à la juridiction correctionnelle. Le code de commerce prévoit en effet de réprimer le comportement individuel des personnes physiques qui ont pris « *frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 (ententes et abus de position dominante)* ». Comme cela ressort clairement du texte, trois conditions sont nécessaires à l'incrimination. Il convient de démontrer une participation du prévenu tout d'abord personnelle, puis déterminante et enfin frauduleuse à l'entente anticoncurrentielle ou à l'abus de position dominante. En fait, un quatrième critère, préalable à la démonstration des trois autres, est également nécessaire. En effet, il s'agit avant tout de démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle puisque l'article L.420-6 du code de commerce sanctionne les personnes physiques ayant pris part à de telles pratiques anticoncurrentielles. Les sanctions peuvent atteindre une peine d'emprisonnement de quatre ans et une amende de 75 000 euros. L'action répressive peut être mise en oeuvre à la suite d'un signalement effectué auprès du procureur de la République par l'Autorité de la concurrence elle-même ou selon les juridictions judiciaires.

⁸⁷ article L464-2 du code du commerce

⁸⁸ GRAHAM Cosmo, *EU and UK competition law*, Pearson, 2010. p 273

Cependant, une action au pénal n'est pas nécessairement précédée d'une saisine de l'Autorité de la Concurrence pour sanction des pratiques anticoncurrentielles. Il appartiendra dans ce cas aux parties civiles de prouver l'existence de pratiques anticoncurrentielles avec des moyens limités, faute de pouvoir s'appuyer sur l'instruction menée par les services de l'Autorité de la concurrence.

Ainsi, on constate qu'en France, l'infraction pénale prévue à l'article L.420-6 et la sanction pénale qui l'accompagne sont rarement et difficilement mises en œuvre. L'Autorité de la concurrence peut cependant toujours transmettre le dossier au Parquet lorsqu'elle estime qu'une sanction pénale devrait être imposée.

e) Les programmes de clémence

Selon les programmes de clémence, si une entreprise est partie à un cartel mais qu'elle décide de dénoncer celui-ci à l'Autorité de concurrence elle peut éviter l'amende. Aux Etats Unis, cette dénonciation a pour conséquence l'abandon des poursuites.

Sur le modèle américain, la Commission a décidé d'adopter cette technique en l'introduisant en juillet 1996 dans une communication. Cependant, en Europe, les programmes de clémence n'ont pas pour conséquence l'abandon des poursuites, mais la diminution, voir la suppression de l'amende.

Dans sa communication de 1996 sur les programmes de clémence, la Commission prévoyait une graduation dans la réduction des sanctions⁸⁹. Ce premier programme de clémence a relativement bien marché de 1997 à 2002, notamment lors de la fameuse affaire du cartel des vitamines (100% de réduction d'amendes pour Hoffman Laroche).

En 2002, la Commission, par une nouvelle Communication, a introduit un système encore plus incitateur : le « système du tout ou rien ». Selon ce système, une nette distinction est faite entre la première entreprise qui aura une immunité sous certaines conditions et les autres entreprises qui pourront avoir une réduction de l'amende si elles apportent des preuves significatives à l'autorité de concurrence. Cette communication de 2002 est reprise en 2006 dans un troisième programme utilisé aujourd'hui.

Le développement des programmes de clémence a eu un impact immédiat sur les droits nationaux. En France, c'est le législateur qui en 2001, à l'occasion de la loi NRE, a introduit un programme de clémence à l'article L-464-2 du Code de commerce, inspiré de la première communication de 1996. Mais jusqu'à la fin de l'année 2004 cette procédure n'a pas été utilisée en droit français, car elle

⁸⁹ BASEDOW Jürgen, FRANCO Stéphanie, IDOT Laurence, *International Antitrust litigation : conflict of law and coordination*, Hart Publishing, 2012. p354

n'était pas considérée comme suffisamment attractive par les entreprises. L'entrée en vigueur du règlement 1/2003 a cependant entraîné une généralisation des programmes de clémence dans les Etats membres⁹⁰. Aujourd'hui, les autorités de concurrence qui n'avaient pas de programme de clémence ont vu que ce système fonctionnait bien et, à l'exception du Luxembourg, toutes les autorités Européennes ont aujourd'hui leur propre programme de clémence.

En droit français, le Conseil de la concurrence a adopté au printemps 2006 sa première décision faisant application du programme de clémence et le même jour a publié un communiqué de procédure sur le programme de clémence afin d'en expliquer le fonctionnement⁹¹.

La pratique décisionnelle de la Commission a été grandement modifiée par l'introduction des programmes de clémence. La Commission n'adopte pratiquement plus de décision qu'en matière de cartel et presque tous sont révélés par des programmes de clémence.

f) Le contrôle des concentrations

Finalement l'un des rôles inhérent à l'action publique est le contrôle des concentrations. Nous ne développerons pas ici toute la procédure. Il convient surtout de savoir que le contrôle des concentrations représente une part importante des décisions des autorités de concurrence. Les concentrations de dimension européenne doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle.

Le contrôle des concentrations est au niveau de l'UE et en France un contrôle ex ante de type administratif. C'est le modèle adopté par la plupart des Etats membres.

En droit de l'UE : pour le contrôle des concentrations on se base sur le règlement 139/2004 mais surtout sur un nombre de plus en plus important de communications qui traitent maintenant de l'ensemble du contrôle des concentrations, depuis les questions préalables relatives au contrôle, jusqu'à la phase finale et notamment les engagements pris par les entreprises qui souhaitent fusionner⁹².

En droit français : au delà du Titre III du Livre IV complété par la partie réglementaire du Code de Commerce, on dispose des lignes directrices qui couvrent l'intégralité de la matière ainsi que de la

90 GRYNFOGEL Catherine, Fasc. 269 : application des articles 81 et 82 du traité CE, juriscasseur commercial, 2004.

91 IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

92 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 1142 et suiv.

jurisprudence et la pratique décisionnelle. Les décisions de l'Autorité de la Concurrence font l'objet d'un recours directement devant le Conseil d'Etat et non pas la Cour d'Appel de Paris comme pour la partie « antitrust » du droit de la concurrence. Il y a moins de contentieux en contrôle des concentrations car ce n'est pas dans une matière quasi répressive comme les ententes ou les abus de positions dominantes : c'est à dire qu'il n'y a pas de poursuite de comportements jugés interdits. Peu de jurisprudence donc, mais en revanche une pratique décisionnelle abondante car la notification des concentrations est obligatoire. Pour la Commission, on recense plus de 4800 décisions et en droit français, près de 1000. Le contrôle des concentrations fait partie de la compétence exclusive des autorités de concurrence, elle fait partie de son rôle de prévention des comportements anticoncurrentielles. L'action publique est donc essentielle en ce qui concerne le contrôle des concentrations, aussi bien en Europe, qu'aux Etats-Unis⁹³.

Finalement, comme nous venons de le voir, le rôle du public enforcement est essentiel dans la poursuite des pratiques anticoncurrentielles. Sans celui-ci, en Europe, mais aussi aux Etats Unis, il ne pourrait y avoir de politique de concurrence efficace. Les organes administratifs indépendants sont les « gendarmes » ou les « arbitres du marché ». Ils possèdent les moyens d'enquêtes et de détections des infractions au droit de la concurrence qui font défaut aux actions privées. Les programmes de clémence leur permettent également d'inciter les parties aux ententes à les dénoncer afin d'éviter de lourdes amendes ou condamnations. Grâce à leurs moyens financiers, à leur pouvoir d'enquête et de poursuite, les autorités de concurrence ont le pouvoir de déceler et condamner les infractions au droit de la concurrence de façon plus efficace que si seul le private enforcement existait.

L'action privée ou civile, devant les tribunaux de droit commun, reste cependant essentielle. A la différence des autorités étatiques, les juges de droit commun ont en effet le pouvoir de juger de la nullité des accords et accorder des dommages et intérêts aux victimes des pratiques anticoncurrentielles.

93 IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

CHAPITRE III- Le private enforcement : L'Europe sur la trace des Etats-Unis ?

Aux Etats-Unis, les parties privées peuvent engager des poursuites devant le « private attorney general » pour faire respecter les lois antitrust et demander des dommages-intérêts pour violation du Sherman Act ou du Clayton Act.

Les parties privées peuvent demander une ordonnance judiciaire interdisant un comportement anticoncurrentiel (injonction) ou engager des poursuites en vertu du droit de la concurrence des Etats.

Le mécanisme d'action privée fonctionne parallèlement aux mécanismes d'exécution administrative⁹⁴. Il utilise le même système judiciaire, la même procédure et applique les mêmes mécanismes juridiques⁹⁵. Nous étudierons plus spécifiquement dans le titre II les spécificités des actions civiles aux Etats-unis.

En Europe, en ce qui concerne l'action civile, il est possible de considérer que le point de départ de celle-ci fut le célèbre Arrêt Van Gend En Loos rendu le 5 février 1963 par la Cour de Justice⁹⁶. Dans cet arrêt, la Cour de Justice a posé le principe selon lequel le droit communautaire «en outre d'imposer des obligations à l'égard des individus, leur confère des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder»⁹⁷.

Puis, dans son arrêt *Courage c/ Crehan*, elle édicte ce même principe à l'égard du droit de la concurrence, en affirmant que «la pleine efficacité de l'article 85 [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 que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »⁹⁸.

Ainsi, les articles 101 et 102 du TFUE concernent directement la conduite des personnes privées et chaque citoyen de l'UE doit également pouvoir se prévaloir des droits conférés par le droit de l'Union Européenne devant son juge national. L'arrêt de la Cour de Justice *Courage contre Crehan*

94 Pour plus d'informations voir BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008 p 73.

95 LANDE Robert H. & DAVIS Joshua P., *An Evaluation of Private Antitrust Enforcement*, 29 Case Studies, Interim Report, 8 novembre 2006.

96 Arrêt de la Cour du 5 février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise, Affaire 26-62.

97 KESKE Sonja, *Group litigation in European Competition law : a law and economics perspective*, Intersentia, 2010. p 14.

98 Au point 26 de l'arrêt.

en 2001 a enclenché un mouvement de promotion des actions privées en droit de la concurrence européen. Alors que l'application du droit de la concurrence était un domaine réservé aux autorités nationales de concurrence et à la Commission, aujourd'hui, les individus sont également encouragés à y jouer un rôle actif. Cependant, malgré les efforts fournis en Europe pour mettre en valeur la voie privée, pour le moment l'action publique reste l'action principale du droit de la concurrence. Quels sont les caractéristiques actuelles de l'action privée en Europe ? Quelles initiatives visent à la renforcer ?

I – Présentation générale du système européen actuel

Comment s'organise l'action privée au niveau européen ? Quelles sont les compétences du juge de droit commun (A), dans quelle juridiction (B) et à quelles conditions (C) ?

A - le rôle de l'action civile

A coté du « public enforcement », on trouve donc le « private enforcement » c'est à dire la mise en œuvre privée des règles de concurrence. On entend par là, le fait que le juge de droit commun peut prendre partie sur les conséquences dites civiles des articles 101et 102 TFUE et de leur équivalent en droit national. Son rôle consiste donc en en deux actions.

En premier lieu, le juge peut se prononcer sur la licéité d'un contrat ou plus généralement sur celle de tout acte juridique au regard des interdictions des articles 101et 102 TFUE (interdiction des ententes et des abus de positions dominante). Si le juge de droit commun remarque qu'un acte juridique est le support d'une pratique anticoncurrentielle, il peut et doit en déclarer la nullité.

En droit de l'Union cette nullité est prévue à l'article 101§2, qui concerne a priori les ententes, mais il a toujours été admis qu'il s'appliquait également aux abus de positions dominantes si elles prennent appui sur des contrats.

Le juge de droit commun est le seul habilité à prononcer la nullité, les autorités spécialisées sont des autorités administratives qui ne peuvent prononcer la nullité des actes. Elles peuvent dire que le contrat viole l'article 101 TFUE mais elles ne peuvent pas en prononcer la nullité. Cette nullité en cas de pratiques anticoncurrentielles est prévue, en droit français à l'article L420-3 du Code de commerce.

D'autre part, le juge de droit commun peut allouer des dommages et intérêts. Il peut être saisi par

une victime qui va demander réparation du préjudice subi du fait des pratiques anticoncurrentielles. C'est cet aspect du private enforcement qui suscite aujourd'hui le plus grand nombre de débats et de questionnements et c'est donc celui qui va particulièrement nous intéresser par la suite dans ce mémoire. Après un livre vert en 2005 et un livre vert en 2008, l'Europe attendait une proposition de directive sur cet aspect du droit de la concurrence et c'est finalement chose faite : le 11 juin 2013, la commission a publié un ensemble de cinq textes concernant l'action privée en droit de la concurrence au sein desquels se trouve une « 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. »

B - la juridiction compétente pour les actions civiles

En Europe, il appartient à chaque Etat membre de désigner laquelle de ses juridictions va pouvoir intervenir pour tirer des conséquences civiles des règles de droit antitrust. Pour la France, les juridictions qui vont intervenir seront les juridictions judiciaires et en première instance les tribunaux de commerce. Toutes les entreprises n'ont pas le statut de commerçants et donc le Tribunal de Grande Instance peut également intervenir pour les professions libérales ou les entreprises agricoles.

Les juridictions administratives peuvent également être amenées à tirer les conséquences civiles du droit antitrust. Si on est en présence d'un contrat administratif avec des clauses anticoncurrentielles, c'est le tribunal administratif qui sera compétent. Il sera également compétent si on soutient que c'est un arrêté qui viole l'article 102 TFUE (l'abus de position dominante).

En matière commerciale, il est possible de soumettre les litiges aux arbitres qui peuvent être amenés à appliquer les articles 101 et 102 TFUE et leur équivalent en droit national. La CJUE l'a reconnu implicitement dans *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV* en 1999⁹⁹.

Il appartient à chaque Etat membre de déterminer les juridictions qui peuvent tirer les conséquences civiles des articles 101 et 102¹⁰⁰.

Les Etats membres peuvent également restreindre l'intervention des juges de droit commun. En droit français, on a décidé de spécialiser les juges de droit commun pour l'application des règles de

⁹⁹ *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV*, 1er juin 1999, C-126/97.

¹⁰⁰ IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

droit antitrust. La loi NRE du 15 mai 2001 a introduit dans le code de commerce l'article L420-7 qui prévoit le principe de spécialisation des juridictions de droit commun pour connaître des litiges relatifs à l'application des articles L.420-1 à L.420-5 du Code de commerce et des articles 81 et 82 du Traité CE (101 et 102 TFUE).

Le décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005¹⁰¹, est venu fixer la liste de ces juridictions. Il désigne en qualité de juridictions compétentes pour connaître des litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles les 8 tribunaux de commerce et de grande instance de Paris, Lyon, Marseille, Bordeaux, Lille, Nancy, Rennes et Fort-de-France.

Le décret désigne également la Cour d'appel de Paris seule désormais compétente pour connaître des recours formés à l'encontre des décisions rendues par ces juridictions.

Cependant, cette spécialisation ne fonctionne pas car le gouvernement n'a pas prévu les modalités de mise en œuvre correctes. Il a raisonné en termes d'action en réparation introduite à titre principal alors que l'essentiel des actions en droit de la concurrence sont introduites à titre incident. Une incertitude demeure cependant dans le cas où l'application des règles visant les pratiques anticoncurrentielles est introduite dans le cadre d'une demande reconventionnelle et non plus lors de la demande initiale. La question se pose de savoir si la juridiction de droit commun initialement saisie sur un autre fondement que celui des articles L.420-1 à L.420-5 du Code de commerce et 101 et 102 du traité TFUE est toujours compétente pour trancher une telle demande reconventionnelle. Le décret est malheureusement muet sur ce point. Depuis, la Cour de cassation a considéré que cette spécialisation devait être examinée comme des règles de compétence territoriale, le juge n'ayant pas à soulever son incompétence d'office¹⁰².

Le juge de droit commun applique, y compris pour les articles 101 et 102 TFUE, ses propres règles de procédure nationales, sous réserve des limites traditionnelles que sont les principes d'équivalence (le juge doit traiter les règles de l'UE de la même manière que le droit national) et d'effectivité (les règles de procédure nationale ne doivent pas porter une atteinte effective aux articles 101 et 102).

C - Les conditions de fond de l'action civile: une faute, un dommage et un lien de causalité

En France, selon l'article 1382 du Code civil qui est la base de la responsabilité délictuelle : «tout

101 Décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises.

102 IDOT Laurence, Cours magistraux de droit de la concurrence, Master 1, 2011-2012, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». Ainsi les éléments constitutifs de l'action civile sont triples : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

En ce qui concerne les litiges consécutifs à des pratiques anticoncurrentielles, on sait que la faute se caractérise par la violation des articles L. 420-1 (ententes) et L. 420-2 du (abus de position dominante) du Code commerce, et en ce qui concerne le droit de l'Union Européenne, les articles 101 et 102 TFUE. La Cour de Cassation estime que le préjudice doit être direct, certain (il n'est pas hypothétique) et actuel.

En droit de la concurrence cependant, ce triptyque n'est pas facile à prouver. Tout d'abord, car le dommage n'est pas toujours forcément direct : dans le cas des consommateurs par exemple, ils ne sont pas les premiers visés mais la pratique les touche de façon indirecte. Ensuite, il est difficile de démontrer que le dommage est certain : de nombreux calculs économiques auxquels doivent se livrer les tribunaux se basent d'ailleurs sur des postulats hypothétiques. Enfin, en ce qui concerne l'actualité du préjudice, l'action privée survient souvent en droit de la concurrence, après la condamnation suit à l'action publique alors que le préjudice est apprécié au moment du jugement : entre temps, le marché a pu évoluer et le préjudice aussi¹⁰³.

S'il faut un lien de causalité entre la faute et le dommage, il ne faut pas non plus que la victime ait contribué par son propre fait à la situation dans laquelle elle se trouve, ce qui est parfois le cas en droit de la concurrence.

Deux autres questions intéressent la réparation des préjudices en droit de la concurrence - qui a la qualité pour agir ? La réparation du préjudice doit elle être intégrale ou peut on introduire des dommages punitifs comme aux Etats Unis? - demeurent encore aujourd'hui débattus et nous les traiterons plus longuement dans le titre II.

II - La promotion récente de l'action privée en Europe

Le droit de la concurrence a évolué vers une approche plus économique (A). Les intérêts pratiques des actions privées (B) ont encouragé la Commission à multiplier les initiatives pour que celles-ci se multiplient (C).

103 JUSTIER Sylvain, « 3 questions : Droit de la concurrence et private enforcement », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 7 Juin 2012.

A - Une nouvelle approche économique

Cela fait maintenant plus d'une dizaine d'années que la recherche de l'implication des personnes privées en droit de la concurrence se répand au niveau mondial.

Si ce mouvement s'amplifie c'est parce que la vision et l'approche du droit de la concurrence a récemment évolué. Le droit de la concurrence, sous l'influence de l'Ecole de Harvard aux Etats Unis et sous l'influence de l'école allemande en Europe, s'était construit autour de l'analyse juridique et structuraliste, une conception plus rigoureuse et logique que celle de l'Ecole de Chicago qui correspond plus au monde globalisé d'aujourd'hui et à son économie. La nécessité de créer un droit de la concurrence international, utile au marché mondial oriente aujourd'hui celui ci vers une nouvelle approche plus économique. Aujourd'hui, le droit de la concurrence est ce que l'on appelle un « droit économique »¹⁰⁴, il se trouve au confluent entre droit et économie et ne peut fonctionner sans l'une ou l'autre de ces deux matières.

On s'oriente de plus en plus vers l'approche de la « rule of reason », par opposition à la l'interdiction « per se ». Selon cette règle, on préfère condamner uniquement les pratiques anticoncurrentielles les plus nocives, c'est-à-dire celles qui ont de véritables effets négatifs sur le marché. On procède à une analyse des pratiques des sociétés selon les effets positifs ou négatifs qu'elles causent aux individus, aux consommateurs. Parfois, il arrive que même si un comportement est répréhensible par sa nature voire par l'intention de ses auteurs, il pourra tout de même être considéré comme licite s'il est bénéfique à la croissance et à l'emploi par exemple¹⁰⁵.

Aujourd'hui en Europe, la Commission s'oriente donc de plus en plus vers une approche économique du droit de la concurrence, et selon cette approche, le droit de la concurrence est au service du marché, de la croissance économique, de la compétitivité et de l'emploi. En conséquence, l'intérêt des consommateurs fait partie intégrale de la politique de concurrence et les actions privées en réparation ont pour but de satisfaire ce bien être.

B - Les intérêts pratiques de l'action privée

Le renforcement de l'action privée en droit de la concurrence permet selon la Commission de mieux répondre aux objectifs de cette nouvelle approche économique de la concurrence. Le livre vert de

104 WARUSFEL Bertrand, "Le droit économique et ses juges", *Rue Saint-Guillaume – Revue de l'Association des Sciences-Po*, n° 152, septembre-octobre 2008, pp. 20-24 :

http://www.droit.univparis5.fr/warusfel/articles/DtecoJuges_warusfel08.pdf

105 VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 822.

2005, le livre blanc de 2008 et la proposition de directive de 2013 exposent ainsi les intérêts pratiques du renforcement des sanctions civiles en droit de la concurrence. Les actions civiles sont un moyen de réparer un dommage, elles renforcent l'application de l'ordre concurrentiel et permettent également de fédérer les droits des consommateurs¹⁰⁶.

a) L'action privée permet de réparer un dommage, dès lors que l'action en réparation consiste à replacer la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit. Les sanctions publiques n'ont pas le même effet : Les amendes du public enforcement cherchent à prévenir d'autres infractions et à réprimer l'infraction existante.

L'action civile permet, elle, de condamner l'auteur de la pratique anticoncurrentielle au paiement d'une somme correspondant au préjudice subi qui comprend la perte subie comme le manque à gagner.

L'action privée permet, il est vrai, d'exercer une menace financière supplémentaire sur les entreprises qui verraient les sommes à verser augmenter lorsqu'elles sont condamnées tant par l'action publique que par l'action privée. Mais, en réalité, la réparation des dommages subis par les victimes peut suffire au rétablissement de la légalité qui fait défaut aujourd'hui en droit de la concurrence: l'obligation pour les auteurs des pratiques anticoncurrentielle de réparer les dommages subis par les victimes, afin de les remettre dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit, et donc de rétablir les règles d'un libre marché.

b) Introduire un meilleur fonctionnement des actions privées en droit de la concurrence permet également, selon la Commission, de renforcer l'application du droit de la concurrence lui même.

En effet, il peut être difficile pour les autorités publiques de qualifier précisément la notion de « faute », celle ci peut prendre diverses formes et il est possible que certaines juridictions voient dans tel ou tel agissement un comportement anticoncurrentiel alors même que les autorités de concurrence n'y auraient pas vu une pratique anticoncurrentielle. Ou alors, y auraient vu une pratique anticoncurrentielle, certes, mais non condamnable parce qu'en dessous des seuils de sensibilité par exemple. L'action civile peut, elle, renforcer l'application du droit de la concurrence en permettant de déceler lui même les pratiques anticoncurrentielles¹⁰⁷.

De nombreuses craintes liées au développement de l'action privée sont liées au fait que lorsque

106 LASSERRE-KIESOW Valérie, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », Recueil Dalloz 2007 p. 2116

107 LASSERRE-KIESOW Valérie, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », Recueil Dalloz 2007 p. 2116

l'action publique et l'action privée sont toutes deux possibles, l'action publique peut diminuer au profit de l'action au civil (aux Etats-Unis par exemple, entre 1970 et 1995, le nombre de poursuites au civil a été neuf fois plus important que le nombre d'actions publiques)¹⁰⁸.

Cependant, le problème d'un système qui privilégie exclusivement l'action publique comme en Europe est qu'un nombre relativement important de pratique anticoncurrentielles restent impunies. Les autorités nationales sont souvent moins bien informés de l'état du marché et des pratiques anticoncurrentielles en cours que les entreprises concurrentes victimes de ces pratiques par exemple. Si les entreprises victimes ne dénoncent pas la pratique alors il est probable que l'autorité ne soit jamais mise au courant. Ainsi, les entreprises victimes des pratiques anticoncurrentielles peuvent être utiles aux autorités nationales de concurrence car elles sont mieux informés sur la situation du marché en cause et sur le préjudice qu'elles ont subi¹⁰⁹.

Il arrive également de plus en plus souvent que les autorités nationales de concurrence soient au courant des pratiques illicites mais n'interviennent pas à cause de trop faibles ressources financières. Le DOJ aux Etats Unis en est un parfait exemple : celui ci n'intervient que contre les cas les plus graves de violation du droit de la concurrence qui représentent le plus de risques pour le bon fonctionnement du marché¹¹⁰.

c) L'action privée peut permettre selon la Commission de renforcer les pouvoirs des consommateurs. Encore faut-il qu'ils puissent agir ensemble, et c'est pourquoi la Commission recommande de permettre les actions de groupe.

En France, si les députés ont adopté ce mercredi 3 juillet 2013, en première lecture, le projet de loi sur la consommation porté par Pierre Moscovici et Benoît Hamon c'est afin de reconnaître les actions de groupe.

En effet, si les consommateurs n'agissent pas pour faire reconnaître leurs droits c'est parce que d'un point de vue financier il n'y ont pas intérêt, l'investissement financier étant trop important par rapport à la somme qu'ils pourraient percevoir s'ils gagnaient. Selon le projet de loi Hamon : *« Plusieurs consommateurs victimes de la même pratique illégale pourront confier à une association de consommateurs compétente le soin de constituer le dossier, puis d'introduire l'action en justice. Les consommateurs lésés pourront par cette voie obtenir réparation du préjudice subi. Les montants concernés, pris dans leur ensemble, pourront représenter des sommes importantes. L'action de groupe aura pour effet de réinjecter ces montants, indûment captés, vers les*

108 JENNY Frédéric, « Potentialité et réalité de l'action au civil en matière de concurrence », Cour de cassation, Paris, le 17 octobre 2005

109 JENNY Frédéric: « Potentialité et réalité de l'action au civil en matière de concurrence », Cour de cassation, Paris, le 17 octobre 2005

110 KESKIN Ali Cenk, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, Editions L'Harmattan, 2010

consommateurs »¹¹¹.

La sanction des dommages collectifs faisant suite à des pratiques anticoncurrentielles est donc un moyen de protéger la libre concurrence.

C - Les initiatives récentes de la Commission Européenne

Aujourd'hui en Europe, c'est la Commission qui pousse les Etats à donner une plus grande place aux actions privées. Chronologiquement, la Commission a d'abord commandé une étude comparative de la situation dans les différents Etats membres, qui a abouti à la diffusion du rapport Ashurst en 2004¹¹², puis à la publication d'un Livre vert en décembre 2005¹¹³ sur les « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante ». Ce livre vert identifie les différents problèmes qui pourraient nuire à la mise en place d'un système efficace d'actions en dommages et intérêts pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles. Dans ce document, la Commission présente la possibilité pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles d'obtenir la réparation du préjudice subi comme un élément essentiel de l'effectivité du droit de la concurrence. Elle fait de nombreuses suggestions pour que ce droit soit mis en place de façon plus efficace. Le 2 avril 2008, à la suite du livre vert, la Commission publie un livre blanc toujours sur « les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante ».¹¹⁴

Enfin, le 11 juin dernier, la Commission Européenne a publié un « paquet » de cinq textes tous relatifs à l'action en réparation. A l'intérieur de ce paquet législatif se trouve une proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 juin 2013, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Les « class actions » ne sont pas oubliées et l'on trouve à l'intérieur de cet ensemble de textes une « Recommandation de la Commission 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'Union européenne ».

Dans le préambule de la recommandation, la Commission explique sa volonté de développer les actions privées en Europe. Depuis 2006, seuls 25% des décisions prises par la Commission

111 <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/renforcer-les-droits-des-consommateurs-3-questions-a-benoit-hamon>

112 Ashurst, Comparative Study, août 2004

113 Livre vert, « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », (COM(2005)672 final), 19 décembre 2005.

114 SAINT-ESTEBEN Robert, « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence », 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

constatant une infraction aux articles 101 et 102 TFUE ont donné lieu à des actions en dommages et intérêts intentées par les victimes. La Commission estime que pour l'année 2012, le préjudice subi par les victimes des pratiques anticoncurrentielles s'élève à 23 milliards € soit 0,18 % du PIB de l'Union européenne. Elle constate également des disparités et des différences de traitement des victimes entre les Etats membres et encourage les Etats à s'aligner sur un droit européen de base, une harmonisation par le bas¹¹⁵.

Dans son livre vert de 2005 puis dans son livre blanc de 2008, la Commission avait cherché à trouver les raisons du désintérêt pour les actions en réparation en droit de la concurrence. Selon celle-ci, elles tiennent principalement aux difficultés procédurales de mise en œuvre des actions en responsabilité civile pour la réparation du préjudice subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles¹¹⁶.

Ainsi, elle relève des obstacles tels que la difficile obtention des preuves pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles (principalement dans des cas d'ententes), l'obligation d'établir la faute, le préjudice et le lien de causalité sans pouvoir se baser sur la simple infraction au droit de la concurrence, à l'absence de procédure de class actions efficace, enfin les coûts élevés du procès.

L'expérience américaine constituant une source d'inspiration conséquente, nous examinerons les différentes questions qui se posent quant à l'introduction de mécanismes efficaces pour le bon fonctionnement de l'action privée en Europe au regard du droit américain.

115 TERCINET Anne M, « Projet de loi de Benoît Hamon & Paquet private enforcement européen : il est urgent d'attendre ! », 2 août 2013, blog.

116 KOMNINOS Assimakis, « EC private antitrust enforcement : decentralised application of EC competition law by national courts », Hart Pub., 2008. p 167 à 179

TITRE II : Questions actuelles concernant le développement des actions privées en réparation du préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles

Si la Commission Européenne s'est prononcée pour une mise en place plus efficace du private enforcement, c'est parce qu'elle estime que le public enforcement seul n'est pas suffisant pour garantir le respect des règles et la juste indemnisation des victimes. Aux Etats-Unis, par exemple, les limites du public enforcement ont été prouvées à maintes reprises. Surtout, l'action civile permet l'indemnisation des victimes (et non pas de l'Etat) ce qui paraît légitime.

Les actions privées en Europe peinent cependant à décoller, et cela pour plusieurs raisons que nous examinerons à la lumière du droit américain, exemple phare d'un mécanisme qui privilégierait avant tout les actions privées. D'abord, se pose le problème de la définition des victimes et des personnes aptes à agir en leur nom: qui a la qualité pour agir ? Peut on prendre en compte les victimes indirectes ou non ? Peut on mener des actions collectives ? Puis se pose la question des dommages et intérêts et leur nature : sont ils seulement compensatoires ou bien peut on admettre des dommages punitifs comme c'est le cas aujourd'hui aux Etats-unis? Ensuite, comment une partie privée peut elle prouver une pratique anticoncurrentielle ? Enfin, comment éviter l'obstacle des coûts d'accès à la justice ?

CHAPITRE I : Qualité et intérêt pour agir

Qui peut demander réparation du dommage causé, la réponse n'est pas toujours la même qu'il s'agisse de victimes directes ou indirectes (I) ou lorsqu'il s'agit des associations de consommateurs (II).

I – Victimes directes, victimes indirectes et « passing on defense »

Lorsqu'il s'agit de recours privés, il se pose toujours la question de savoir qui peut se prévaloir du préjudice subi, les victimes indirectes (B) peuvent-elles s'en prévaloir au même titre que les

victimes directes (A) ? L'Union Européenne peut, elle aussi, être considérée comme une victime (C).

A - Les victimes directes

L'exemple américain - Aux Etats Unis, et dans nombres de pays où les actions en réparation privées sont autorisés, les entreprises ont le droit d'intenter une action en justice si elles sont affectées en tant que concurrents, mais également lorsqu'elles sont des partenaires contractuels directs, par exemple, en tant que fournisseurs ou acheteurs victimes d'une pratique anticoncurrentielle.

Ainsi, selon le Sherman Act, aux Etats Unis (comme dans presque tous les pays européens), l'acheteur direct a qualité pour intenter une réclamation s'il est affecté par un accord restrictif ou un abus de position dominante : une pratique anticoncurrentielle. En Europe, la seule exception a été l'Allemagne (jusqu'en 2005) où, selon le point de vue de la majorité des tribunaux, les réclamations n'étaient possibles que si la restriction de concurrence visait directement et spécifiquement l'acheteur. Ainsi, par exemple, le concurrent qui avait subi les dégâts d'une entente illégale ne pouvait pas être considéré comme victime sauf si cette entente avait pour but spécifique de s'allier contre lui. En 2005 cependant, la loi a changé, les acheteurs directs ont maintenant droit de lancer une action en réparation sans autre restriction additionnelle¹¹⁷.

Il se pose cependant d'autres questions relatives au cas des entreprises qui ne sont ni concurrentes, ni partenaires contractuels, mais sont plutôt positionnées à distance du marché concerné : les acheteurs indirects.

En France, selon l'article 31 du Code de procédure civile, ceux qui peuvent demander réparation pour violation du droit de la concurrence sont ceux qui ont un intérêt direct et personnel à agir. Ils peuvent être concurrents directs, ce sont les victimes directes, mais également consommateurs, qui sont, eux, des victimes indirectes des pratiques anticoncurrentielles. Ils n'ont pas de liens directs avec ces pratiques mais ils en subissent les conséquences finales.

Selon le droit européen, les victimes directes sont les concurrents (toute entité exerçant une activité

117 BASEDOW Jürgen, « Private enforcement of EC competition law », Aspen Publishers, 2007. p 74.

économique au sens de l'arrêt Hofner¹¹⁸) qui se trouvent sur le marché en cause et qui ont donc subi les conséquences de la pratique anticoncurrentielle. Selon la communication de la Commission du 9 décembre 1997, « le marché en cause » combine le marché de produits et le marché géographique. Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Un marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes¹¹⁹. En cas de cartel des entreprises en faute, on considère que cette pratique anticoncurrentielle est interdite « per se » et en conséquence, la victime directe ne doit pas apporter la preuve du dommage qui lui a été causé.

Il arrive que dans certains cas, le consommateur soit la victime directe du comportement anticoncurrentiel. Ainsi, dans la célèbre affaire du cartel de la téléphonie mobile, les trois acteurs présents sur le marché : Orange, SFR et Bouygues Télécom s'étaient mis d'accord entre 2000 et 2002 pour geler leurs parts de marché respectives. Ils ont été également condamnés pour échanges d'informations stratégiques entre 1997 et 2003. Ces pratiques ont eu pour conséquence de maintenir des tarifs de détail artificiellement élevés et ce sont donc les consommateurs qui ont été les victimes directes de ces pratiques. Après trois recours en appel et trois pourvois en cassation, en mai 2012, sept ans après leur première condamnation par le Conseil de la Concurrence, la Cour de Cassation a finalement rejeté le pourvoi d'Orange, mettant ainsi fin à toutes les procédures de recours et pourvois.

Les consommateurs, c'est à dire les particuliers mais aussi les entreprises clientes de ces trois entreprises, sont donc en droit de demander réparation du préjudice subi en tant que victimes directes.

En Europe - Sur ce point, la Commission Européenne s'appuie sur l'arrêt Manfredi rendu par la CJCE en 2006: « toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice devant les juridictions nationales »¹²⁰. Elle réaffirme ce principe dans la directive du 11 juin 2013, qu'il s'agisse d'acheteurs directs ou indirects, les personnes qui ont subi un préjudice causé par une infraction aux règles de concurrence ont le droit

118 CJCE, Höfner, 23 avril 1991, aff. C-41/90

119 Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence du 09/12/1997

120 CJCE, 13 juillet 2006, Vincenzo Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni Sp. A, C-295/04, Recueil 2006, page I-6619.

d'obtenir la réparation de ce préjudice (la perte subie et le manque à gagner¹²¹).

B - Les victimes indirectes et le problème du « passing-on defense »

S'agissant du cas des acheteurs indirects, la situation varie considérablement selon les pays. Dans certains pays, par principe, tout recours intenté par des acheteurs indirects, entreprises ou consommateurs, est refusé. A l'inverse, dans d'autres Etats, les entreprises victimes indirectes ont elles le droit au « private enforcement » mais pas les consommateurs. Seule une minorité de pays acceptent d'étendre la possibilité du recours en réparation pour tous les acheteurs indirects : entreprises et consommateurs. Il semble parfois difficile d'accepter d'indemniser les victimes indirectes. D'abord, car cela risque de décourager les victimes directes d'agir mais aussi parce que cela rend encore plus complexe l'analyse du lien de causalité. Finalement, le risque principal est de réparer un seul et même préjudice deux fois en octroyant des dommages et intérêts à la victime directe et à la victime indirecte. Ce procédé est ce que l'on appelle le « passing-on defense » lorsqu'il est utilisé comme un moyen de défense¹²².

Ainsi, la liste des victimes d'une pratique anticoncurrentielle peut être longue. En effet, ce sont tous les consommateurs et toutes les entreprises que l'on trouve tout au long de la chaîne de production qui constituent les principales victimes. Généralement, le dommage créé par l'entente ou l'abus de position dominante prend la forme d'un surcoût qui correspond pour l'auteur de la pratique à un gain illicite. Le problème qui se pose est alors de savoir qui est la véritable victime de ce surcoût. En effet, dans un premier temps, il est effectivement supporté par l'acheteur direct de l'auteur de l'infraction. Cependant, il est fort probable que cette victime directe de la pratique anticoncurrentielle, lorsqu'elle n'est qu'un maillon intermédiaire de la chaîne économique (producteur ou distributeur), répercute le surcoût sur ses propres clients¹²³.

En principe, le droit de la responsabilité civile est un droit réparateur, il s'agit seulement de remettre les victimes dans la situation dans laquelle elles se trouvaient antérieurement au fait dommageable et rien de plus. Ainsi, il faut qu'il y ait un préjudice subi par la victime. Dans le cas où celle-ci répercute les surcoûts, il semblerait « qu'elle se soit fait justice elle-même », elle n'a pas subi de

121 Article 14 proposition de directive du 11/06/2013

122 MILUTINOVIC Veljko, *The right to damages under EU competition law, from Courage v. Crehan to the white paper & beyond*, Kluwer Law International, 2010, p 171.

123 JAUMARD Jean Loup, « De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defense » pour les consommateurs victimes », le concurrentialiste, numéro 2, février 2013

dommage et ne devrait alors pas pouvoir engager une action en réparation pour un préjudice inexistant¹²⁴.

Dans son livre blanc de 2008 sur « *les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* », la Commission européenne dit au point 2.6 que la non-prise en compte par le juge civil de la répercussion des surcoûts de l'acheteur indirect sur ses propres clients directs est susceptible : d'« *entraîner l'enrichissement sans cause des acheteurs qui ont répercuté le surcoût* », mais aussi d'occasionner « *une réparation multiple injustifiée, par le défendeur, pour les surcoûts illégaux imposés* ». Ainsi, elle reconnaît ce que l'on appelle le « passing-on defence » selon lequel l'auteur de la pratique, à l'occasion d'une action en dommages et intérêts de son acheteur direct, peut invoquer que ce dernier a répercuté l'augmentation des prix sur ses clients et qu'il ne peut donc se prévaloir d'aucune perte.

Aux Etats Unis, selon la section 4 du Clayton Act, les victimes sont désignées sous l'expression très large de « toute personne ». Ainsi, elles peuvent être des personnes physiques mais aussi des personnes morales : associations et entreprises. Aux Etats Unis d'ailleurs, les victimes qui lancent le plus souvent des actions en réparation sont des entreprises. Ces entreprises victimes peuvent être des concurrents évincés mais aussi des « entreprises/consommateurs intermédiaires » qui utilisent en aval le produit ou le service acheté dans leur processus de production. La victime indirecte semble donc être naturellement incluse dans la notion de victime au sens large. D'ailleurs, il semble logique qu'en droit de la concurrence on ne s'attache pas qu'à la notion de consommateur final car un comportement anticoncurrentiel crée un dommage qui touchera un nombre important d'individus et d'entreprises à différents stades de la chaîne de production¹²⁵.

Souvent appelé « the Illinois Brick rule », la règle de l'acheteur indirect est en fait la conséquence de deux décisions distinctes de la Cour suprême qui concernent des questions liées aux chaînes d'approvisionnement faisant intervenir plusieurs acheteurs successifs. Le 1er arrêt « *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp* », décision de 1968, permet à un acheteur direct d'obtenir la pleine indemnisation d'un surcoût illégal qui lui a été imposé en conséquence d'une pratique anticoncurrentielle indépendamment du fait que le coût a été répercuté sur l'acheteur suivant. Le second arrêt « *Illinois Brick Co. V Illinois* », de 1977, nie la possibilité pour les acheteurs en aval

124 JAUMARD Jean Loup, « De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defence » pour les consommateurs victimes », le concurrentialiste, numéro 2, février 2013

125 PRIETO Catherine « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », Concurrences n° 4-2008

(les acheteurs indirects) d'intenter une action en justice, indépendamment du fait de savoir de combien la surcharge de coût a été répercutée sur eux¹²⁶.

Dans l'arrêt la Cour Suprême décide que l'entreprise accusée d'entente, ne peut se défendre contre une demande en réparation en utilisant le fait que le demandeur a répercuté la surcharge de coût (l'augmentation des prix en raison de l'entente) au niveau du marché suivant. Selon cet arrêt, la victime directe d'une pratique anticoncurrentielle peut donc réclamer des dommages et intérêts, même si elle a déjà comblé les pertes subis par ce comportement en augmentant les prix au niveau du marché suivant. Les Etats Unis refusent ainsi la pratique du passing-on défense¹²⁷.

Dans le second arrêt, « *Illinois Brick Co. V Illinois* », neuf ans après « *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp* », la Cour Suprême se divise sur une question cruciale : les acheteurs en aval peuvent-ils intenter des poursuites pour les surfacturations qui leur ont été imposées ? A 6 contre 3, elle répond négativement : étant donné que la victime directe peut déjà réclamer réparation intégrale, aucune implication de l'acheteur indirect n'est possible.

En l'espèce, 27 acheteurs indirects de blocs de béton ont décidé de poursuivre le fabricant, bien qu'ils aient acheté les blocs chez des entrepreneurs et autres revendeurs. Au point 727 de l'arrêt, elle explique son choix de refuser toute indemnisation aux victimes indirects ainsi : « The only way in which the antitrust violation alleged could have injured respondents is if all or part of the overcharge was passed on by the masonry and general contractors to respondents, rather than being absorbed at the first two levels of distribution. », s'exprimant au nom de majorité, le juge White, qui s'était déjà prononcé dans la décision « *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp* » neuf ans plus tôt, refuse la possibilité pour les acheteurs indirects d'engager une action en réparation en établissant un parallèle entre les deux arrêts: « whatever rule is to be adopted regarding pass-on in antitrust damages actions, it must apply equally to plaintiffs and defendants » (quelle que soit la règle qui a été adoptée en ce qui concerne le passing on defense dans les actions en dommages et intérêts, elle doit s'appliquer de façon indifférente aux demandeurs et aux défendeurs). Ainsi, si le passing-on defense n'est pas utilisable pour contrer un procès intenté par un acheteur direct, une « passing-on justification » ne pourra pas être utilisé pour un demandeur en aval¹²⁸. En effet selon le juge White, refuser le passing-on défense tout en permettant à l'acheteur indirect de poursuivre, créé

126 BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008 p 78.

127 MILUTINOVIC Veljko, *The right to damages under EU competition law, from Courage v. Crehan to the white paper & beyond*, Kluwer Law International, 2010. p 187.

128 RICHMAN Barack & MURRAY Christopher, « Rebuilding *Illinois brick*: a functionalist approach to the indirect purchaser rule », *Southern California law review*, vol. 81:69, 2007.

un risque sérieux de responsabilité multiple pour les défendeurs. La Cour souligne de nouveau le danger potentiel de complexité dans le calcul de la répercussion du surcoût : la répartition du préjudice et donc des dommages et intérêts entre les différents acteurs tout au long de la chaîne de distribution conduirait à de graves difficultés pratiques. Finalement toute possibilité de réparation pour les acheteurs indirects est refusée. Cette décision est dès le départ vivement critiquée, notamment par les juges de la Cour Suprême eux-même dans leurs opinions dissidentes. Justice Brennan, dans une opinion dissidente, rejoint par les juges Blackmun et Marshall, fait valoir qu'empêcher les acheteurs indirects d'engager l'action en réparation amène les consommateurs à supporter finalement les conséquences du comportement anticoncurrentiel sans aucun recours possible ¹²⁹.

Cet arrêt donne aujourd'hui encore lieu à de nombreuses critiques et discussions. De nombreux États fédérés ont refusé cette jurisprudence et ont modifié leurs propres droits de sorte à offrir aux victimes indirectes un recours puisque celles-ci ne pouvaient plus agir sur la base du droit fédéral. En conséquence, les acheteurs indirects préfèrent poursuivre devant les juridictions des Etats tandis que les acheteurs directs, eux, utilisent les juridictions fédérales. Ce système très confus ne pourra sans doute être résolu que par l'abandon de la jurisprudence « *Illinois Brick Co. V Illinois* », et l'admission des victimes indirectes à agir en subordonnant leur action à des conditions de preuve suffisamment convaincantes et à l'établissement d'une répartition des dommages entre les acheteurs directs et indirects ¹³⁰¹³¹.

L'application de la jurisprudence « *Illinois Brick Co. v. Illinois* » connaît d'ailleurs déjà de nombreuses exceptions, permettant à des victimes indirectes d'intenter une action en réparation. Selon le point 736 de la décision « *Illinois Brick Co. v. Illinois* » elle-même, la victime indirecte peut agir lorsque la « première ligne » d'acheteurs directs peut, en vertu d'accord avec ses clients, les forcer ses clients à acheter des quantités fixées de produit aux prix qui lui convient, lorsque le distributeur a également pris part à l'entente avec le fabricant ¹³² ou lorsqu'il n'y a pas de possibilité réaliste que l'acheteur direct de première ligne de l'entente intente une action en justice. ¹³³

129 RICHMAN Barack & MURRAY Christopher, « Rebuilding *Illinois brick*: a functionalist approach to the indirect purchaser rule », *Southern California law review*, vol. 81:69, 2007.

130 OECD, *Private Remedies*, 2007

131 BAKER Donald I., "Revisiting History : What have We learned about Private Antitrust Enforcement that we would recommend to others?"

132 In re. Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation, 123 Fed.3d. 599, 614–615 (7th Circuit, 1997).

133 Freeman v. San Diego Association of Realtors, 322 Fed.3d. 1133 (9th Circuit, 2003)

Les détracteurs de la règle fixée par la Cour Suprême soulignent cependant régulièrement le paradoxe de refuser d'indemniser les parties les plus blessées par des violations concurrentielles, la complaisance à l'égard des contrevenants, et le fossé croissant entre les justifications de la règle et les effets prolongés de son application. En avril 2007, le Congrès a accepté de créer une « AMC » (Antitrust Modernization Commission) pour proposer des réformes de la législation en droit de la concurrence. Cette commission recommande l'abrogation législative des deux arrêts «*Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp* » et «*Illinois Brick Co. V Illinois* ».

Si cette proposition était adoptée elle affaiblirait le droit d'action fédéral pour les acheteurs directs en faisant revivre comme moyen de défense le fait que l'acheteur direct a répercuté le surcoût au lieu de l'absorber, tout en créant un droit d'action fédéral pour les acheteurs indirects. Cette proposition permettrait à toutes les personnes lésées de récupérer leurs dommages réels, de répartir les dommages entre tous les demandeurs et de plafonner les dommages-intérêts perçu par les acheteurs directs au seul dommage réellement subi¹³⁴.

En France - Le juge français reconnaît la solution du « passing on ». Dans un jugement du 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ Sté F. Hoffman La Roche¹³⁵, le Tribunal de Commerce de Nanterre a jugé que la seule possibilité pour un acheteur de répercuter la hausse des prix sur les clients exclut toute possibilité de demander réparation, même si la société a fait le choix de ne pas augmenter les prix pratiqués. Le tribunal a présumé que le surcoût avait été répercuté par la société sans cependant le démontrer. Il estime que même si le prix n'a pas été répercuté, alors, la responsabilité du défendeur ne peut être engagée dans la mesure où le demandeur a lui-même librement choisi sa politique commerciale en ne répercutant pas le surcoût.¹³⁶

Cependant, dans un arrêt rendu en juin 2010, la Cour de Cassation, afin d'éviter tout risque d'enrichissement sans cause¹³⁷, a jugé qu'il faut en fait examiner de façon casuistique s'il y a eu répercussion du surcoût en aval de la chaîne de distribution ou non¹³⁸. En effet, il semblerait injuste

134 RICHMAN Barack & MURRAY Christopher, « Rebuilding *Illinois brick*: a functionalist approach to the indirect purchaser rule », *Southern California law review*, vol. 81:69, 2007.

135 Tribunal de commerce Nanterre, 6ème Chambre, 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ Sté F. Hoffman La Roche.

136 DALEY Nathalie, « A-t-on subi un préjudice si l'on a été en mesure de répercuter un surcoût anticoncurrentiel à ses clients? » *Microeconomix*, décembre 2011.

137 MALAURIE-VIGNAL, « Théorie du passing on defence » (Commentaire), *Contrats Concurrence Consommation* n° 10, Octobre 2010, comm. 232.

138 Cass. Com., 15 juin 2010 Ajimoto Eurolysine c/ Doux aliments Bretagne, n° 09-15.816 : « attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les sociétés Doux avaient, en tout ou partie, répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l'infraction commise par la société AE, de sorte que l'allocation de dommages-intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

de permettre à quelqu'un de toucher des dommages-intérêts sans rechercher si celle-ci n'a pas déjà répercuté le préjudice subi sur ses clients.

Au sein de l'Union Européenne, les pays ne suivent pas tous le même principe. En Allemagne, les juridictions suivent le principe de l'équilibre des avantages. Ainsi certaines juridictions admettent qu'il est impossible pour les auteurs des pratiques anticoncurrentielles d'utiliser le « passing on defence » afin de se défendre car les entreprises fautives ne devraient pas pouvoir utiliser un moyen de défense qui pénaliserait en fait les victimes directes, car si celles ci vendent leurs produits à un prix plus élevé c'est parce qu'elles y sont obligées. De même, il n'existe pas forcément un lien de cause à effet entre les pratiques anticoncurrentielles de leurs auteurs et le préjudice des victimes directes. Au contraire, il arrive que les juges prennent une décision inverse : le défendeur peut utiliser le « passing on défense » contre les acheteurs indirects mais pas contre les acheteurs directs¹³⁹¹⁴⁰.

Au Royaume Uni, la solution est encore différente : les auteurs des pratiques anticoncurrentielles peuvent invoquer le « passing on defence » lorsque leurs clients directs ont répercuté le surcoût sur leurs propres clients¹⁴¹.

En Europe, la Commission reconnaît le mécanisme de « passing-on defence »¹⁴² : la nouvelle proposition de directive du 11 juin 2013 reconnaît explicitement dans son article 12 alinéa 1 la possibilité pour l'entreprise contrevenante d'invoquer la répercussion du surcoût comme moyen de défense : « *Les États membres veillent à ce que le défendeur dans une action en dommages et intérêts puisse invoquer, comme moyen de défense contre une demande de dommages et intérêts, le fait que le demandeur a répercuté, en tout ou en partie, le surcoût résultant de l'infraction. La charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur* ». Cependant, lorsque des acheteurs indirects se trouvent dans l'impossibilité juridique de demander réparation (à cause des règles nationales relatives au lien de causalité par exemple), alors, la répercussion du surcoût ne peut pas être invoquée comme moyen de défense. Article 12 alinéa 2 : « *Dès lors que le surcoût a été répercuté sur des personnes situées au niveau suivant de la chaîne de distribution qui sont dans l'impossibilité juridique de demander réparation de leur préjudice, le défendeur ne peut pas invoquer le moyen de défense visé au paragraphe précédent* ».

Dans le cas d'une action en dommages et intérêts introduite par un acheteur indirect, la Commission

139 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007 p 74.

140 JAUMARD Jean Loup, « De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defence » pour les consommateurs victimes », le concurrentialiste, février 2013.

141 GRAHAM Cosmo, *EU and UK competition law*, Pearson, 2010. p 289

142 BELLIS Jean-François VAN BAEL Ivo, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010 p1227.

propose d'alléger la charge de la preuve des victimes indirectes en les faisant bénéficier d'une présomption simple (et donc réfragable) selon laquelle, sous réserve de certaines conditions, le surcoût a bel et bien été répercuté sur eux. Il appartiendra aux juridictions nationales d'estimer la part du surcoût qui a été répercutée au niveau des acheteurs indirects. Les juridictions nationales devront également tenter de tenir compte des actions ou décisions parallèles ou antérieures, notamment celles émanant d'autres Etats-membres, afin d'éviter toute réparation insuffisante ou excessive des préjudices.

Lorsqu'une victime lésée répercute sa perte, entièrement ou partiellement, sur ses propres clients, la perte répercutée ne constitue plus un préjudice pour lequel la victime lésée doit être indemnisée. Néanmoins, la diminution du volume vendu à la suite de la hausse des prix (conséquence de la perte répercutée) peut représenter un manque à gagner s'il n'a pas été lui-même répercuté sur les prix et la partie lésée peut demander réparation¹⁴³.

Les juridictions nationales sont d'ailleurs invitées à se dessaisir lorsqu'une autre juridiction saisie préalablement est compétente pour connaître des demandes en question¹⁴⁴.

La Commission choisit de protéger les victimes avant tout, directes ou indirectes. Elle ne veut pas laisser à l'auteur de la pratique anticoncurrentielle la possibilité de conserver son profit illicite en raison de trop grandes difficultés pour les victimes à apporter la preuve de la répercussion des surcoûts. La victime indirecte n'est pas mise à l'écart, elle peut obtenir réparation de son préjudice, et cela laisse la faculté à la victime directe de rapporter la preuve d'un préjudice propre non répercuté.

C - L'Union Européenne, une victime comme les autres ?

Dans un arrêt rendu le 6 novembre 2012, la CJUE a jugé que la Commission européenne peut intenter devant une juridiction nationale et au nom de l'Union européenne une action en réparation du préjudice subi par l'Union à la suite d'un comportement anticoncurrentiel constaté par la Commission. Le droit à réparation est reconnu à l'Union, comme à toute personne justifiant d'un préjudice subi, dès lors qu'il existe un lien de causalité entre le-dit préjudice et la pratique prohibée¹⁴⁵.

143 Proposition de directive du 11/06/2013 « 4.4. Répercussion du surcoût (chapitre IV, articles 12 à 15) » p 19.

144 Article 15 directive 11/06/2013

145 CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-199/11, Otis e.a.

En l'espèce, La Commission européenne, en qualité de représentant de l'Union européenne, avait saisi le tribunal de commerce de Bruxelles (rechtbank van koophandel Brussel) d'une demande en réparation à l'égard de huit sociétés appartenant aux quatre principaux groupes de fabricants européens d'ascenseurs (Otis, Kone, Schindler et ThyssenKrupp). Elle demandait que ces sociétés payent à l'Union Européenne la somme provisionnelle de 7 061 688 euros (hors intérêts et dépens de procédure) au titre du préjudice subi par l'Union du fait du cartel des ascenseurs, sanctionné par décision du 21 février 2007¹⁴⁶. Le tribunal de Commerce de Bruxelles pose alors des questions préjudicielles à la CJUE. D'abord afin de savoir si la Commission pouvait être compétente pour représenter l'UE et cela sans mandat ? Ensuite, afin de savoir si l'article 47 de la [Charte] et l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, qui garantissent le droit de toute personne à un procès équitable ainsi que le principe corollaire selon lequel nul ne peut être juge dans sa propre cause, ne s'opposent pas à ce que la Commission agisse d'abord comme autorité de la concurrence et sanctionne le comportement incriminé après avoir mené elle-même l'enquête, et, dans un deuxième temps, prépare la procédure d'indemnisation devant une juridiction nationale et décide de l'engager, alors que le même membre de la Commission est responsable des deux questions, qui sont liées et cela d'autant plus que la juridiction nationale saisie ne peut pas s'écarter de la décision de sanction¹⁴⁷?

La CJUE répond que, dans chacun des États membres, la Communauté possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales ; elle peut notamment acquérir ou aliéner des biens immobiliers et mobiliers et ester en justice. À cet effet, elle est représentée par la Commission. De même, selon la CJUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui assure dans le droit de l'Union la protection conférée par l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH et consacre le principe de protection juridictionnelle effective ne s'oppose pas à ce que la Commission intente, au nom de l'Union, devant une juridiction nationale, une action en réparation du préjudice subi par l'Union à la suite d'une entente dont la contrariété à l'article 81 CE ou à l'article 101 TFUE a été constatée par une décision de cette institution.¹⁴⁸

Ainsi, la Commission montre l'exemple, et en tant que victime d'un cartel, n'hésite pas à intenter une action en réparation du préjudice subi et se voit reconnaître le droit d'agir devant le juge national seul apte à lui accorder des dommages et intérêts. La Commission peut aller devant le juge

146 Commission CE, déc. C(2007) 512 final, 21 févr. 2007, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE, aff. COMP/E-1/38.823 – Ascenseurs et escaliers mécaniques

147 SIMON Denys, « Statut contentieux de la Commission devant les juridictions nationales. Procès équitable » Europe n° 1, Janvier 2013.

148 DECOCQ Georges, « La Commission ne saurait être considérée comme juge et partie », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2013.

national pour demander des dommages-intérêts comme n'importe quel autre consommateur intermédiaire ou final peut le faire.

II – La question des actions collectives

Aux Etats Unis, en 1966, les Federal Rules of Civil Procedure furent modifiées et, selon la Rule 23, le système « opt in » des class actions fut changé pour un « système opt out ». Selon la procédure « opt out », l'action des victimes est engagée sans qu'il soit nécessaire de les identifier ou recueillir leur consentement. Les victimes ont cependant le droit de se dissocier expressément de l'action. L'« opt out » permet donc aux individus d'éviter la charge d'agir seuls, alors que, sans elle, le risque et le coût de l'action individuelle semblent disproportionnés par rapport au préjudice. Le système mis en place aujourd'hui a pour but de répondre à l'attente légitime des victimes d'être indemnisées, de ne pas laisser le profit illicite aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles et de mettre en œuvre une dissuasion efficace. Le changement de l'opt in à l'opt out permet également de faire des économies tant du point de vue des victimes que pour la justice elle-même. Les ressources sont utilisées de façon efficiente, afin de réaliser des économies d'échelle et de mieux appréhender les préjudices dans les litiges de masse.

Selon la Rule 23 (a), le système « d'opt out » doit répondre à quatre pré-requis de représentativité.

« a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*
- (2) there are questions of law or fact common to the class;*
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. »*

Ainsi il est nécessaire que l'action réponde à quatre pré-requis de “numerosity”, “commonality”, “typicality” et “adequacy”. La condition de “numerosity” cherche à établir que la jonction de la demande de toutes les victimes en une seule est impossible. Selon la règle de “commonality”, les questions de fait ou de droit doivent être communes à un grand nombre de victimes. Ensuite, la

typicallity vérifie que la demande répond à la même attente légitime d'un grand nombre de victimes. Finalement en petit (4), vient la condition de "adequacy of representation" qui garantit que la représentation mise en place est loyale et efficace au regard des intérêts des victimes.

Ensuite, si la class action répond aux quatre conditions de la Rule 23 (a) il convient de vérifier si elle remplit également au moins la troisième condition posée par la rule 23 (b) selon laquelle :

« *b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...)*

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action. »

Selon cette règle, il faut vérifier si les questions de fait ou de droit communes aux membres de la "class" priment sur les questions d'ordre individuel et si le mécanisme de la "class action" est supérieur à toute autre voie pour trancher équitablement et efficacement les litiges. Ensuite, selon la Rule 23 (c) c'est le juge qui doit apprécier, au cours d'une audience, s'il peut ou non certifier la représentation offerte par la "class". Cette certification délivrée aux victimes potentielles de la pratique anticoncurrentielle apprécie le travail fait en amont par les avocats afin de lancer la class action, doit être la plus claire possible sur la nature de l'action, les problèmes soulevés, la teneur des demandes, les moyens matériels et intellectuels et enfin la possibilité d'opt out : la possibilité de se désolidariser à titre individuel. Finalement la Rule (f) organise un appel de la décision de certification (sur son octroi et sur son refus).¹⁴⁹

¹⁴⁹ PRIETO Catherine «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008.

Étonnamment, alors qu'en France on discute de l'introduction de ce mécanisme depuis une vingtaine d'années déjà, aux Etats Unis, les actions collectives sont mal perçues par l'opinion¹⁵⁰. Les grandes entreprises n'hésitent pas à les critiquer violemment car elle ferait peser sur elles une menace injustifiée. Elles accusent ce mécanisme d'être sous l'emprise des cabinets d'avocats spécialisés dans ce type de litiges, plus soucieux de leurs intérêts propres que de ceux de leurs clients. Ces « plaintiffs attorneys », qui sont souvent peu appréciés par leurs autres collègues avocats, sont accusés de percevoir des honoraires disproportionnés par rapport aux gains que les victimes perçoivent et n'hésitent pas à demander une transaction plutôt que d'aller jusqu'au jugement¹⁵¹. Selon le rapport de l'OECD paru en 2007, 89 % des class-actions certifiées aboutiraient à des transactions¹⁵². Une transaction de ce type aboutit rarement à une indemnisation en argent mais plutôt à la distribution de réductions distribués aux consommateurs sur de potentiels futurs achats.

En 2005 le Class Action Fairness Act a tenté de réguler cette politique des « bons de réductions ». Selon celui ci, il doit exister un lien de corrélation entre le montant des réductions et les honoraires des avocats et la transaction doit être interdite si cette réduction ne dépasse pas la perte monétaire. Diverses autres obligations doivent désormais assortir toute transaction, notamment sur le plan de l'information des consommateurs.

Les class actions permettent cependant de donner confiance aux consommateurs qui ont un rôle à jouer dans la régulation du marché et donc de stimuler celui ci. Elles permettent également d'indemniser les consommateurs suite au préjudice subi même si cela n'est qu'en « bons de réductions ». Elles sont un contrepoids à la puissance économique et permettent de faire peser une menace sur les entreprises : l'effet dissuasif est réel. Même si, aux Etats-Unis, celles ci ne sont pas aussi efficaces que l'on pourrait le souhaiter, elles sont loin d'être préjudiciables au bon fonctionnement du marché et de la concurrence.

Afin de remédier à la pratique des bons de réductions qui ne satisfait finalement pas les consommateurs individuels, la Cour Suprême de Californie a développé en 1968 une « cy-près doctrine » (du français « si-près ») et les autres tribunaux américains ont progressivement suivi. Selon celle-ci, après le procès en class-action, plutôt que de distribuer des sommes individuelles minimales aux consommateurs, une somme significative est allouée à une association ou à un fonds spécialisé ayant une relation avec les intérêts de la catégorie des victimes directes¹⁵³. Aux Etats

150 FUYUMO Joy, KIRCH Pierre, MC CANN Kevin, "US Antitrust class action procedure : What European lawyers need to know", Concurrences 2-2008

151 MACEY Jonathan R. & MILLER, Geoffrey P., "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", 1991, The University of Chicago Law Review.

152 OECD, Private remedies, Chapter "Class action", V. United States, 2007, p. 354

153 PRIETO Catherine «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008.

Unis, beaucoup proposent cependant de limiter ce processus de « cy-près » aux circonstances dans lesquelles la distribution directe aux membres individuels du groupe n'est pas rentable. Il vaut mieux, dans certains cas seulement, attribuer une somme à une association de consommateurs plutôt que de distribuer des bons de réduction. Il arrive que les montants obtenus pour l'indemnisation des victimes des pratiques grâce aux class actions soient d'ailleurs élevés, et ce même si souvent ils le sont par transactions¹⁵⁴.

Finalement, le rôle des juges est important dans ce type de litiges car il sert de contrôle du bon fonctionnement de la procédure. Ils doivent s'assurer de la représentativité de la classe lors de la « certification » et détecter lorsqu'une transaction favoriserait la rémunération immédiate de l'avocat plutôt que l'indemnisation efficace des victimes et des « contingent fees » qui reviennent à l'avocat par la suite.

Les actions collectives aux Etats-Unis, bien qu'ayant mauvaise presse, fonctionnent correctement. Elles servent les intérêts des consommateurs, celui du marché, et dissuadent les entreprises de se lancer dans des pratiques anticoncurrentielles.

En France - on trouve dans le Code de la Consommation, à l'Article L. 421-1 issu d'une loi 92-60 du 18 juillet 1992 renforçant la protection du consommateur, une procédure de « représentation conjointe » selon laquelle « *Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ».

Cependant, cette procédure ne permet la représentation conjointe des consommateurs lésés. En 2006, suite à l'affaire du « cartel des téléphonies » on estimait alors qu'environ 20 millions de consommateurs avaient subi un préjudice suite à l'entente illicite entre Bouygues, SFR et Orange. L'association «UFC Que Choisir?» a réuni plus de douze mille signatures de clients s'estimant victimes de ces pratiques et a tenté de lancer une action en réparation devant le Tribunal de commerce de Paris demandant 820 000 euros pour les clients et 410 000 euros pour elle-même.¹⁵⁵ Le Tribunal de Commerce, puis la Cour d'appel de Paris et enfin la Cour de Cassation le 26 mai 2011 ont jugé cette action irrecevable.

154 COFFEE, John C. « Class wars: The dilemma of the mass tort class action ». Columbia Law Review, 1995, volume 95, no 6, p. 1343-1465.

155 Rapport du Sénat, « L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs », 26 mai 2010.

En Europe - Après en avoir parlé dans son livre blanc de 2008, le 11 juin 2013, la Commission dans son paquet législatif « private enforcement » a adopté 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'Union européenne* » qui complète la « *proposition de directive régissant les actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence* ». Ce texte recommande aux États membres de se doter de mécanismes de recours collectif pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice¹⁵⁶.

Il expose une série de principes communs non contraignants qui doivent régir les mécanismes nationaux de recours collectif. Ainsi, les États membres doivent disposer d'un système de recours collectif qui permette aux personnes privées, physiques ou morales deux types d'actions différentes : D'une part, une action en cessation qui permette d'obtenir des ordonnances judiciaires visant à faire cesser les violations des droits que leur confère le droit de l'Union, d'autre part, une action en réparation qui permette de réclamer des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par ces violations dans les cas où un grand nombre de personnes ont été lésées par la même pratique illicite. Les États membres doivent veiller à ce que les procédures d'actions collectives soient objectives, équitables et rapides mais demande également des garanties procédurales afin que personne n'abuse des systèmes de recours collectif.¹⁵⁷

Les recommandations de la Commission se différencient du système américain en de nombreux points, sans doute pour palier aux dysfonctionnements constatés. Pour la Commission, les systèmes de recours collectif devraient reposer sur le principe du consentement exprès («opt-in»), selon lequel les parties demanderessees ne sont constituées que des personnes lésées qui auront expressément accepté de participer à l'action collective, sauf exception ordonnée par la loi ou un tribunal et justifiée par des motifs tenant à la bonne administration de la justice. Elle invite cependant à ce que les personnes concernées soient mises au courant de leurs droits à se joindre à une action collective¹⁵⁸.

Elle proscrit les dommages et intérêts punitifs, les versements d'honoraires de résultats aux avocats:

156 Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les états membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'union (2013/396/UE).

157 Commission Européenne, Communiqué de Presse : « La Commission recommande aux États membres de se doter de mécanismes de recours collectif pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice », Commission Européenne - IP/13/524 11/06/2013.

158 Commission Européenne, Communiqué de Presse : « La Commission recommande aux États membres de se doter de mécanismes de recours collectif pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice », Commission Européenne - IP/13/524 11/06/2013.

parce que ceux-ci risquent d'inciter à engager des procédures judiciaires abusives et ajoute que les entités qui représentent les demandeurs doivent poursuivre un but non lucratif. Elle interdit la communication de pièces avant la tenue du procès. Idéalement, les personnes représentées doivent pouvoir obtenir réparation intégrale de leur préjudice seulement, et cela après que la juridiction ait confirmé leurs prétentions. Comme aux Etats-Unis, le juge devra rester vigilant quant aux éventuels abus¹⁵⁹.

Les États membres sont invités à adopter les mesures appropriées dans un délai maximal de deux ans. La Commission fera alors le point sur les actions prises par les Etats, afin de déterminer s'il est nécessaire de proposer d'autres mesures¹⁶⁰.

Les propositions de la Commission sont-elles suffisantes ?

En France, le projet de loi Hamon adopté en première lecture le 3 juillet reprend également le mécanisme de l'opt-in qui demande un comportement actif des victimes. Les personnes intéressées doivent s'identifier et donner leur consentement exprès pour que l'association de consommateurs qui les représentent puisse réclamer la réparation du préjudice causé par le comportement anticoncurrentiel. Ce système d'opt in a cependant déjà démontré ses limites. Rares sont les consommateurs qui manifestent réellement leur désir d'engager une action. L'Association de Consommateurs UFC Que Choisir n'avait recueilli que 12 000 signatures sur 20 millions de « clients-victimes » et a été condamné en 2011 par la Cour de cassation qui a considéré que l'association n'avait pas le droit de solliciter les consommateurs par divers moyens de communication et notamment sur internet comme en l'espèce ¹⁶¹¹⁶². Une situation qui devrait évoluer en France suite à la recommandation de la Commission de juin 2013 qui permet, elle, cette incitation des consommateurs à se joindre à l'action collective.

Au Royaume-Uni, en 2007, à la suite d'une condamnation de plusieurs millions de pounds par l'OFT d'un cartel de fabricants et distributeurs qui avaient vendu plus d'un million de maillots de football, pour un préjudice estimé de 10 pounds par maillot, l'association "Which?", n'a pu finalement recueillir le mandat que de 130 acheteurs¹⁶³. On parle « d'apathie rationnelle » des consommateurs : ils sont peu informés, peu désireux de s'engager dans des poursuites longues pour un préjudice somme toute peu important. Dans un tel système, le demandeur doit remplir trop

159 (29), (30) et (31) de la recommandation.

160 (25) de la recommandation.

161 L'alinéa 2 de l'article L. 422-1 interdit à l'association de solliciter un mandat par voie d'appel au public.

162 Civ. 1ère 26 mai 2011 10-15676

163 First UK "class action" competition damages claim (Competition briefing, April 2007)

http://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=2943,

d'exigences formelles avant de pouvoir espérer obtenir une réparation. Les entreprises en faute, ne sont pas suffisamment inquiétées et finalement c'est la victime qui est dissuadée d'exercer son droit en réparation et non pas les défendeurs. Ce phénomène touche aussi les entreprises intermédiaires tels que les PME, elles ne s'engagent jamais dans des actions collectives et préfèrent au pire, l'inertie, au mieux, des transactions discrètes. Les préjudices des entreprises restent donc sans réparation le plus souvent. En conclusion, le système opt-in ne favorisera sans doute pas la sortie de cette apathie.

Au contraire, l'*opting out* permet d'agir au nom de toutes les victimes sans nécessiter leur consentement, à l'exception de celles qui demandent expressément de ne pas être représentées. Ce système permet en fait de faire intervenir la victime seulement au moment qui l'intéresse : le recouvrement de sa créance. De plus, un système d'opt-out permettrait de dissuader les entreprises de violer le droit de la concurrence en raison de la difficulté à estimer le nombre de requérants qui pourrait s'élever contre eux¹⁶⁴. L'Europe semble avoir toujours refusé ce mécanisme car on craint les dérives à l'américaine des actions collectives, cependant, les vraies dérives ne sont elles pas plutôt relatives à la procédure de « discovery », des « contingent fees » ou des « punitives damages » (qui sont toutes rejetées par la Commission) et non pas au mécanisme « opt-out » de la « class action » lui-même?

En Europe, certains pays tels que les Pays-Bas, le Portugal, la Norvège et l'Espagne ont déjà adopté un mécanisme d'actions collectives qui privilégient l'opt-out. Ils possèdent tous des mécanismes différents : le Portugal prévoit un système totalement « opt out », la Norvège, proposent les deux mécanismes : « opt-in » ou « opt-out », enfin, aux Pays-Bas existe un système d'« opt-out » particulier selon lequel les actions collectives ne peuvent qu'aboutir à une transaction (et non à un jugement). Très fréquemment d'ailleurs, dans ces pays, à l'instar des Etats-Unis, il y a peu de jurisprudence car les litiges aboutissent à des transactions¹⁶⁵.

Au Royaume-Uni, le gouvernement a présenté en avril 2013 une très importante réforme à venir en droit de la concurrence qui introduit, entre autres, un système d'action collective « opt-out ». Celui ci sera mis en place devant le Competition Appeal Tribunal (CAT) et ce pour les actions « standalone »: Il revient au demandeur de prouver un dommage concurrentiel et ce, même en l'absence de décision préalable de l'autorité de concurrence, comme "follow-on ». Le demandeur pourra alors agir au nom de tous sans mandat mais les parties souhaitant s'exclure de la class action

164 HODGES Christopher J. S, *The reform of class and representative actions in European legal systems : a new framework for collective redress in Europe* , Hart Pub., 2008. p 117

165 HODGES Christopher J. S, *The reform of class and representative actions in European legal systems : a new framework for collective redress in Europe*, Hart Pub, 2008. p 1 à 49.

auront la possibilité de le faire.¹⁶⁶

Afin de pallier aux faiblesses de l'action « opt-out » et pour prévenir tout risque d'abus, plusieurs « garde-fous » ont cependant été prévus. Tout d'abord, le système d'opt-out n'est ouvert qu'aux résidents du Royaume-Uni. Si des non-résidents souhaitent se joindre à l'action ils le feront par le biais d'un système d'opt-in.

Le CAT devra également exercer un contrôle sur les actions collectives, étudier et certifier les class actions préalablement selon quatre conditions: la class-action est-elle le moyen le plus approprié, doit-elle être introduite sous la forme d'opt-out ou d'opt-in, semble-t-elle fondée, et la personne l'introduisant est-elle un représentant compétent? Le CAT devra également faire un test préliminaire sur le fond.

De plus, pas de règle de « one-way cost » mais système du « loser pays » : la partie perdante devra payer les frais d'avocat adverses et les « conditionals fees » britanniques ne peuvent être utilisés pour ce type de procédure.

Ce système permettra ainsi d'introduire des class actions d'une ampleur plus importante qui permettront aux demandeurs d'obtenir réparation plus facilement et tente de pallier aux faiblesses du système « opt-in ». Cependant, les limites prévues par le gouvernement britannique seront-elles suffisantes pour éviter les abus?

En Europe, la meilleure solution serait sans doute celle adoptée par la Norvège, c'est à dire de créer une action qui permet d'appliquer les deux systèmes « opt-in » ou « opt-out » selon les besoins. En effet, ce qui décourage les victimes de se joindre à l'action collective est que le préjudice causé est trop faible. Dans ce cas là, l'action opt-out incitera les victimes à se joindre à l'action à la fin, au moment de la réparation. Lorsque le préjudice est plus élevé et donc la perspective de gain plus forte, alors la procédure d'opt-in sera utilisée¹⁶⁷.

Pour le moment cependant, les systèmes mis en place dans les différents Etats-membres semblent encore insuffisants pour que les mécanismes d'actions collectives fonctionnent effectivement et les victimes ne sont pas encouragées à lancer des actions contre les auteurs des pratiques anticoncurrentielles. Malheureusement, en n'introduisant qu'un mécanisme « d'opt-in », la nouvelle directive de la Commission Européenne semble insuffisante pour pallier à ces carences.

166 SCHREPEL Thibault, « À l'horizon : une grande réforme du droit anglais de la concurrence. Faudrait-il larguer les amarres ? », le concurrentialiste, 01/04/2013

167 HODGES Christopher J. S, *The reform of class and representative actions in European legal systems : a new framework for collective redress in Europe*, Hart Pub., 2008. p 1 à 49

CHAPITRE II – La réparation du préjudice : fonction compensatoire ou punitive des dommages et intérêts ?

En Europe, la majorité des pays indemnise le dommage et seulement le dommage (I). Aux Etats-Unis, les dommages punitifs ont été introduits dès 1914 dans le Clayton Act (II).

I - Le principe de réparation intégrale du dommage en droit français

En France, le préjudice économique n'est pas défini par la loi. En droit civil, l'indemnisation du préjudice repose sur le principe de la responsabilité pour faute : le préjudice est réparable s'il est direct et certain.

Le préjudice économique en droit de la concurrence s'apparente en fait à une perte financière¹⁶⁸. En droit anglais, on parle de « pure economic loss »¹⁶⁹, c'est à dire de perte pécuniaire qui ne porte pas atteinte à la personne ou aux biens de la victime.¹⁷⁰

En droit français de la responsabilité civile, on applique le principe de la « restitution in integrum » c'est à dire que l'action en réparation remplit une fonction exclusivement réparatrice, on répare « tout le préjudice, rien que le préjudice ». On refuse l'enrichissement sans cause de la victime et donc on accepte d'indemniser le préjudice subi mais seulement celui ci. La Cour de Cassation l'a réaffirmé à plusieurs reprises dans ses arrêts : « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit¹⁷¹ ». La conception de la réparation traditionnellement connue au sein de l'Union Européenne est celle de la réparation intégrale, compensatoire¹⁷². Rien n'oblige les Etats membres de l'Union Européenne à aller plus loin que ce principe de la réparation et à aller vers les dommages punitifs. L'efficacité du droit de la concurrence en Europe ne nécessite pas l'introduction de dommages et intérêts répressifs ou

168 LAPOYADE DESCHAMPS Christian, « La réparation du préjudice économique pur en droit français, Revue internationale de droit comparé », 1998, Volume 50, Numéro 2, p. 367-381

169 NUSSENBAUM Maurice, « L'évaluation des préjudices économiques », Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2013, étude 13.

170 BUSSANI Mauro, PALMER Vernon V., *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003.

171 Civ. 2ème, 1er avril 1963, JCP 1963. II. 13408

172 AYNES Laurent, « La réparation du préjudice économique, Quelques données juridiques », Conférence Cour de Cassation 2007 « Risques, assurances, responsabilités ».

punitifs¹⁷³.

En droit de la concurrence, le problème spécifique qui se pose lorsque l'on cherche à indemniser la victime est l'estimation du préjudice subi¹⁷⁴. Ainsi, même lorsque l'on souhaite remettre la victime dans l'état dans lequel elle serait si elle n'avait pas subi ce dommage, il est parfois matériellement difficile de le faire lorsqu'il s'agit d'un dommage économique¹⁷⁵. Il est d'autant plus compliqué de remplacer un « gain manqué », imaginer ce qui ce serait passé si la pratique anticoncurrentielle n'avait pas été initiée et si le marché avait été laissé fonctionner sans celle-ci. Il n'est pas facile de retracer l'historique du marché : « que ce serait il passé si.. ? », le marché est influencé par d'autres facteurs que la pratique anticoncurrentielle en cause¹⁷⁶. De plus, selon la nature des pratiques, il peut s'avérer encore plus difficile de prouver les effets sur le marché : lorsque celle-ci ne concerne pas directement les prix mais des échanges de renseignements ou des articles contrefaits par exemple¹⁷⁷. Il s'agit de réussir à mener une appréciation économique supposant une analyse du marché mais aussi de tous les facteurs qui ont pu aussi affecter les prix en dehors de la pratique anticoncurrentielle¹⁷⁸. Actuellement, il n'existe pas de méthode efficace pour permettre une évaluation exacte de la situation changée par la pratique anticoncurrentielle.

On parle donc de compensation plutôt que de réparation¹⁷⁹. Aux Etats Unis, estimant que la réparation intégrale est donc rare, les dommages punitifs ont été introduits afin de dissuader mais également afin d'être sûr de compenser. Comme l'évaluation du préjudice économique est trop compliquée, si on le multiplie par trois, on estime qu'on aura réussi à indemniser intégralement la victime. En Europe, une partie de la doctrine propose de prendre exemple sur le modèle américain et d'encourager les actions privées en les chargeant, comme l'action publique, d'une mission dissuasive et répressive par l'intermédiaire des dommages punitifs.

173 LE PRADO Didier, « Équité et effectivité du droit à réparation », 2006, Courdecassation.fr

174 BELOT Frédéric, « L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz 2007 p. 1681.

175 BELLIS Jean-François VAN BAEL Ivo, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010. p 1236.

176 ANDERSON Patrick L. & BOLEMA Theodore R, « Damages in Antitrust Cases », Anderson Economic Group, LLC East Lansing | Chicago, AEG Working Paper 2007-2.

177 NUSSENBAUM Maurice, « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? Option Finance n° 690 – 21 mai 2002 – En collaboration avec Aline Perrin.

178 NUSSENBAUM Maurice, « L'évaluation des préjudices économiques », Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2013, étude 13.

179 BELOT Frédéric, « L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz 2007 p. 1681.

II- La fonction punitive des dommages et intérêts (treble damages)

L'exemple américain – Lors des actions privées, les victimes doivent prouver que le défendant a violé le droit de la concurrence, que la pratique anticoncurrentielle lui a causé un préjudice et finalement elle doit pouvoir quantifier le dommage subi en des termes monétaires. Prouver le montant précis des dommages subis n'est pas aisé mais la victime doit cependant essayer de donner une « just and reasonable estimate » du préjudice dont elle a souffert¹⁸⁰. Finalement, la jurisprudence a estimé que le dommage ne peut cependant pas être calculé avec précision exacte¹⁸¹ et c'est en quelque sorte « à cause » de cela qu'on justifie le système de « treble damages » aux Etats-Unis : En donnant trois fois le montant estimé du préjudice subi, on est sûre que la victime sera effectivement indemnisée.¹⁸²

Contrairement au système français qui applique normalement le principe de la réparation intégrale, du « restitutio in integrum » (réparation du préjudice subi et uniquement du préjudice subi) tout en excluant toute notion de sanction et de profit, le système juridique américain permet l'octroi de ce que l'on appelle des dommages et intérêts punitifs. Les « treble damages » ou dommages triples ont été intégrés dans le Sherman Act (section 7) puis supplanté par le Clayton Act (section 4) au profit de la victime d'une violation du droit de la concurrence¹⁸³. A l'époque, le législateur américain s'est inspiré du « U.K Statute of Monopolies », acte du Parlement anglais promulgué en 1623 qui déclarait illégal tout monopole consenti par le Roi ou la Reine et octroyait à un individu financièrement lésé par une restriction du commerce le droit d'intenter des poursuites et de recueillir le triple du montant des dommages subis en raison de l'activité anti-concurrentiel. Ainsi selon le principe des dommages punitifs, il est possible d'octroyer des dommages et intérêts qui réparent le préjudice mais également qui sanctionnent la faute. Les « treble damages » poursuivent deux objectifs: la réparation des préjudices et la dissuasion du profit illicite¹⁸⁴. On prive l'auteur de

180 ANDERSON Patrick L. & BOLEMA Theodore R, « Damages in Antitrust Cases », Anderson Economic Group, LLC East Lansing | Chicago, AEG Working Paper 2007-2.

181 Northern Pacific Ry. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958) :*“This principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable -- an inquiry so often wholly fruitless when undertaken.”*

182 BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008, p 81.

183 Section 4 of the Clayton Act provides *“any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue... and recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.”* 15 U.S.C. 15(a).

184 PRIETO Catherine « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », *Concurrences* n° 4-2008.

la faute de tout gain dont il aurait pu bénéficier et, à titre de sanction, on exige de lui qu'il verse une somme supplémentaire qui excède la simple réparation du dommage causé. C'est le jury civil qui, lors du procès, ordonne des dommages et intérêts punitifs lorsque les dommages et intérêts compensatoires ne sont pas estimés suffisants.

Aux Etats-Unis, « the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (ACPERA) » limite la responsabilité civile des demandeurs de clémence à des dommages-intérêts simples, les dommages et intérêts causés (au lieu des dommages-intérêts triples). Les autres co-membres de l'entente demeurent conjointement et solidairement responsables de tous les dommages, y compris dommages-intérêts triples¹⁸⁵. En effet, grâce aux programmes de clémence, les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ont la possibilité d'échapper aux sanctions de l'action publique (la prison et l'amende) mais cela ne suffisait plus pour inciter les auteurs de pratiques anticoncurrentielles à se dénoncer dès lors que cette dénonciation avait des effets par la suite lors des actions privées intenté contre les auteurs des pratiques anticoncurrentielles à cause de la règle de « prima facie evidence »¹⁸⁶.

Aux Etats-Unis, les jury populaires n'hésitent pas à ordonner des « treble damages » très élevés. Grâce au bon fonctionnement des programmes de clémence, les condamnations de cartels se multiplient. Certains manifestent pour que les « treble damages » soient maintenus dans les actions contre des cartels car ils sont considérés comme la pratique anticoncurrentielle la plus grave. Cependant, contre les autres formes de pratiques anticoncurrentielles, les doutes l'emportent et il sera sans doute plus judicieux de laisser aux juges la possibilité d'examiner leur opportunité à chaque fois que la question se présente¹⁸⁷.

Ce point d'articulation entre public et private enforcement est important et il paraît effectivement nécessaire de conserver l'attractivité des programmes de clémence. Dans le rapport de l'OCDE sur les « private remedies » paru en 2007, William H. Page, propose d'appliquer en Europe le doublement des dommages et intérêts prononcés à l'encontre des auteurs de pratiques anticoncurrentielles injustifiables et de n'appliquer qu'un taux simple aux auteurs ayant bénéficié des programmes de clémence.¹⁸⁸ Cependant, même si une évolution est possible en Europe, à court

185 KOMNINOS Assimakis P, « Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap? », *The Competition Law Review*, Volume 3 Issue 1, pp 5-26, December 2006.

186 CAUFFMAN Caroline, « The interaction of leniency programmes and actions for damages », *The competition law review*, Volume 7 issue 2, p 181-220, Juillet 2011.

187 PRIETO Catherine « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », *Concurrences* n° 4-2008

188 PAGE William H., « Policy Choices in Defining the Measure of Antitrust Damages », in OCDE, *Private Remedies*,

terme, un consensus européen n'est pas acquis sur la fonction punitive des dommages et intérêts.

Vers des dommages punitifs en Europe ? Aux Etats Unis, comme nous l'avons vu précédemment, les actions en « réparation » ne font pas que « réparer ». Au contraire de la France où l'on s'en tient à la seule indemnisation du préjudice subi puisque la fonction de la responsabilité civile est une fonction exclusivement « réparatrice » c'est-à-dire de « remise dans l'état antérieur ».

En Europe, certains pays se distinguent de la vision française de la réparation intégrale. Aux Pays-Bas, selon l'article 6 :104 NBW, le juge à la possibilité si la victime en fait la demande, d'évaluer le dommage selon la totalité ou une partie du profit réalisé par le défendeur et en conséquent, les dommages et intérêts peuvent être supérieurs au préjudice directement subi. En Italie, en Espagne et en Autriche, le demandeur peut choisir entre l'action en réparation du dommage injustement causé et l'action en restitution de l'enrichissement sans cause¹⁸⁹.

En l'absence de principe général de responsabilité civile dans le droit du common law, les tribunaux mesurent l'ampleur et la gravité de la faute pour adapter la sanction du coupable et la réparation de la victime. Ainsi, en Angleterre, les dommages et intérêts punitifs existent, puisque comme vu précédemment, ils ont même inspiré le droit américain. Néanmoins, il convient de noter qu'ils sont rarement prononcés¹⁹⁰.

Cependant, même en France, la responsabilité civile a également une fonction dissuasive permettant de prévenir par la commission d'actes préjudiciables. Le droit civil admet des chefs de préjudice qui, même si ce n'est pas de manière flagrante, vont en fait au delà du préjudice subi : le préjudice moral, le préjudice environnemental, voire même le préjudice subi pour concurrence déloyale qui résulte automatiquement de l'établissement de la faute de concurrence déloyale, dispensant le demandeur d'en apporter la preuve.

En France, la Cour de Cassation a cependant toujours tenu à rappeler que la responsabilité civile n'a pas de fonction pénale et qu'en conséquence, la gravité de la faute ne peut pas justifier une condamnation supérieure à la valeur du dommage. Cependant, la finalité compensatrice de la responsabilité civile, même sans peine complémentaire punitive, a des effets dissuasifs: l'obligation de réparer intégralement les conséquences dommageables causées par sa faute peut dissuader le fautif de réitérer son comportement¹⁹¹.

Chapter 3, V. United States, p. 222. 2007

189 NORGUET Dominique, « Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile », Consultation de la Chancellerie, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 12 janvier 2012.

190 HARDING Christopher, JOSHUA Julian, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2010. p 26.

191 SAINT-ESTEBEN Robert, « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la

Dans le domaine spécifique du droit de la concurrence, la question a été posée à plusieurs reprises, et notamment par les économistes, de ne pas se tenir à la seule fonction compensatoire des dommages et intérêts mais d'intégrer également, comme en droit antitrust américain, des dommages punitifs pour les pratiques anticoncurrentielles les plus graves.

Les économistes ont une conception différente de celle des juristes en droit de la concurrence. Ainsi, ils sont à la recherche de ce que l'on peut qualifier de « sanction optimum » qui permettraient la dissuasion et la répression des pratiques anticoncurrentielles. Ils considèrent que les dommages et intérêts permettent d'atteindre ce but. Cependant, ils raisonnent sans s'attacher à la sanction déjà imposée par le « public enforcement », et donc en dehors des cadres administratifs déjà posés. Ils ne s'inquiètent pas de savoir quel doit être le rôle de l'action publique ou celui de l'action privée : ils sont simplement à la recherche de la meilleure sanction. Selon les économistes, lorsque les entreprises décident de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, elles le font car elles savent que même en cas de sanction, le profit engendré par la pratique sera plus élevé que la sanction finale. Elles ne sont pas incitées à cesser de commettre l'infraction et le public enforcement est donc insuffisant¹⁹².

Dans cette optique, ils estiment que les cartels devraient être condamnés à des dommages punitifs. Ceux-ci produiraient un effet dissuasif, en plus du fait de compenser entièrement les victimes. Ils cherchent simplement à trouver une sanction suffisamment lourde afin de punir mais également d'avoir un effet dissuasif. Dans le prolongement de cette vision, certains économistes recommandent de sanctionner les ententes les plus graves selon un multiple du dommage réel causé¹⁹³.

Au contraire, les juristes adoptent une autre perspective. L'amende administrative constitue l'action publique (le public enforcement), elle permet de dissuader et les éventuels dommages et intérêts eux découlent de l'action privée (le private enforcement), ayant pour objectif la seule réparation du préjudice.

En France, lorsque l'on applique le principe de la réparation intégrale, la faute de l'auteur n'est pas un élément à prendre en compte pour l'évaluation du préjudice. Or, lorsque l'on applique des dommages et intérêts punitifs c'est ce qu'on fait, on se base sur la faute de l'auteur.

Cependant, selon la jurisprudence de la CJUE, ces deux types d'actions se complètent et se

concurrence », 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

192 JENNY Frédéric, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 21 Mars 2013, 1169.

193 SAINT-ESTEBEN Robert, « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence », 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

renforcent. Elles poursuivent toutes deux le même objectif : l'efficacité optimale des règles de concurrence. Ainsi, en plus de compléter le public enforcement, le private enforcement le renforce en poursuivant en fait le même objectif.

Ainsi, dans son arrêt « *Courage c/ Crehan* »¹⁹⁴ la CJUE rappelle l'importance primordiale des actions privées en droit de la concurrence: *"La pleine efficacité de l'article [81] du traité 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 que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté ».*

Par la suite, dans l'arrêt Manfredi du 13 juillet 2006 la Cour de Justice confirme ces principes et va même plus loin en affirmant que *«la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (damnum emergens) mais également du manque à gagner (lucrum cessans), ainsi que le paiement d'intérêts.»*¹⁹⁵

Certains auteurs n'hésitent pas à réclamer une sanction répressive plutôt que compensatrice car cela permettrait de rendre plus attractifs les recours privés pour les victimes et ainsi d'accroître le « private enforcement ». Cela rendrait également plus efficace le « private enforcement » d'un point de vue concurrentiel : les personnes privées se substitueraient à l'autorité publique, devenant ainsi un auxiliaire de la justice en vue de réprimer les agissements illicites des entreprises sur le marché.

Dans son livre vert de 2005, la Commission semble également raisonner dans une logique tant punitive que réparatrice. En effet au point 1.1 du livre vert, il est dit que les dommages et intérêts répondent à un double objectif: *« indemniser ceux qui ont subi une perte à la suite d'un comportement anticoncurrentiel et garantir la pleine efficacité des dispositions du traité relatives aux ententes en dissuadant les comportements anticoncurrentiels, ce qui contribuera, dans une mesure non négligeable à maintenir une concurrence effective dans la Communauté.»*¹⁹⁶

En France, la jurisprudence calcule parfois implicitement le préjudice en fonction du gain réalisé par l'auteur de celui ci. On peut estimer en effet que le « gain illicite » représente la valeur dont la

194 CJCE 20/9/2001, c-453/99, Rec. 2001, p. I-6257

195 CJCE, Manfredi, 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04

196 SAINT-ESTEBEN Robert, « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence », 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

victime a été abusivement privée. Mais dans le livre vert c'est le caractère « punitif » de la prise en compte du gain illicite qui est mis en avant, il n'est pas présenté comme une façon d'évaluer le préjudice subi.

De même, dans son option 16 par exemple, le livre vert propose le doublement des dommages et intérêts dans le cas d'ententes horizontales : « *Doublement des dommages et intérêts dans le cas des ententes horizontales. Ce doublement pourrait être automatique, conditionnel ou laissé à la discrétion du tribunal.* » Toujours selon le livre vert, « *En outre, on pourrait envisager de donner aux tribunaux la possibilité, automatique ou conditionnelle, de doubler les dommages et intérêts dans le cas des infractions caractérisées que sont les ententes horizontales* ». De nombreux commentateurs doctrinaux ont vu dans le livre vert une incitation à aller plus loin que le principe de la réparation intégrale pour conférer une véritable nature de peine privée aux sanctions civiles.

Mais finalement dans sa proposition de directive du 11 juin 2013, la Commission ne se prononce que sur la réparation intégrale. Selon l'article 2 : « *Toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit national de la concurrence ou à celui de l'Union doit être en mesure de demander réparation intégrale de ce préjudice* ». Selon la définition donnée par la directive, la réparation intégrale consiste à replacer toute personne ayant subi un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle dans la situation où elle aurait été si l'infraction n'avait pas été commise. Elle suppose dès lors l'indemnisation de la perte subie et du manque à gagner, ainsi que le paiement des intérêts courus entre le moment où le préjudice est survenu et celui où l'indemnisation relative à ce préjudice a été effectivement versée. La directive se fonde donc sur une approche réparatrice seulement et ne se prononce pas sur les dommages punitifs¹⁹⁷.

Incitation à la transaction - La directive proposée en juin 2013 cherche cependant à inciter les transactions. Etant donné que la réparation intégrale du préjudice subi peut être atteinte au moyen d'une action en dommages et intérêts introduite en justice ou d'un règlement consensuel extrajudiciaire entre les parties, elle incite les parties à régler leur litige de manière consensuelle. Elle prévoit la suspension des délais de prescription applicables pour les actions en dommages et intérêts aussi longtemps que l'entreprise contrevenante et la partie lésée sont engagées dans une procédure de résolution consensuelle de leur litige, la suspension de la procédure en cours pendant la durée de la procédure de résolution consensuelle du litige, la déduction de la part du préjudice imputable à l'auteur de l'infraction participant à la procédure consensuelle du montant des dommages et intérêts demandés par la partie lésée participant à cette même procédure et la prise en compte des dommages et intérêts versés dans le cadre d'une procédure de résolution consensuelle

197 Proposition de directive du 11 juin 2013, 4.5. Quantification du préjudice (chapitre V, article 16), p 21.

au moment de déterminer la contribution que devra verser l'auteur de l'infraction participant à cette procédure à la suite d'une condamnation ultérieure à des dommages et intérêts¹⁹⁸.

Pour le moment, au vu de l'expérience américaine¹⁹⁹, il ne semble pas opportun d'envisager l'introduction des dommages punitifs. Une meilleure évaluation économique des préjudices anticoncurrentielles est sans doute plus appropriée. Si l'on s'en tient au principe de la réparation intégrale en Europe, il convient d'évaluer le préjudice dans son intégralité, de ne pas sous estimer le dommage subi et donc de le réparer au niveau de sa valeur réelle. C'est d'ailleurs ce que la Commission propose en ayant pour objectif de mieux appréhender la réalité du dommage. En ce qui concerne les programmes de clémence, elle envisage de limiter la responsabilité civile des bénéficiaires de ces programmes aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs et indirects uniquement.

Ce ne sont pas les dommages punitifs qui ont le plus contribué au développement du private enforcement aux Etats Unis. Les statistiques américaines révèlent que les actions en réparation ont été rares durant les premières décennies. Dans les années 60's, les actions privées ne s'élevaient encore qu'à environ 400 actions par an (378 en 1961). En 1969, l'adoption de standards de preuve différents a été l'élément déclencheur des actions privées : en 1977 elles ont atteint le nombre de 1528²⁰⁰.

C'est donc les modalités de preuve qui constitueraient l'élément déterminant pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles à agir par la voie privée et c'est d'ailleurs ce que l'on constate en Europe aujourd'hui où les obstacles à l'administration de la preuve sont encore trop importants pour inciter les victimes à engager des actions privées²⁰¹. D'autant plus que le montant des sanctions prononcées par le public enforcement ne cesse aujourd'hui d'augmenter.

198 Chapitre VI de la directive du 11 juin 2013, articles 17 et 18. point 39

199 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007. p 51.

200 PAGE William H. *Policy choices in defining the measure of antitrust damages*, OECD, Private Remedies, 2007, p233.

201 PRIETO Catherine, «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», *Concurrences* n° 4-2008.

CHAPITRE III - La preuve de la pratique anticoncurrentielle

Prouver l'existence de la pratique anticoncurrentielle est l'un des principaux obstacles à l'action privée en Europe. Aux Etats-Unis, la procédure de « discovery » (I) et de « prima facie evidence » (II) sont des mécanismes qui permettent de faciliter l'accès aux preuves et d'utiliser les jugements du public enforcement lors des litiges privés dont l'Europe pourrait s'inspirer.

I - La procédure de « discovery »

Aux Etats Unis - En ce qui concerne la preuve, la procédure de discovery permet à la victime d'obliger ses adversaires à divulguer largement les documents et preuves qu'ils possèdent.

Cette procédure que l'on retrouve dans les systèmes de common law (sous le nom de disclosure au Royaume Uni) est une phase d'investigation qui se déroule avant le procès. Elle est indissociable du droit d'accès à la justice et du droit d'agir : elle fait partie intégrante de la culture juridique des pays de common law. Ainsi, aux Etats Unis, selon les « Federal Rules of Civil Procedure », les parties doivent divulguer tant les preuves qui leur sont favorables, et donc utiles à leur demande, que celles qui leurs sont défavorables et qui seront donc utilisées contre eux par leur adversaire²⁰². Ainsi, grâce à la procédure de discovery, la partie demanderesse peut se lancer dans un procès sans avoir l'information, les preuves qui sont alors encore détenues par l'autre partie. En conséquence, cette procédure permet à la partie demanderesse de s'engager beaucoup plus facilement dans un procès²⁰³.

En droit de la concurrence, l'obtention de preuves des pratiques anticoncurrentielles est très difficile. Il n'est pas aisé de détecter des ententes ou cartels et il n'est pas facile de prouver un abus de position dominante. La pratique de la discovery a donc très fortement contribué au développement du private enforcement aux Etats Unis. Le non respect de cette procédure est sévèrement sanctionné par les juges qui lui donnent continuellement plus d'ampleur.

Ainsi, la procédure de discovery aide indiscutablement à promouvoir l'action privée en facilitant la détection des ententes et des abus de position de dominante. Cependant cette procédure est critiquée même aux Etats Unis tant elle est lourde et coûteuse. Elle risque en effet d'encourager n'importe qui à se lancer dans un procès même s'il n'a en fait aucun élément sérieux de preuve : les Américains parlent de « fishing expeditions »²⁰⁴. Beaucoup se lancent dans un procès sans savoir ce qu'ils cherchent mais simplement parce qu'ils espèrent pouvoir gagner de l'argent.

202 HARDING Christopher, JOSHUA Julian, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2010. p 23.

203 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007 p 170.

204 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007 p 171.

Il se pose également un problème au niveau du nombre de documents à traiter par la suite, on parle là de « pre-trial discovery ». Les parties, qui ont pour obligation de joindre au dossier le nombre le plus large de documents utiles doivent ensuite se lancer dans une procédure coûteuse de tri et d'analyse de ces « preuves potentielles ». Cette procédure risque de leur coûter tellement cher que beaucoup d'entreprises préfèrent éviter le procès et avoir recours à l'arbitrage pour limiter les coûts²⁰⁵.

Récemment, la Cour Suprême a tenté à de nombreuses reprises d'inciter les juges à une plus grande rigueur dans l'interprétation des « Federal Rules of Civil Procedure » lors de l'identification d'abus de procédure²⁰⁶. En 1993, elle avait déjà établi que le parallélisme de comportement ne suffit pas à rapporter la preuve du comportement anticoncurrentiel. En 2007, elle demande à ce que les faits présentés constituent «un espoir raisonnable» de penser qu'il y ait pratiques illégales afin que la procédure de discovery ne soit pas mise en œuvre pour rien. De plus, une réforme du « Federal Rules of Civil Procedure » en 2004 a tenté de contrer les excès les plus flagrants de la procédure de discovery, notamment en ce qui concerne les preuves sous format électroniques. Cependant, ces initiatives restent pour le moment insuffisantes par rapport à la menace excessive que fait peser cette procédure sur les entreprises²⁰⁷. De plus, les « Federal Rules of Civil Procedure » concernant les règles de preuves telles qu'interprétées par la jurisprudence américaine permettent aux tribunaux américains d'ordonner sur demande d'une partie engagée dans une action devant une juridiction étrangère ou américaine, la communication de documents qu'une entreprise avait transmis dans le cadre d'une autre procédure, notamment dans le cadre d'une demande de clémence à une autorité de concurrence étrangère. Cette possibilité a donné lieu à de nombreuses contestations, notamment en Europe et la Commission européenne est intervenue à plusieurs reprises pour éviter que les documents qui lui avaient été communiqués volontairement soient transmis aux autorités américaines.²⁰⁸ En France, l'article 1er bis de la loi du 26 juillet 1968 interdit : « à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci » ce qui démontre que nos traditions juridiques européennes s'opposent radicalement à cette procédure et surtout à ce que de telles recherches soient poursuivies sur notre

205 PRIETO Catherine, «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008.

206 US Supreme Court, Bell Atlantic Corporation, et al., Petitioners v. William Twombly et al., On writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, May 21, 2007, 550 USC.

207 PRIETO Catherine, «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008.

208 PLAIDY Cécile, « La réforme de la politique de clémence aux États-Unis », Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2004, étude 17.

territoire par des personnes dépourvues de toute autorité²⁰⁹.

Ainsi la procédure de discovery est sans doute la procédure qui représente le mieux les excès de la politique de la judiciarisation à outrance aux Etats Unis. Elle fonctionne mal, participe à l'engorgement des tribunaux en encourageant des litiges artificiels, fait peser des menaces inutiles sur les entreprises et coute très cher, aux demandeurs, aux défendeurs et aux tribunaux. Elle est très éloignée de la culture européenne, sans doute trop pour que les Européens envisagent un jour de s'en inspirer dans la promotion de l'action privée en droit de la concurrence. Ainsi, celle ci ne fait (pour le moment) pas partie des sources d'inspirations européennes²¹⁰. Il paraît cependant nécessaire de faciliter l'accès à la preuve si l'on veut que les actions privées se multiplie.

En Europe, la constatation d'une infraction aux règles de concurrence, la quantification des dommages et intérêts dans le cas d'une infraction aux règles de concurrence et l'établissement d'un lien de causalité entre l'infraction et le préjudice subi requièrent habituellement une analyse factuelle et économique complexe²¹¹. Lorsque l'existence d'une pratique est soulevée devant le juge de droit commun, c'est à la partie qui invoque l'existence de celle-ci, de rapporter la preuve de cette dernière. Les preuves pertinentes dont un demandeur a besoin pour justifier de sa demande sont en grande partie détenues par le défendeur ou des tiers et, la plupart du temps, elles ne sont pas suffisamment connues du demandeur, qui n'y a pas accès : on parle « d'asymétrie de l'information »²¹². Ainsi, la difficulté pour les demandeurs d'obtenir et réunir les preuves de la pratique anticoncurrentielle constituent, dans de nombreux États membres, un des principaux obstacles aux actions en dommages et intérêts dans les affaires de concurrence²¹³.

La question de l'accès au preuve en Europe est l'une des préoccupations principales de la mise en place d'un système d'actions civiles effectives en droit de la concurrence. La proposition de directive du 11 juin 2013 y consacre entièrement son chapitre II intitulé « divulgation des preuves ». Ce régime de divulgation des preuves s'appuie sur la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle²¹⁴. Selon la proposition de directive, il est nécessaire que tous les

209 ROBERT Jacques Henri, « Jouissance des Droits Civils - Limitations », JurisClasseur Civil Code, décembre 2009

210 PRIETO Catherine, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », Concurrences n° 4-2008.

211 WISH Richard, *New competition jurisdictions : shaping policies and building institutions*, Edward Elgar, 2012 p 178.

212 KESKE Sonja, *Group litigation in European Competition law : a law and economics perspective*, Intersentia, 2010. p 19.

213 KOMNINOS Assimakis, *EC private antitrust enforcement : decentralised application of EC competition law by national courts*, Hart Pub., 2008. p225

214 Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de

États membres accordent un accès effectif minimal aux éléments de preuve dont les demandeurs et les défendeurs ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande de dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles.²¹⁵ La directive proposée évite par ailleurs d'imposer des obligations de divulgation excessivement étendues et trop coûteuses, susceptibles de représenter une charge injustifiée pour les parties en cause et d'entraîner des risques d'abus²¹⁶.

Dans cette proposition de directive, la Commission a tenté de respecter la tradition de la grande majorité des États membres en conférant un rôle central à la juridiction saisie de l'action en dommages et intérêts: seul un juge peut ordonner la divulgation d'éléments de preuve détenus par la partie adverse ou un tiers, divulgation dont la nécessité, l'étendue et la proportionnalité sont soumises à un contrôle juridictionnel strict et actif.

Les juridictions nationales devraient avoir à leur disposition des mesures efficaces pour protéger les secrets d'affaires ou les autres informations confidentielles divulgués au cours de la procédure. En outre, la divulgation d'éléments de preuve ne devrait pas être autorisée lorsqu'elle risque de porter atteinte à certains droits et obligations tels que l'obligation de secret professionnel²¹⁷. Les juridictions doivent aussi pouvoir imposer des sanctions suffisamment dissuasives pour empêcher la destruction d'éléments de preuve pertinents ou le refus de se conformer à une injonction de divulgation²¹⁸.

En ce qui concerne l'articulation entre sphère publique et sphère privée, la Commission répond finalement à l'une des préoccupations essentielles des entreprises : qu'advient-il des preuves obtenues par l'intermédiaire des programmes de clémence ? En effet, si ces documents pouvaient être dévoilés au cours d'une action civile, cela pourrait porter gravement préjudice à l'efficacité des programmes de clémence et des procédures de transaction²¹⁹. La directive proposée prévoit donc des limites à la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence.

Elle différencie deux types de protection :

- Premièrement, elle décide d'accorder une protection absolue à deux types de documents

propriété intellectuelle (JO L 157 du 30.4.2004, p. 45)

215 Proposition de directive du 11 juin 2013 : Article 5.1 et 5.2

216 Proposition de directive du 11 juin 2013 : Article 5.3

217 Proposition de directive du 11 juin 2013 : Article 5.4

218 Proposition de directive du 11 juin 2013 : Article 8

219 BELLIS Jean-François VAN BAEL Ivo, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010 p1241.

considérés comme indispensables à l'efficacité des instruments de mise en œuvre du droit par la sphère publique. Il s'agit des déclarations faites par les entreprises aux fins d'une demande de clémence et des propositions de transaction

- Deuxièmement, elle prévoit une protection temporaire pour les documents que les parties ont établis spécifiquement pour les besoins d'une procédure relevant de la mise en œuvre du droit par la sphère publique (la Commission cite en exemple : les réponses d'une partie à une demande de renseignements de l'autorité de concurrence) ou que l'autorité de concurrence a établis au cours de sa procédure (tel qu'une communication des griefs). Ces documents ne pourront être divulgués qu'une fois que l'autorité de concurrence aura clos sa procédure. Finalement, les documents ne relevant pas de ces deux catégories peuvent être divulgués par une juridiction à n'importe quel moment²²⁰.

Quant aux demandes de divulgation des preuves que possèdent les autorités de concurrence, celles ci désignent une catégorie de documents en faisant référence à leur présence dans le dossier d'une autorité de concurrence plutôt qu'à leur type, à leur nature ou à leur objet, devraient en principe être considérées par la juridiction saisie comme disproportionnées et non conformes à l'obligation de la partie qui introduit une demande de divulgation de mentionner les catégories de preuves souhaitées de manière aussi précise et restreinte que possible;

Pour éviter que des documents obtenus grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence ne deviennent une monnaie d'échange, seule la personne qui a obtenu l'accès au dossier (ou son successeur légal pour ce qui concerne les droits liés à la demande) devra pouvoir utiliser ces documents comme moyens de preuve lors d'une action en réparation²²¹.

La CJUE n'est pas en reste et dans un arrêt rendu le 6 juin 2013²²², elle a précisé l'arrêt Pfleiderer du 14 juin 2011²²³ sur la question de l'accès des tiers au dossier de l'autorité de concurrence. Dans cet arrêt, elle répondait à une question préjudicielle posée par un tribunal autrichien. La Cour affirme que « le Droit de l'Union, en particulier le principe d'effectivité, s'oppose à une disposition du droit national en vertu de laquelle l'accès aux documents figurant dans le dossier afférent à une

220 Proposition de directive du 11 juin 2013 : Article 6

221 Proposition de directive du 11 juin 2013 : Article 7

222 CJUE, 6 juin 2013, « Bundeswettbewerbsbehörde », aff. C-536/11

223 CJUE « Pfleiderer », 14 juin 2011, aff. C-360/09 : dans cet arrêt la Cour avait renvoyé aux juridictions nationales le soin d'apprécier dans quelle mesure le demandeur à une action en « *private enforcement* » peut accéder aux dossiers de clémence détenus par une autorité de concurrence (dossiers contenant la dénonciation d'une pratique anticoncurrentielle par son ou ses auteurs).

procédure nationale relative à l'application de l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de clémence, de tiers n'étant pas parties à cette procédure et envisageant d'engager des recours en dommages et intérêts à l'encontre de participants à une entente est subordonné au seul consentement de toutes les parties à ladite procédure, sans qu'aucune possibilité d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence soit laissée aux juridictions nationales. » En l'espèce, l'article 39§2 de la loi autrichienne relative aux ententes se trouve donc reconnu contraire au droit de l'Union. La CJUE ayant décidé que le principe d'effectivité s'opposait à cette disposition du droit national n'autorisant pas, sauf accord exprès des entreprises, l'accès des tiers envisageant d'exercer une action en dommages-intérêts contre les participants à une entente aux documents contenus dans une procédure d'application de l'article 101 du TFUE.

II - La procédure de « prima facie evidence »

Aux Etats Unis - La procédure de « prima facie evidence », instituée par la section 5(a) du Clayton Act de 1914, permet aux victimes privées des pratiques anticoncurrentielles de tirer lors des procès en « private enforcement » toutes les conséquences des résultats de l'action publique. Les jugements rendus dans le cadre du « public enforcement » sont utilisés comme des preuves dans les procès au civil intentés par les victimes des pratiques anticoncurrentielles condamnées. Cette procédure qui semble tout à fait légitime, permet une plus grande efficacité et une économie de coût. Grace à la « prima facie evidence », le financement public du premier procès permet de financer en partie les actions privées ultérieures des victimes. Les actions en réparation des victimes sont donc très fortement encouragés dès lors que le cas a déjà été jugé à utiliser ce que l'action publique a déjà prouvé.

Aux Etats Unis, la procédure de prima facie evidence fonctionne bien. On peut regretter que celle ci ne soit pas applicable également pour les « consent decree », c'est à dire lorsqu'intervient un accord volontaire (publié dans les recueils des tribunaux) entre les parties à un procès en échange du retrait de l'accusation, ce qui amenuise son intérêt²²⁴. Cette procédure illustre la bonne articulation qu'il peut y avoir entre public et private enforcement. Elle permet de réaliser des économies de coûts et de moyens²²⁵.

224 WOLF Ernest, « La Législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux », Revue internationale de droit comparé. Vol. 2 N°3, Juillet-septembre 1950. pp. 440-477

225 PRIETO Catherine, «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008.

En Europe, elle existe sous le nom de « follow-on suits ». Cette procédure, que l'on trouve dans le règlement 1/2003 permet d'éviter les risques de collisions qui pourraient exister si une action publique et une action privée sont lancées au même moment. La Commission est favorable à ce type d'actions et elle les promeut dans son livre blanc et dans la proposition de directive de juin 2013. Selon l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, une décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 101 ou 102 du traité possède un effet probatoire dans les actions en dommages et intérêts engagées par la suite, étant donné qu'une juridiction nationale ne peut pas prendre de décision qui irait à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. C'est ce qu'on appelle l'action « follow-on ».

Selon celles-ci, toutes victimes de pratiques anticoncurrentielles peut se prévaloir d'une décision de la Commission ou de la CJUE, pour demander réparation devant son juge national car les juridictions ont l'obligation de suivre les décisions de la Commission et de la CJUE. L'action privée peut donc suivre l'action publique : les victimes peuvent se baser sur une décision déjà rendue par les organes communautaires pour intenter une action en réparation devant leurs juridictions nationales. Cette action en follow-on simplifie l'action privée et permet de réduire les frais de justice du demandeur puisque le comportement anticoncurrentiel a déjà été constaté et sanctionné et il n'a donc plus à prouver l'illégalité de cette pratique²²⁶.

Cependant, c'est au niveau des autorités nationales de concurrence que le problème se repose. Les actions follow-on ne sont pas reconnues par certaines des juridictions nationales européennes. Cette différence entre les pays de l'Union Européenne nuit à l'efficacité des actions privées. En France, les décisions de l'Autorité de la concurrence ne jouissent pas de « l'autorité de la chose décidée » si elles ne sont pas définitives. Ainsi, en ce qui concerne la demande en réparation pour pratiques anticoncurrentielles récemment portée devant le tribunal de commerce par certains opérateurs téléphoniques (dont Bouygues) à l'encontre d'Orange et de SFR, le fait qu'Orange a fait appel de la décision de l'Autorité de la Concurrence rendue en décembre 2012, suspend en fait l'action intentée par Bouygues devant le Tribunal de Commerce²²⁷. En Allemagne, au contraire, depuis la nouvelle loi sur la restriction de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) de 2005, les juridictions nationales reconnaissent l'autorité de la chose décidée de toutes les Autorités Nationales de Concurrence membre du réseau européen de la concurrence (REC)²²⁸.

226 KOMNINOS Assimakis, « EC private antitrust enforcement : decentralised application of EC competition law by national courts », Hart Pub., 2008. p.7

227 PAQUETTE Emmanuel, « Concurrence: Orange et SFR attaqués pour 1,4 milliard d'euros », *lexpansion.lexpress.fr*, publié le 06/08/2013.

228 BASEDOW Jürgen, *Private enforcement of EC competition law*, Aspen Publishers, 2007. p 69.

Cependant, en général, lorsque les juges de droit commun font face à des actions en réparation suite à des pratiques anticoncurrentielles, ils se réfèrent aux décisions déjà rendues par les autorités nationales de concurrence. Au niveau du Droit de l'Union Européenne, lorsque le litige concerne les articles 101 et 102 TFUE, la Commission et les autorités nationales de concurrence, conformément à l'article 15 du Règlement n° 1/2003 sont habilités à intervenir d'office.

Il serait judicieux que tous les pays en Europe reconnaissent les actions follow-on, en effet cela permettrait des économies budgétaires et un encouragement des actions privées en évitant à la victime de fournir la preuve du comportement alors que celle-ci a déjà été administrée par les autorités nationales de concurrence. D'ailleurs on constate que finalement, même dans les pays qui n'admettent pas les actions follow-on lorsque la décision n'est pas définitive, comme en France, les juges se réfèrent aux décisions des autorités nationales de concurrence, afin de se prononcer sur l'action privée qu'ils doivent résoudre.

Comme elle l'avait déjà fait dans le livre blanc en 2008, dans la proposition de directive du 11 juin 2013, la Commission propose de conférer un effet similaire aux décisions définitives des autorités nationales de concurrence constatant une infraction anticoncurrentielle²²⁹. Lorsqu'une infraction a déjà été constatée par une décision devenue définitive, la possibilité pour l'entreprise ayant commis l'infraction de remettre en cause son existence lors d'actions en dommages et intérêts ultérieures ne devrait pas être possible. Prouver une deuxième fois une pratique anticoncurrentielle entraîne une insécurité juridique et engendre des coûts inutiles pour toutes les parties concernées ainsi que pour le pouvoir judiciaire.

Une telle disposition peut-elle remettre en cause le principe de l'indépendance du juge ?

En France, les décisions de l'Autorité de la Concurrence sont susceptibles de recours devant le juge judiciaire, à savoir la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. De même, les juges de droit commun peuvent toujours saisir la CJUE par le biais d'une question préjudicielle s'ils sont en désaccord avec une décision rendue par l'autorité nationale de concurrence. Difficile de remettre en cause l'indépendance du juge donc. Et c'est ce que la Commission rappelle dans sa directive: *« L'effet probatoire qu'il est proposé de conférer aux décisions définitives des autorités nationales*

229 Article 9 directive du 11.6.2013 COM(2013) : « *Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales qui, dans le cadre d'actions en dommages et intérêts concernant des infractions à l'article 101 ou 102 du traité ou au droit national de la concurrence, statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques qui font déjà l'objet d'une décision définitive constatant une infraction, adoptée par une autorité nationale de concurrence ou une instance de recours, ne puissent pas rendre de décision allant à l'encontre de cette constatation d'une infraction. Cette obligation ne porte nullement atteinte aux droits et obligations découlant de l'article 267 du traité* ».

de concurrence constatant une infraction n'aura pas pour effet de réduire la protection juridictionnelle des entreprises concernées, puisque les décisions par lesquelles les autorités nationales de concurrence constatent une infraction restent soumises au contrôle juridictionnel. En outre, les entreprises bénéficient, dans l'ensemble de l'UE, d'un niveau de protection comparable de leurs droits de la défense, comme le prévoit l'article 48, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Enfin, cette règle ne porte nullement préjudice aux droits et obligations des juridictions nationales découlant de l'article 267 du traité.²³⁰»

De plus, il paraît logique d'admettre la même portée aux décisions de l'autorité de la concurrence au niveau national que celles de la Commission lorsqu'il s'agit d'appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE.

²³⁰ directive du 11/06/13 11.6.2013 COM(2013) 404 final point 4. 3. Effet des décisions nationales, délais de prescription et responsabilité solidaire, p.18

CHAPITRE IV- Les frais de procédure

Les règles procédurales aux Etats Unis favorisent donc la partie faible : la victime, le consommateur ou l'entreprise qui a pâti de la pratique anticoncurrentielle et il en est de même pour les règles relatives aux frais de procédures : La règle de « one way cost » permet aux victimes de ne pas rembourser les frais de procédure de leur adversaire en cas d'échec au procès (I), les « contingency fees », permettent, elles, de s'engager dans un procès plus facilement (II).

I - La procédure de « one way cost »

Créée spécialement pour les litiges en droit de la concurrence (elle a été introduite dans la Clayton Act), cette règle dite « à sens unique » est différente de la procédure civile habituelle aux Etats Unis. En effet, normalement chaque partie assume ses frais de procédure quel que soit le résultat. En Europe, le perdant doit en général rembourser également les frais raisonnables que son adversaire a exposé. Selon la procédure de « one way cost », la victime d'ententes et d'abus de position dominante doit être remboursée de ses frais de procédure si elle gagne. Cependant, même si elle perd, le défendeur vainqueur n'aura, lui, pas la possibilité de prétendre au remboursement de ses frais et la victime demanderesse n'aura donc jamais à rembourser les frais de justice de son adversaire, même si elle perd.

La règle du « one way cost » a donc très fortement encouragé tous les procès en « private enforcement ». Les victimes des pratiques anticoncurrentielles auront plus tendance à ne pas rester passives et à agir en justice si elles peuvent le faire à moindre coût. Elles ne prennent pas de risques puisqu'elles n'auront pas à rembourser leur adversaire en cas d'échec²³¹.

En France – La partie perdante dans les procès au civil peut être condamné à payer les dépens de son adversaire. Selon l'article 695 du Code Procédure Civile, les dépens correspondent aux frais liés aux instances, actes et procédures d'exécution. Ce sont les sommes qu'il a été nécessaire d'exposer pour obtenir une décision de justice à l'exception des honoraires des conseils.²³² A la fin d'un procès,

231 ROACH, Kent et TREBILCOCK, Michael J. Private enforcement of competition laws. *Osgoode Hall LJ*, 1996, vol. 34, p. 461.

232 Article 695 du Code de Procédure Civile : « Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent: Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties; Les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international; Les indemnités des témoins ;La rémunération des techniciens ; Les débours tarifés ;Les émoluments des officiers publics ou ministériels; La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée y compris les droits de plaidoirie; Les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger; Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires (...) »

le juge doit statuer sur la personne qui devra payer les dépens. En général, il attribue la charge des dépens au perdant mais il peut aussi en décider autrement.

De plus, l'article 700 du code de procédure civile permet au juge de condamner la partie perdante à payer à l'autre partie une somme d'argent destinée à couvrir l'ensemble des frais non compris dans les dépens. Par exemple, les honoraires d'avocat, les frais de déplacements ou de correspondances peuvent être compris dans une demande au titre de l'article 700. Cependant, la question de l'introduction d'une mesure qui permettrait de savoir avant le procès qui aura à payer les dépens peut se poser notamment en droit de la concurrence dans la situation où les deux parties au procès ont une puissance monétaire différente. Certaines entreprises ou associations de consommateurs, choisissent parfois de porter leur action devant le Tribunal de commerce plutôt que le Tribunal de Grande Instance en raison du risque encouru sur le montant des dépens. En effet, lorsqu'en 2006, l'association Que Choisir a décidé d'engager une action contre Orange, SFR et Bouygues Telecom après à la condamnation du cartel de la téléphonie mobile, elle a préféré pour des raisons économiques, intenté son action devant le Tribunal de Commerce plutôt que devant le Tribunal de Grande instance car le risque encouru était moins grand²³³.

En Europe – La plupart des pays Européens pratiquent également la condamnation aux dépens. Une procédure de « one way cost » à l'européenne inspirée de celle que l'on trouve aux Etats Unis pourrait résoudre de façon plus globale ces problèmes de coût pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles. La Commission elle même admet dans son livre blanc que : « *La règle selon laquelle la partie qui succombe est condamnée aux dépens, prévalant dans les États membres de l'UE, joue un rôle important pour prévenir les demandes infondées. Néanmoins, dans certaines circonstances, ce principe pourrait également décourager des victimes dont les actions sont justifiées. Par conséquent, il peut être nécessaire d'habiliter les juridictions nationales à déroger à cette règle par exemple en donnant l'assurance qu'un requérant, s'il est débouté, n'aura pas à supporter les frais exposés par les défendeurs qui seraient jugés frustratoires, vexatoires ou autrement excessifs.* » Ainsi, elle propose une solution selon laquelle les juridictions nationales statueraient sur les dépens au stade initial du procès en tenant compte de la disparité de puissance financière des parties. Si cette analyse est faite avant le procès elle pourrait encourager le requérant sachant qu'il sera exempté des dépens s'il est débouté. Il est également envisageable de limiter cette mesure aux pratiques anticoncurrentielles les plus graves (aux cartels par exemple) afin d'éviter des

233 PRIETO Catherine, «Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement», Concurrences n° 4-2008

procès fantaisistes.

II - Les contingency fees

Aux Etats- Unis, cette pratique joue un rôle très important dans le développement des actions privées. Il est courant de dire que sans elle les victimes (les individus mais également les entreprises) n'oseraient pas engager d'action. La pratique de la convention d'honoraire ou « contingency fees », permet de faciliter le financement des procès²³⁴. Selon celle ci, les avocats avancent les frais de justice contre rétrocession d'un pourcentage de l'indemnisation obtenue. Si, sans jugement (et donc par transaction), l'avocat obtient des dommages et intérêts de la part du défendeur, il obtient une rétrocession de ceux ci à hauteur d'un tiers. En cas de jugement, cette rétrocession se fait à hauteur de 40 % voir même 50% si la décision est confirmée en appel. Cette pratique, très différente de ce qui se fait en Europe, est largement répandue et encourage très fortement les actions en justice. Elle lève les barrières financières qui pourrait freiner la volonté de la victime d'agir en justice mais elle permet également de stimuler l'avocat qui, en général, sera plus impliqué dans le dossier de son client.

La pratique des « contingency fees » est cependant critiquable en certains points. D'abord car elle participe à la judiciarisation à l'extrême du système, ensuite, car dans ce type de procédure, il est logique que l'avocat préfère favoriser la transaction avant le procès pour éviter de prendre des risques, et ce, parfois au détriment de ce que veut réellement le client²³⁵.

De même, l'expérience américaine a démontré que par ce procédé les avocats américains ont tendance à facturer excessivement leurs clients. Les honoraires perçus sont en fait plus élevés que s'ils s'étaient fixés sur une base horaire pure et simple. Le juge a cependant le devoir de vérifier que le montant du pourcentage convenu est en adéquation avec l'effort fourni par l'avocat²³⁶. De plus il existe une procédure de « lodestar » qui permet de comparer le pourcentage de rétrocession au coût habituel sur la base d'un tarif horaire. Cette procédure permet à un tribunal de première instance de multiplier le nombre d'heures raisonnablement consacré par l'avocat au procès par un taux d'honoraires horaires « raisonnable ». Ce chiffre peut ensuite être ajusté à la hausse ou à la baisse selon certains facteurs tels que l'urgence ou la qualité du travail effectué, afin d'arriver à un prix final.

234 BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008, p 89.

235 KESKE Sonja, *Group litigation in European Competition law : a law and economics perspective*, Intersentia, 2010. p 30.

236 BLAIR Roger, KASERMAN David, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008, p 89.

En Europe, dans son Livre blanc de 2008, la Commission indiquait qu'il fallait « *fixer les frais de procédure de telle manière qu'ils ne constituent pas un frein excessif à l'introduction d'actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence [...] donner aux juridictions nationales la possibilité de statuer sur les dépens par ordonnance, de préférence au stade initial de la procédure, en dérogeant, dans certains cas le justifiant, aux règles habituellement appliquées. Une telle ordonnance permettrait d'assurer que le requérant, même s'il était débouté, n'aurait pas à supporter tous les frais exposés par l'autre partie.* »²³⁷ Cette proposition, bien que mesurée, n'a pas été reprise dans la proposition de directive de juin 2013.

En France, l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dispose que : « *est interdite toute fixation d'honoraire qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire* » : C'est l'interdiction du pacte de « *quota litis* » et donc des « *contingency fees* ». Ce principe d'interdiction du pacte *quota litis* se retrouve également dans certains pays d'Europe tels que l'Espagne, le Portugal et l'Italie. »

D'autres Etats européens acceptent cette sorte de procédé sous des formes allégées. Au Royaume-Uni, (qui se trouve souvent bien souvent à mi chemin entre un droit à l'américaine et un droit plus européen en droit de la concurrence), on retrouve la pratique des « *conditionnal fees* » qui prévoit une prime pour l'avocat en cas de succès dont le montant est indépendant des dommages et intérêts perçus par le client. Cette procédure peut constituer un bon « *entre-deux* » en Europe car elle permet de mettre les clients à l'abri des risques pris par l'avocat. En effet, un meilleur accès à la justice est un paramètre à privilégier pour que les victimes des pratiques anticoncurrentielles n'hésitent pas à intenter des actions privées, mais il est nécessaire qu'une telle procédure protège les clients. On pourrait par exemple imaginer de fixer une somme maximale au dessus de laquelle plus rien ne pourrait être rétrocédé et garantir ainsi une meilleure protection juridique des victimes.

Ainsi, il n'est pas évident de savoir si cette procédure pourrait s'implanter en Europe un jour, elle semble très loin de la pensée française actuelle et la Commission ne se prononce pas sur ce point précis afin sans doute de ne pas contrecarrer les différentes traditions juridiques et spécificités nationales.

237 HARDING Christopher, JOSHUA Julian, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2010, p 31.

Conclusion

Ainsi, tandis que l'action privée sert à la réparation des dommages subis par les victimes des pratiques anticoncurrentielles, l'action publique permet la répression de ces comportements. Pour ce faire, ces deux types « d'enforcement » ne disposent pas des mêmes moyens. L'action publique dispose de pouvoirs de détection et de dissuasion des comportements (enquêtes, poursuites, programmes de clémence) plus larges que l'action civile, qui peine à effacer les difficultés quant à la preuve et au coût du procès que rencontrent les victimes lorsqu'elles demandent réparation du préjudice subi.

Malgré la volonté de la Commission, de la Cour de Justice et des Etats membres de mettre en place une action civile efficace en Europe, aujourd'hui encore, peu de victimes de pratiques anticoncurrentielles parviennent à obtenir réparation. Sans doute est il encore trop tôt pour savoir si toutes les évolutions apportées durant cet été 2013 auront des effets positifs. Cependant, même si l'on ne peut négliger les différences procédurales et « culturelles » qui distinguent Européens et Américains, il existe sans doute d'autres facteurs qui expliquent le développement difficile des actions en réparation en droit de la concurrence européen, en particulier lorsqu'elles pourraient faire suite aux décisions des Autorités de Concurrence.

En France, l'adoption du projet de loi Hamon après vingt ans de blocage, permet d'espérer un développement des actions privées par le biais des ces actions de groupe. Cependant, le « private enforcement » ne se limite pas aux actions de groupe et concerne aussi les victimes qui ne sont pas des consommateurs. Si l'on regarde les décisions de l'Autorité de la Concurrence ces dernières années, on constate que bien souvent (40% des cas environ) elles concernent des victimes individualisées (en petit nombre, si ce n'est même une victime unique) et ne mettent donc absolument pas en cause une problématique d'action de groupes. Les victimes des pratiques anticoncurrentielles sont avant tout des entreprises et donc des commerçants. Ceux ci recourent peu aux actions en réparation parce qu'ils ne souhaitent pas, par exemple, se lancer dans un processus judiciaire, ne veulent pas voir se rompre des relations commerciales suivies, ont peur des représailles ou encore de se voir eux même reprocher un jour le même type de comportement. Il serait judicieux d'adopter des mesures de règlement extra judiciaire des litiges plus approfondies afin de permettre aux victimes d'obtenir réparation par d'autres moyens. Il est nécessaire d'entamer une refonte plus large de la procédure civile si l'on veut que le private enforcement se développe réellement.

En Europe, la proposition de directive semble trop timide, trop protectrice des intérêts des entreprises pourtant auteurs des pratiques anticoncurrentielles (en ce qui concerne les modes de preuves, les programmes de clémence..) et cela au détriment des victimes. Aujourd'hui, il n'y a pas encore d'équilibre entre « public enforcement » et « private enforcement » en Europe. L'action publique reste la voie principale pour la poursuite et la sanction des comportements anticoncurrentiels et l'action privée ne serait que son complément. Les avancées considérables qui ont été accomplies par la Commission et par la Cour de justice en Europe pour le renforcement des actions civiles en droit de la concurrence doivent donc impérativement se poursuivre, car si les mesures proposées dans la directive limitent les excès du private enforcement américain, on regrette finalement que celle-ci n'aille pas plus loin dans l'harmonisation. Il est nécessaire de créer des règles nationales appropriées et d'effacer les disparités des droits nationaux régissant les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence sous peine de voir s'instituer « un forum shopping » des entreprises désireuses de s'installer dans des Etats membres où les pratiques anticoncurrentielles sont moins sévèrement punies et où le droit à réparation est mis en œuvre de manière moins effective.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

BASEDOW Jürgen, « Private enforcement of EC competition law », Aspen Publishers, 2007.

BASEDOW Jürgen, FRANCO Stéphanie, IDOT Laurence, « International Antitrust litigation : conflict of law and coordination », Hart Publishing, 2012.

BLAIR Roger, KASERMAN David, « Antitrust Economics », Oxford University Press, 2008.

BELLIS Jean-François VAN BAELE Ivo, « Competition law of the European Community », Kluwer Law International, 2010.

BUSSANI Mauro, PALMER Vernon V., « Pure Economic Loss in Europe », Cambridge University Press, 2003.

DANOV Mihail, « Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims », Hart Pub., 2011.

FASQUELLE Daniel, « Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison », Joly éditions, 1993.

FOER Albert A. CUNECO Jonathan W., « The international handbook on private enforcement of competition law », Edward Elgar, 2010.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, « Droit de la concurrence », Précis - droit privé, 2006, Dalloz-Sirey,

FURSE Mark, Competition law of the EC and UK, Oxford University Press, 2006.

ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, « Politiques de la concurrence », la Documentation française, les rapports du Conseil d'analyse économique, juin 2006.

GOVARE Inge, QUICK Reinhard, BRONCKER Marco, « Trade and competition law in the EU and beyond », Edward Elgar, 2011.

GRAHAM Cosmo, « EU and UK competition law », Pearson, 2010.

HARDING Christopher, JOSHUA Julian, « Regulating Cartels in Europe », Oxford University Press, 2010.

HODGES Christopher J. S., « The reform of class and representative actions in European legal systems : a new framework for collective redress in Europe », Hart Pub., 2008.

KESKE Sonja, Group litigation in European Competition law : a law and economics perspective, Intersentia, 2010.

KESKIN Ali Cenk, « Pour un nouveau droit international de la concurrence », Editions

L'Harmattan, 2010.

LANDE Robert H. & DAVIS Joshua P., « An Evaluation of Private Antitrust Enforcement, 29 Case Studies », Interim Report, 8 novembre 2006.

MACKENRODT Mark-Oliver, « Abuse of dominant position : new interpretation, new enforcement mechanisms? », Springer, 2008.

MIDDLETON Kirsty, « Cases and materials on UK and EC Competition law », Oxford University Press, 2009.

MÖLLERS Thomas, HEINEMANN Andreas, « The enforcement of competition law in Europe », Cambridge University Press, 2007.

PETIT Nicolas, « Droit européen de la concurrence », Domat-Montchrestien, 2013.

PLOMPEN Peter, LUGARD Paul, « On the merits : currents issues in competition law and policy : liber amicorum », Gaunt, 2005.

SCHMIDTCHEN Dieter, ALBERT Max, VOIGHT Stefan, « The more economic approach to European competition law », Mohr Siebeck, 2007.

SCHULZE Reiner, « Compensation of private losses : the evolution of torts in European business law », European Law Publishers, 2011.

VOGEL Louis, Droit européen des affaires, Précis Dalloz, 2012, 6e édition.

VOGEL Louis, Les actions civiles de concurrence. Union européenne - France - Allemagne - Royaume-Uni - Italie - Suisse – États-Unis , EPA, 2013

VOGEL Louis, Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique. Tome 1, LGDJ, coll. Traités, 19e éd., 2010, p 822.

WINCKLER Antoine, « La pratique communautaire du contrôle des concentrations: analyses juridique, économique et comparative: Europe, Etats-Unis, Japon », De Boeck Supérieur, 1998.

WISH Richard, « Competition law », Oxford University Press, 2009.

WISH Richard, « New competition jurisdictions : shaping policies and building institutions », Edward Elgar, 2012

WOUTER Wils, « Principles of European antitrust enforcement », Hart Pub, 2005.

THESES

CLIFFORD A. Jones, « Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA », Oxford University Press, USA, 1999.

KOKKORIS Ioannis, « The reform of EC competition law : new challenges », Aspen Publishers,

2010.

KOMNINOS Assimakis, « EC private antitrust enforcement : decentralised application of EC competition law by national courts », Hart Pub., 2008.

MILUTINOVIC Veljko, « The right to damages under EU competition law, from Courage v. Crehan to the white paper & beyond », Kluwer Law International, 2010.

VAN BLOCK Bas, « The ne bis in idem principle in EU law », Aspen Publishers, 2010.

ARTICLES

ANDERSON Patrick L. & BOLEMA Theodore R, « Damages in Antitrust Cases », Anderson Economic Group, LLC East Lansing | Chicago, AEG Working Paper 2007-2.

AYNES Laurent, « La réparation du préjudice économique, Quelques données juridiques », Conférence Cour de Cassation 2007 « Risques, assurances, responsabilités ».

BELOT Frédéric, « L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz 2007 p. 1681.

CAUFFMAN Caroline, « The interaction of leniency programmes and actions for damages », The competition law review, Volume 7 issue 2, p 181-220, Juillet 2011.

COFFEE, John C. « Class wars: The dilemma of the mass tort class action ». Columbia Law Review, 1995, volume 95, no 6, p. 1343-1465.

COMBE Emmanuel, « Haro sur les cartels : quelles sanctions contre les ententes illicites ? », Concurrence - N° 52 - 2e trimestre 2006

COT Jean-Mathieu, US: « Sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles », February 2008, Concurrences Journal N° 1-2008, Art. N° 15429

DALEY Nathalie, « A-t-on subi un préjudice si l'on a été en mesure de répercuter un surcoût anticoncurrentiel à ses clients? » Microeconomix, décembre 2011.

DE BROCA Hubert, Les nouvelles Lignes directrices de la Commission en matière d'amendes, décembre 2006, Revue Concurrences N° 4-2006, Art. N° 12590, pp. 37-45

DECOCQ Georges, « La Commission ne saurait être considérée comme juge et partie », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2013.

GRYNFOGEL Catherine, Fasc. 269 : application des articles 81 et 82 du traité CE, jurisclasseur commercial, 2004.

IDOT Laurence, « Europe et concurrence : le grand malentendu... », Europe n° 8, Août 2005.

JAUMARD Jean Loup, « De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defence » pour les consommateurs victimes », le concurrentialiste, numéro 2, février 2013

JENNY Frédéric, « Potentialité et réalité de l'action au civil en matière de concurrence », Cour de cassation, Paris, le 17 octobre 2005.

JENNY Frédéric, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 21 Mars 2013, 1169.

JONES, Clifford A. The second devolution of European competition law: Empowering national courts, national authorities, and private litigants in the expanding European Union. 2003.

JUSTIER Sylvain, « 3 questions : Droit de la concurrence et private enforcement », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 7 Juin 2012.

KOMNINOS Assimakis P, « Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap? », The Competition Law Review, Volume 3 Issue 1, pp 5-26, December 2006.

KOVACIC William E., « Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence? », U.S. Federal Trade Commission, Washington, D.C. June 2, 2008.

LAPOYADE DESCHAMPS Christian, « La réparation du préjudice économique pur en droit français, Revue internationale de droit comparé », 1998, Volume 50, Numéro 2, p. 367-381

LASSERRE-KIESOW Valérie, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », Recueil Dalloz 2007 p. 2116

LE PRADO Didier, « Équité et effectivité du droit à réparation », 2006, courdecassation.fr

MALAURIE-VIGNAL, « Théorie du passing on defence » (Commentaire), Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2010, comm. 232.

NORGUET Dominique, « Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile », Consultation de la Chancellerie, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 12 janvier 2012.

NUSSENBAUM Maurice, « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? Option Finance n° 690 – 21 mai 2002 – En collaboration avec Aline Perrin.

NUSSENBAUM Maurice, « L'évaluation des préjudices économiques », Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2013, étude 13.

PLAIDY Cécile, « La réforme de la politique de clémence aux États-Unis », Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2004, étude 17.

PRIETO Catherine, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », Recueil Dalloz 2007 p. 2884.

PRIETO Catherine « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », Concurrences n° 4-2008

RICHMAN Barack & MURRAY Christopher, « Rebuilding Illinois brick: a functionalist approach to the indirect purchaser rule », Southern California law review, vol. 81:69, 2007.

ROACH, Kent et TREBILCOCK, Michael J. Private enforcement of competition laws. *Osgoode Hall LJ*, 1996, vol. 34, p. 461.

ROBERT Jacques Henri, « Jouissance des Droits Civils - Limitations », *JurisClasseur Civil Code*, décembre 2009.

SAINT-ESTEBEN Robert, « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence », 25 avril 2007, <http://www.courdecassation.fr/>

SCHREPEL Thibault, « À l'horizon : une grande réforme du droit anglais de la concurrence. Faudrait-il larguer les amarres ? », *le concurrentialiste*, 01/04/2013.

SIMON Denys, « Statut contentieux de la Commission devant les juridictions nationales. Procès équitable » *Europe n° 1*, Janvier 2013.

TERCINET Anne M, « Projet de loi de Benoît Hamon & Paquet private enforcement européen : il est urgent d'attendre ! », 2 août 2013, blog.

VOGEL Joseph, « Le paquet législatif prévu par la Commission pour renforcer les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles est-il suffisant et cohérent ? », 28 juin 2013, <http://www.vogel-vogel.com>

WARUSFEL Bertrand « Le droit économique et ses juges », *Rue Saint-Guillaume – Revue de l'Association des Sciences-Po*, n° 152, septembre-octobre 2008, pp. 20-24

WOLF Ernest. « La Législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux ». *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 2 N°3, Juillet-septembre 1950. pp. 440-477.

COLLOQUES ET CONFERENCES

RAFFAELLI Enrico Adriano, European Lawyers' Union. Symposium (9th : 20-21 May 2010 : Treviso, Italy), « Antitrust between EU and national law » : IX Conference, Bruylant, 2011.

MATEUS Abel, MOREIRA Teresa, Lisbon Conference on Competition Law and Economics (2nd : 2007) : « Competition law and economics : advances in competition policy enforcement in the EU and North America », Edward Elgar, 2010.

ZÄCH Roger, HEINEMANN Andreas, KELLERHALS Andreas, Workshop on Comparative Competition Law (3rd : 2008 : Zurich, Switzerland) : « The development of competition law : global perspectives », Edward Elgar 2010.

Colloque au collège européen de Paris : Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (Paris, 13 juin 2008).

PUBLICATIONS OFFICIELLES DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence du 09/12/1997

RÈGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO L 157 du 30.4.2004, p. 45)

Livre vert, “Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante”, (COM(2005)672 final), 19 décembre 2005

Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, (COM(2008)165, 2 avril 2008)

Proposition de directive du 11/06/13 11.6.2013 com(2013) 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.

ARRÊTS ET DÉCISIONS

CJCE/CJUE

Arrêt de la Cour du 5 février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise, Affaire 26-62

CJCE, Höfner, 23 avril 1991, aff. C-41/90

CJCE, Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV, 1er juin 1999, C-126/97

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

CJCE, 13 juillet 2006, Vincenzo Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni Sp. A, C-295/04 à C-298/04.

CJUE « Pfleiderer », 14 juin 2011, aff. C-360/09

CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-199/11, Otis e.a

CJUE, 6 juin 2013, « Bundeswettbewerbsbehörde », aff. C-536/11

Juridictions françaises

Civ. 2ème, 1er avril 1963, JCP 1963. II. 13408

Tribunal de commerce Nanterre, 6ème Chambre, 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ Sté F. Hoffman La Roche.

Cass. Com., 15 juin 2010 Ajimoto Eurolysine c/ Doux aliments Bretagne, n° 09-15.816

UFC Que Choisir, 26 mai 2011, n° 10-16.735

Juridictions étrangères

US Supreme Court, Ill. Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977)

US Supreme Court, Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481 (1968)

US Supreme Court, Bell Atlantic Corporation, et al., Petitioners v. William Twombly et al., On writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, May 21, 2007, 550 USC

ETUDES

OECD Policy Briefs, the Public Affairs Division, « Using Leniency to Fight Hard Core Cartels », 2001 <http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>.

Ashurst, Comparative Study, août 2004.

Robert H. Lande and Joshua P. Davis, An Evaluation of Private Antitrust Enforcement, 29 Case Studies, Interim Report, 8 novembre 2006.

OECD, Private Remedies, 2007

Rapport du Sénat, « L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs », 26 mai 2010.

SITES INTERNET

<http://www.gouvernement.fr/gouvernement/renforcer-les-droits-des-consommateurs-3-questions-a-benoit-hamon> consulté le 8 août 2013

http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/concurrence-orange-et-sfr-attaques-pour-1-4-milliard-d-euros_397593.html consulté le 25 août 2013

First UK "class action" competition damages claim (Competition briefing, April 2007)
http://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=2943 consulté le 24 août 2013