

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS – INSTITUT DE DROIT COMPARE

**MASTER 2 PROFESSIONNEL DE DROIT EUROPEEN DES AFFAIRES
2015-2016**

Quelle doit être la place du *public enforcement* et du *private enforcement* en droit de la concurrence ?

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Louis Vogel

Antoine GUERIN

MEMOIRE

Résumé

Le droit de la concurrence recouvre deux modes de mise en œuvre qui se complètent et parfois s'opposent : le *public enforcement* et le *private enforcement*. Les rôles de ces modes de mise en œuvre ne sont pas nécessairement équilibrés, et les questions autour de leurs interactions sont souvent réglées de manière insatisfaisante.

Afin de comprendre les rôles respectifs que doivent jouer le *public enforcement* et le *private enforcement* dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, il convient d'observer et d'analyser deux modèles de mise en œuvre considérablement éloignés : le modèle américain et le modèle européen. Quand l'un préfère nettement le *private enforcement*, le second fonctionne surtout grâce au *public enforcement*. Le modèle américain impose des sanctions extrêmement importantes à l'issue des recours privés, tandis que le modèle européen ne semble pas encore en mesure d'assurer une réparation convenable des préjudices subis pour pratiques anticoncurrentielles. Ces différences nous informent sur le rôle que doit jouer chacune des deux sphères de mise en œuvre du droit de la concurrence et sur les garde-fous qu'il convient de mettre en place pour éviter tout excès. La dualité de mise en œuvre du droit de la concurrence exige, en effet, une attention particulière sur le montant des sanctions imposées.

Plusieurs objectifs sont partagés par le *public* et le *private enforcement* : l'objectif injonctif, soit celui de faire cesser une infraction, l'objectif dissuasif, soit le fait d'empêcher l'entreprise incriminée ainsi que les autres entreprises existant sur le marché de commettre une pratique sanctionnée, et l'objectif compensatoire, soit l'octroi d'une réparation à la victime d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle. Tous les objectifs ne sont pas assurés par chacun des modes de mises en œuvre du droit de la concurrence, or la sphère publique et la sphère privée partagent la même vocation : assurer l'effectivité des règles de concurrence.

Concilier la place du *public* et du *private enforcement* c'est alors concilier chacun des modes avec les objectifs qu'ils poursuivent et avec la recherche d'effectivité des règles de concurrence. Des principes permettant de garantir une bonne conciliation voire une coopération entre les deux modes de mise en œuvre seront alors développés dans une dernière partie de l'étude.

TABLE DES MATIERES

TITRE 1. LA PLACE DU <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i> ET DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> EN DROIT AMERICAIN	8
INTRODUCTION. LE DROIT AMERICAIN DE LA CONCURRENCE : PERSPECTIVES HISTORIQUES	8
I. Le rôle du <i>public enforcement</i> aux États-Unis	12
A. Les avantages du <i>public enforcement</i> américain	14
1. Des outils puissants à la disposition des acteurs publics	14
2. Les efforts de coordination des acteurs de la sphère publique, gage d'une application plus cohérente des règles de concurrence	17
B. Les inconvénients du <i>public enforcement</i> américain	20
1. Les chevauchements de compétence entre les agences fédérales	21
2. la difficile coordination entre l'échelon fédéral et l'échelon étatique du public enforcement	22
II. Le rôle du <i>private enforcement</i> aux États-Unis	24
A. Les avantages du <i>private enforcement</i> américain	26
1. Des dispositifs incitant financièrement les recours en réparation	26
2. Des dispositifs facilitant l'accès des demandeurs aux preuves	29
B. Les class actions, outils surpuissants du private enforcement	31
1. Un outil efficace et indispensable pour le private enforcement américain	32
2. Les abus des class-actions américaines	34
TITRE 2. LA PLACE DU <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i> ET DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	38
Introduction. Le droit européen de la concurrence : perspectives historiques	38
I. L'Etat actuel du <i>public enforcement</i> et du <i>private enforcement</i> en droit européen de la concurrence	40
A. Le rôle prééminent du public enforcement	40
1. Les pouvoirs de la Commission en matière de concurrence	40
2. Le rôle des autorités nationales de concurrence et du réseau européen de concurrence	43
B. L'évolution du <i>private enforcement</i> dans l'Union européenne sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice	46
1. Le faible développement du private enforcement dans l'Union européenne	47
2. Les évolutions de la jurisprudence de la CJUE en faveur du private enforcement	49
II. Vers un accroissement du rôle du <i>private enforcement</i> dans l'Union	51
A. La question particulière de la clémence	52

1. Les nouveautés de la directive : protection de certaines preuves et encadrement de la responsabilité	52
2. Leurs impacts en droit français	55
B. L'introduction de présomptions légales	56
1. Les trois présomptions introduites par la directive	56
2. Leur impact sur le droit français	59
TITRE 3 : VERS UNE MEILLEURE REPARTITION DES ROLES DU <i>PUBLIC</i> ET DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i>	62
I. Le <i>public enforcement</i>, garant de l'intérêt général	63
A. Les garde-fous pour garantir une uniformité d'application des règles et un encadrement du montant des sanctions	63
1. Eviter l'application hétérogène des règles de concurrence	64
2. Encadrer le montant des sanctions	65
B. Les éléments importants du <i>public enforcement</i> : son rôle directeur et les enquêtes	67
1. Le rôle normatif du public enforcement	67
2. Les pouvoirs d'investigations du public enforcement	68
II. Le <i>private enforcement</i>, garant des intérêts privés	69
A. Les moyens d'incitation des recours privés	70
1. Les actions collectives	70
2. Faciliter l'accès aux preuves des demandeurs	71
B. Les moyens d'encadrement des recours privés	73
1. Garantir un mode de réparation adéquat	73
2. Assurer l'indépendance du private enforcement par rapport au public enforcement	74
BIBLIOGRAPHIE	77

Introduction

Dans son *Traité du gouvernement civil*¹, John Locke distingue deux sortes de droits existant dans l'état de nature : le "*droit de punition*" et le droit de réparation. Il explique que le premier a pour but "*de punir le crime pour le réprimer et pour empêcher qu'on ne continue à le commettre*" tandis que le second a pour but "*d'exiger la réparation du mal souffert*". Le premier est dès lors un droit « commun », partagé par tous les hommes, alors que le second appartient uniquement à celui qui subit un préjudice. Le droit commun étant passé aux mains du magistrat, poursuit Locke, ce dernier a le pouvoir de punir ou de pardonner les offenses et les crimes mais il n'a pas le pouvoir d'obtenir réparation.

Cette double dimension de la mise en œuvre des normes, qui sont appliquées à la fois dans l'intérêt commun et dans l'intérêt individuel, se retrouve dans toutes les sphères du droit. Après tout, les lois ne sont-elles pas créées pour assurer la vie en société, intéressant alors la société comme un tout, aussi bien que tout individu qui verrait ses intérêts affectés ? Le droit de la concurrence n'échappe pas à cette double nature de la mise en œuvre, qui semble prendre une dimension toute particulière dans ce domaine juridique. Car, quel que soit le modèle de mise en œuvre du droit de la concurrence considéré (et nous distinguerons par la suite deux modèles "phares", le modèle américain, et le modèle européen), des institutions ont été créées pour intenter des actions judiciaires, mener des enquêtes, voire adopter des décisions. Outre la dualité d'acteurs pouvant mettre en œuvre le droit de la concurrence (les acteurs publics et les acteurs privés), le droit de la concurrence se double d'une dualité d'organes de décisions : les organes traditionnelles – les juridictions nationales ou supranationales, et les organes administratifs de décisions (par exemple, les autorités de concurrence et la Commission européenne, dans le modèle européen). Le débat sur le rôle des acteurs dans la mise en œuvre se déplace alors sur le rôle que doivent tenir les institutions dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Et le questionnement est quelque peu différent : une autorité de concurrence poursuit certes un « *but commun* », même lorsqu'elle est saisie d'une plainte individuelle, émanant d'un acteur privé ; toutefois, une décision de l'Autorité de la concurrence peut être révisée, en France, par la cour d'appel de Paris, et donc faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

¹ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Traduction française de D. Mazel de 1795 à partir de la 5e édition de Londres de 1725.

Afin de simplifier l'étude qui sera faite, il convient de regrouper, d'une part, les acteurs publics et les institutions administratives (prolongement principal de ces acteurs) dans ce que l'on appelle la « *sphère publique* » ou, en anglais, le « *public enforcement* ». D'autre part, les acteurs privés et les juridictions seront regroupés au sein de la « *sphère privée* » de mise en œuvre du droit de la concurrence ou, en anglais, « *private enforcement* ». Face à la différence de compétence entre sphère publique et sphère se pose la question de savoir comment les deux sphères doivent être conciliées ? Doivent elles jouer un rôle d'égale importance dans l'application du droit de la concurrence ? L'une des deux doit-elle être subordonnée à l'autre ? En soit, quel doit-être la place du *public enforcement* et du *private enforcement* en droit de la concurrence ?

A ces questions, les deux modèles principaux de mise en œuvre du droit de la concurrence apportent des réponses évidemment différentes. Le modèle américain, où le *private enforcement* est, et de loin, le mode de mise en œuvre principal des règles de concurrence, permet d'imposer des sanctions importantes, mais parfois démesurées (Titre 1). Le modèle européen, au contraire, est très bureaucratique, avec les avantages que cela implique (une grande efficacité dans les enquêtes) mais aussi les inconvénients (peu de réparation des préjudices pour les victimes) (Titre 2). De ces constats se dresse alors le besoin d'affirmer quelques principes qui semblent indispensables pour établir un modèle équilibré de mise en œuvre, c'est-à-dire un modèle où l'intérêt commun et les intérêts individuels sont tous maximisés (Titre 3).

Titre 1. La place du *public enforcement* et du *private enforcement* en droit américain

Introduction. Le droit américain de la concurrence : perspectives historiques

Le droit de la concurrence fédéral américain se distingue premièrement du droit européen de la concurrence par l'ancienneté de ses règles. Le *Sherman Act*, première loi fédérale *antitrust* a été adoptée en 1890. Peu avant le développement des règles fédérales américaines de concurrence, certains États fédérés s'étaient déjà dotés de législations protégeant le jeu d'une concurrence libre et non faussée sur le marché. Tel est le cas du Kansas, qui a adopté une loi *antitrust* en 1889², et au moins douze autres États américains³. Toutefois, ces droits étatiques de la concurrence se sont rapidement révélés être inadaptés aux enjeux économiques du pays : les ententes importantes dépassaient déjà les frontières des États fédérés et s'étendaient sur une large partie du territoire américain, notamment dans les secteurs du pétrole et du sucre, dans lesquels des décisions fondamentales pour le droit de la concurrence américain ont d'ailleurs été prises⁴. Les grandes entreprises avaient la capacité de se restructurer dans d'autres États et pouvaient ainsi esquiver des réglementations nationales problématiques, ce qui rendait fatalement inefficace l'adoption de règles purement étatiques.

L'adoption du *Sherman Act* en 1890 aurait d'ailleurs été accueillie avec enthousiasme par les États fédérés qui y voyaient un texte venant renforcer et coordonner les droits étatiques⁵. Cependant, jusqu'aux années 1980, le droit fédéral américain s'est en réalité substitué aux droits étatiques. Puis, au cours des années 1980, le gouvernement de Reagan a changé l'état de la coexistence entre le droit fédéral et le droit étatique, en circonscrivant la compétence des autorités fédérales aux cartels et concentrations de grande ampleur. Corrélativement, le rôle des États dans la mise en œuvre du droit fédéral de la concurrence s'est alors retrouvé amplifié. C'est d'ailleurs à cette époque qu'a été créée la *National Association of Attorneys General*

² Loi du 9 mars 1889, ch. 257, 1889 Kan. Sess. Laws. 389.

³ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, 1996, pp. 18-49.

⁴ Voir notamment la décision *Hawaii v. Standard Oil Co. of California*, 405 U.S. 251 (1972), qui reconnaît l'importance des actions privées pour la mise en œuvre du droit de la concurrence.

⁵ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

(Association nationale des procureurs généraux ou « NAAG ») qui permet une coopération entre les 56 procureurs généraux des États fédérés et une coordination dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Enfin, l'arrivée de l'administration Bush en 2001 a mis un terme à la limitation des prérogatives des autorités fédérales en matière de concurrence. Aujourd'hui les États continuent de mettre en œuvre le droit de la concurrence (national et fédéral), malgré la prépondérance des institutions fédérales en la matière. Les relations entre les autorités étatiques et fédérales américaines seront détaillées plus amplement dans la suite de l'étude.

Les lois fédérales américaines qui réglementent le droit de la concurrence sont peu nombreuses. Elles sont rédigées dans des termes assez généraux afin de laisser au juge le soin de développer une interprétation évolutive et circonstanciée du droit. Cela est nécessaire étant donné que les grands principes du droit de la concurrence ont vocation à être appliqués dans des secteurs d'activités très variés et à travers des époques différentes.

Comme énoncé plus haut, la première loi fédérale américaine de concurrence est le *Sherman Act* de 1890, qui prohibe les ententes et les monopolisations. Sont ainsi interdits : « *every contract, combination, or conspiracy in restraint of trade* » (“tout accord, association ou conspiration restreignant le commerce) (15 U.S. Code § 1) et « *any monopolization, attempted monopolization, or conspiracy or combination to monopolize* » (“toute monopolisation, tentative de monopolisation, ou complot ou association en vue d'un monopole”) (15 U.S. Code § 2). Bien que le *Sherman Act* soit souvent mis en œuvre par des sanctions civiles, il autorise également le recours à des sanctions pénales pour les infractions les plus graves, soit pour les fameuses infractions *per se*, si anticoncurrentielles qu'aucune justification ne peut venir les excuser (c'est le cas, par exemple, d'un accord de fixation des prix). Tel qu'amendé récemment⁶, le *Sherman Act* permet d'imposer des amendes pouvant aller jusqu'à 100 millions de dollars pour les entreprises et jusqu'à un million de dollars et dix ans d'emprisonnement pour une personne physique. Par ailleurs, il convient de noter que si la somme indûment gagnée par l'entreprise en cause ou le montant des pertes de la victime dépasse

⁶ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L., n° 108-237.

la barre des 100 millions de dollars, l'amende peut atteindre le double du gain illicite ou de la perte subie.

En 1914, deux autres textes majeurs du droit fédéral de la concurrence ont été adoptés : le *Clayton Act* et le *Federal Trade Commission Act*. Le *Clayton Act* a été adopté en vue de compléter les règles déjà établies par le *Sherman Act*. Il vise à réglementer les concentrations et il interdit les pratiques déloyales. Il est marqué par l'hostilité du droit américain à la concentration du pouvoir économique. Traditionnellement, les institutions américaines estiment en effet que seul un marché compétitif serait efficient⁷. C'est pourquoi la Section 7 du *Clayton Act* interdit notamment toute concentration dont l'effet est de restreindre la concurrence ou de créer un monopole (15 U.S.C. § 18). Le *Clayton Act* permet également aux acteurs privés de mener des actions en justice pour obtenir des dommages et intérêts lorsqu'un comportement d'une entreprise contrevient au *Sherman Act* ou au *Clayton Act* leur a causé un préjudice. Ce texte a été amendé à plusieurs reprises : en 1936, le *Robinson-Patman Act* y a intégré l'interdiction des pratiques tarifaires discriminatoires et, en 1976, le *Hart-Scott-Rodino Act* a ajouté l'obligation, pour les entreprises, de notifier certains projets de concentration avant leur mise en œuvre.

Le *Federal Trade Commission Act* a, lui, institué la *Federal Trade Commission* ("Commission fédérale du commerce" ou FTC), dont les pouvoirs se rapprochent de ceux des autorités de concurrence dans l'Union européenne. Il prohibe les « méthodes de concurrence déloyales » et les « actes ou pratiques déloyales ou trompeuses » et englobe les infractions interdites par le *Sherman Act* et le *Clayton Act*. Ainsi, bien que la *Federal Trade Commission* ne soit pas compétente pour appliquer le *Sherman Act* ou le *Clayton Act*, elle peut juger des mêmes infractions, sur le fondement du *FTC Act*. Corrélativement, les parties privées ne sont pas autorisées à invoquer le *FTC Act* dans le cadre d'un recours privé.

⁷ E. Fox, "US and EU Competition Law: A Comparison", in Edward Montgomery Graham, J. David, *Global Competition Policy*, Institute For International Economics, Washington DC, 1997.

Il ressort de ce court exposé le constat évident selon lequel, en droit américain de la concurrence, la sphère publique et la sphère privée ont toutes les deux compétence pour mettre en œuvre les mêmes règles. Le *public enforcement* et le *private enforcement* en droit américain semblent alors partager les mêmes objectifs : mettre un terme à une infraction (soit l'objectif injonctif de la sanction), réparer le préjudice causé par le comportement anticoncurrentiel (l'objectif compensatoire), punir le responsable et dissuader le fautif ainsi que toutes les autres entreprises de réitérer le comportement anticoncurrentiel détecté (l'objectif punitif)⁸.

Bien entendu, la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée reste influencée par son but premier qui est celui de réparer un dommage subi. Dès lors, la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée diffère forcément de la manière dont la sphère publique applique ce droit. Ces différences se retrouvent dans la nature des litiges soulevés et dans les conséquences liées à la résolution des litiges. Par ailleurs, il est bien connu qu'aux États-Unis, le *private enforcement* tient une place beaucoup plus importante que le *public enforcement* dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Ainsi, une écrasante majorité des affaires de droit de la concurrence introduites devant les juridictions américaines sont l'initiative de parties privées (90% des affaires entre 1990 et 2007)⁹. En outre, les sommes recouvrées lors d'actions privées sont bien supérieures à celles recouvrées par des actions publiques : sur la période 1990-2007, les sommes octroyées à la suite d'actions privées atteignaient un montant compris entre 18 et 19,6 milliards de dollars, soit le quadruple des amendes imposées par le *Department of Justice* sur la même période, lesquelles sont évaluées à 4,2 milliards de dollars¹⁰. Ce constat mérite cependant d'être relativisé puisque les sanctions résultant des actions menées par la sphère privée sont parfois des actions en *follow-on*, intentées à la suite d'une condamnation imposée à l'issue d'une action publique. En outre, les actions publiques peuvent mener à des condamnations pénales, lorsque l'action est engagée par le *Department of Justice*. Les sanctions pécuniaires ne sont donc qu'une des conséquences des poursuites menées par la sphère publique.

⁸ A. Komnios, "The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari", in P. Lowe and M. Marquis (éd.), *European Competition law Annual: 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, Portland, 2014, pp. 141-157.

⁹ R.H. Lande et J.P. Davis, « Benefits From Private Enforcement : An Analysis of Forty Cases », University of San Francisco Law Research Paper No. 2010-07, pp. 879-918.

¹⁰ *Ibid.*

Afin d'analyser la place que tiennent respectivement le *public enforcement* et le *private enforcement* en droit américain de la concurrence, il convient de détailler séparément chacun des modes de mises en œuvre du droit de la concurrence, afin d'en faire ressortir leur rôle, leurs forces et leurs faiblesses. La première section de ce titre portera donc sur le fonctionnement du *public enforcement* aux États-Unis (I) tandis que la seconde section se concentrera sur une analyse du rôle du *private enforcement* aux États-Unis (II). Ce second titre sera également l'occasion de mettre en relation les enseignements tirés de l'analyse du fonctionnement du *public enforcement* avec ceux produits par une étude du *private enforcement*, afin de retenir quelques éléments qui nous serviront pour proposer des outils nouveaux permettant d'assurer une coordination optimale entre *public* et *private enforcement*.

I. Le rôle du *public enforcement* aux États-Unis

La sphère publique qui met en œuvre le droit fédéral de la concurrence aux États-Unis est composée de trois acteurs principaux, lesquels partagent une mission commune, celle de protéger la société des comportements anticoncurrentiels¹¹. Ainsi, la *Federal Trade Commission* et l'*Antitrust Division* de l'*US Department of Justice* représentent toutes les deux la sphère publique du droit de la concurrence à l'échelon fédéral. Au niveau étatique, les États fédérés, à travers les *State Attorneys General* (soit les procureurs généraux des États), cherchent à protéger les entrepreneurs et les consommateurs nationaux, en effectuant différents types d'actions en justice visant à assurer le respect du droit fédéral de la concurrence, mais aussi du droit étatique de la concurrence.

Au niveau fédéral, les deux institutions compétentes sont d'une nature tout à fait différente. L'*Antitrust Division* du *Department of Justice* est une institution qui n'a pas seulement compétence en matière de droit de la concurrence. Créée en 1903, elle constitue un prolongement du gouvernement fédéral et a notamment pour rôle de poursuivre devant les juridictions fédérales toute personne physique ou morale qui commet une infraction au *Sherman*

¹¹ B. Baer, "Public and Private Antitrust Enforcement in the United States", *Remarks as Prepared for Delivert to European Competition Forum 2014*, Bruxelles, février 2014.

Act, au *Clayton Act* ou au *Robinson Patman Act*. Bien qu'elle ait, *a priori*, le même domaine de compétence que la FTC, elle seule peut engager des poursuites pénales en droit de la concurrence. En pratique, les deux institutions se répartissent leurs compétences selon les secteurs d'activités. Ainsi, l'*Antitrust Division* veille au respect du droit fédéral de la concurrence dans le secteur bancaire, dans le domaine des télécommunications, dans le secteur ferroviaire et dans le domaine du transport aérien.

La *Federal Trade Commission* a été créée en 1914 par le *FTC Act*. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante qui peut engager des poursuites (uniquement de nature civile) devant les juridictions fédérales pour des infractions au droit fédéral de la concurrence. Contrairement au *Department of Justice*, la FTC dispose d'un pouvoir de décision, qu'elle met en œuvre dans le cadre d'une procédure administrative qui lui est propre. En pratique, ses compétences recouvrent principalement le domaine de la santé, des produits pharmaceutiques, l'industrie alimentaire et l'énergie. Par ailleurs, le *Department of Justice* et la FTC ont toutes les deux une compétence partagée en matière de contrôle des concentrations.

Au niveau étatique, les États fédérés, *via* les *State Attorneys General*, mettent également en œuvre le droit fédéral de la concurrence. Ils peuvent mener des actions en réparation, soit au nom de l'État, lorsque celui-ci est lui-même victime d'une pratique anticoncurrentielle¹², soit au nom d'individus résidant dans leur États, *via* des actions *parens patriae*. Ces actions *parens patriae* concernent les situations dans lesquelles une personne physique résidente de l'État concerné a subi un préjudice résultant d'une infraction au *Sherman Act* ou au *Hart-Scott-Rondino Act*. En revanche, les États fédérés ne sont pas compétents pour mener des actions en réparation en leur propre nom, en droit des concentrations. En outre, les procureurs généraux des États peuvent se réunir et agir collectivement pour mener des actions multi-États devant les juridictions fédérales ou mener des actions judiciaires devant les juridictions fédérales conjointement avec une agence fédérale (la FTC ou l'*Antitrust Division* du Département de justice américain). En plus de mettre en œuvre le droit fédéral de la concurrence, les États sont bien entendu compétents pour mettre en œuvre leur propre droit de la concurrence étatique. Dans la plupart des États, le droit national de la concurrence est plus strict que le droit fédéral¹³.

¹² La Section 4(c) du *Clayton Act* autorise les États à mettre en œuvre le droit fédéral de la concurrence.

¹³ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

Par exemple, alors que la *passing-on defence* est interdite en droit fédéral américain, elle est tolérée par de nombreux États fédérés. Bien que ces divergences peuvent théoriquement affecter l'effectivité du droit de la concurrence sur le sol américain, cet effet semble relativement limité en raison du fait que peu d'actions soient intentées au niveau étatique. Nous détaillerons ce sujet par la suite.

Comme énoncé dans l'introduction de ce titre, le *public enforcement* américain est, et de loin, bien moins important que le *private enforcement* pour la mise en œuvre du droit de la concurrence, du moins si l'on compare les deux modes de mise en œuvre du droit selon le nombre de recours qu'ils introduisent devant les juridictions fédérales et les sommes qu'ils permettent de recouvrer. Pourtant, le *public enforcement* américain présente certains bons côtés et il est doté d'outils puissants qui peuvent, au moins en théorie, lui permettre de jouer un rôle primordial pour l'effectivité des règles de concurrence (A). Malgré cela, le *public enforcement* américain souffre parfois d'une mauvaise organisation et pâtit d'un manque d'attractivité flagrant face au *private enforcement* (B).

A. Les avantages du *public enforcement* américain

Aux États-Unis, le *public enforcement* est caractérisé par sa pluralité d'acteurs, dont certains se trouvent à l'échelon fédéral. Il en résulte que la mise en œuvre publique du droit de la concurrence aux États-Unis est dotée d'outils puissants (1) et qu'elle peut mener des actions d'envergure, lorsque les acteurs se coordonnent, ce qu'ils s'efforcent à faire depuis les dernières décennies (2).

1. Des outils puissants à la disposition des acteurs publics

L'un des outils les plus importants dont dispose le *public enforcement* aux États-Unis pour assurer l'effectivité de la mise en œuvre des règles de concurrence est bien évidemment le

pouvoir d'enquête du *Department of Justice* américain. Depuis 1974, la participation à un cartel est un crime en droit fédéral américain. C'est pourquoi, lorsqu'elle mène des poursuites pénales, l'*Antitrust Division* du Département de justice fédéral est autorisée à utiliser les moyens d'enquête dont se servent d'autres « divisions » du Département de justice dans la lutte contre la criminalité organisée ou le trafic de stupéfiants, par exemple¹⁴. Elle peut dès lors avoir recours aux enquêteurs du *Federal Bureau of Investigation* (FBI) et à d'autres agences fédérales d'enquête, à des avocats spécialisés dans la lutte contre les cartels et au *grand jury* fédéral américain¹⁵. Le *grand jury* a le pouvoir d'exiger la communication de documents (via des *subpoena*, l'équivalent des ordonnances dans le système français) et la comparution de témoins qui doivent témoigner sous serment. Enfin, l'*Antitrust Division* a également, de nos jours, recours à la surveillance électronique (enregistrement de conversations et/ou d'images). Une loi fédérale de 2006¹⁶ a inscrit les infractions *antitrust* dans la liste des infractions pénales justifiant l'usage de surveillance électronique, ce qui est venu faciliter l'utilisation, par le *Department of justice*, de ces moyens lors des enquêtes de concurrence.

Par ailleurs, ces moyens d'investigation sont protégés par le droit pénal américain, ce qui renforce leur efficacité. Ainsi, l'obstruction aux enquêtes menées par l'*Antitrust Division* sur des cartels est souvent considérée comme un crime fédéral. Un témoin qui comparait sous serment devant le *grand jury* fédéral et qui produit volontairement un faux témoignage se rend coupable de parjure¹⁷. Produire de faux témoignages devant les enquêteurs de l'institution ou du FBI constitue également un délit¹⁸.

Des garanties procédurales viennent réglementer l'utilisation par l'*Antitrust Division* de ses moyens d'investigation, sans que cela n'affecte toutefois l'efficacité de ces outils. Ainsi, les inspections qu'elle effectue doivent respecter les exigences du quatrième amendement de la Constitution des États-Unis et donc être justifiées par un risque probable de survenance d'une infraction et être autorisées par un mandat de perquisition délivré par un juge fédéral. Dans le même sens, la surveillance électronique ne peut être mise en place que s'il existe des raisons de

¹⁴ J.-C. Roda, "Les enquêtes en droit américain de la concurrence", *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n° 17, pp. 2-4.

¹⁵ B. Baer, "Public and Private Antitrust Enforcement in the United States", précité.

¹⁶ Antitrust Criminal Investigative improvement Act, 2005, art. 443.

¹⁷ *Ibid.* Voir aussi 18 U.S.C. §§ 1621, 1623.

¹⁸ 18 U.S.C. § 1001.

croire qu'une infraction aux règles de concurrence est sur le point de se produire et que les procédures normales d'enquêtes seraient inefficaces pour l'empêcher¹⁹.

Lorsqu'elle poursuit civilement des infractions au droit fédéral de la concurrence, l'*Antitrust Division* dispose de moyens d'enquêtes moins importants que dans le cadre des poursuites pénales. Ils se sont toutefois prouvés efficaces dans la lutte contre les ententes occultes²⁰. Ces moyens sont similaires à ceux dont la FTC dispose lors de ses investigations. Les deux institutions ont le pouvoir de transmettre des demandes de renseignements aux entreprises. Ces « *civil investigative demands* » (CID) peuvent être envoyées à toute personne qui est « *susceptible de détenir des informations utiles* » et elles prennent souvent la forme d'un questionnaire détaillé accompagné d'une demande de production de documents²¹. Les témoignages doivent être fournis sous serment, ce qui permet de s'assurer de la véracité des propos tenus, compte tenu des sanctions applicables aux faux témoignages, présentées ci-dessus. Les demandes de renseignement des autorités fédérales sont un outil intéressant car elles laissent la possibilité pour les entreprises visées de refuser d'y répondre. En effet, les CID ne sont pas des injonctions et seule une Cour fédérale peut, sur requête de l'autorité émettrice, ordonner au destinataire de se conformer à la demande. En outre, le destinataire peut également contester la validité des demandes de renseignement devant un juge lorsque celle-ci ne répond pas aux conditions posées par le droit fédéral. Les CID doivent, en effet, comporter certaines informations précises telles que, entre autres, une description du comportement visé par l'enquête, la liste des pièces à fournir et l'identité de l'agent responsable de l'investigation²².

Enfin, comme dans l'Union européenne, les enquêtes des autorités fédérales de concurrence sont aidées, dans une grande mesure, par les programmes de clémence, lesquels permettent à des entreprises ou à des personnes physiques de dénoncer des cartels en échange d'une immunité de sanctions. Aux États-Unis, ces programmes ont été introduits en 1993 et 1994 et se sont révélés très utiles, notamment pour la condamnation d'entreprises étrangères. Il convient de noter qu'eu égard à la nature civile ou pénale des poursuites intentées par le *Department of Justice*, les programmes de clémence permettent de bénéficier d'une immunité

¹⁹ J.-C. Roda, "Les enquêtes en droit américain de la concurrence", précité, et 18 U.S.C. § 2518, dit "*wiretap statute*".

²⁰ J.-C. Roda, "Les enquêtes en droit américain de la concurrence", précité.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.* Voir aussi 15 U.S.C. § 1311 et s.

contre une sanction pénale. La question de la responsabilité civile des bénéficiaires de clémence sera détaillée dans la suite du devoir.

Ces moyens très puissants d'investigation se sont révélés efficaces dans la lutte contre les ententes occultes. A cause de la nature même de ces infractions, il est extrêmement difficile et coûteux de récolter des preuves de leur existence. Cela explique que, malgré la très forte dominance du *private enforcement* en droit américain de la concurrence, le *public enforcement* demeure indispensable dans ce domaine, tout comme dans le contrôle des concentrations, où l'acquisition de preuves s'avère être aussi une opération coûteuse²³.

Enfin, il convient de noter que les sanctions pénales prévues par le *Sherman Act* et applicables à l'issue d'un recours initié par le *Department of Justice* sont des moyens suffisamment dissuasifs pour assurer une mise en œuvre efficace des règles de concurrence. En effet, bien que les sanctions pécuniaires prononcées par les juridictions fédérales américaines à la suite d'une saisine effectuée par la sphère publique restent en deçà de ce qui se pratique dans l'Union européenne²⁴, il ne faut pas oublier que les juges américains combinent ces sanctions avec des peines d'emprisonnement pour les chefs d'entreprises, qui peuvent aller jusqu'à 10 ans de réclusion criminelle.

2. Les efforts de coordination des acteurs de la sphère publique, gage d'une application plus cohérente des règles de concurrence

Depuis plusieurs décennies déjà, les acteurs publics ont renforcé leur coordination dans la mise en œuvre du droit fédéral de la concurrence. Des relations se sont développées, de manière horizontale, entre les acteurs agissant à l'échelon fédéral (FTC et *Antitrust Division*),

²³ "Relationship between public and private antitrust enforcement - United States", 121st meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, OCDE, 15 juin 2015 (DAF/COMP/WP3/WD(2015)11).

²⁴ Voir notamment : Autorité de la Concurrence, Entrée Libre n°8, Mai-Août 2010.

et des dialogues « verticaux », entre l'échelon fédéral et le niveau étatique, sont également apparus.

Comme nous l'avons détaillé plus haut, les chevauchements des compétences des institutions fédérales en droit *antitrust* ont obligé ces dernières à segmenter le travail par domaines de compétence. En outre, les deux institutions ont établi depuis 1949 un mécanisme obligeant celle qui souhaite initier une procédure à contacter l'autre institution pour obtenir son autorisation. En cas de conflit, l'affaire sera attribuée à l'agence qui est la plus compétente sur le sujet. Ce mécanisme a toujours permis d'éviter que les deux institutions se saisissent de la même affaire²⁵. Mais les efforts de coordination se révèlent encore plus intéressants en droit des concentrations puisque les deux institutions fédérales et les États fédérés y ont compétence. Ce domaine apparaît donc comme un terrain fertile pour le développement de relations verticales et horizontales entre les acteurs qui composent la sphère publique.

En droit des concentrations, les deux institutions fédérales se répartissent les affaires, promulguent de manière conjointe des lignes directrices sur les concentrations horizontales²⁶, et respectent la même jurisprudence (*courts precedents*)²⁷. Les États sont également compétents pour contester une concentration devant les juridictions fédérales²⁸ et ils coordonnent leur activité au sein du *Multistate Antitrust Task Force* du *National Association of Attorneys General* (NAAG), comité du NAAG qui leur permet de mener des actions conjointes devant les juridictions fédérales en droit des concentrations.

Le NAAG est, plus largement, l'occasion pour les États de coordonner leur manière de mettre en œuvre le droit de la concurrence dans son ensemble. Créée en 1907, cette association est née de la volonté des États de se concerter sur l'interprétation à donner aux droits de la concurrence, dans la perspective de mener des actions en justice « multi-États » devant les

²⁵ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

²⁶ Horizontal Merger Guidelines, FTC and U.S. Department of Justice, 19 août 2010.

²⁷ B. Baer, "Public and Private Antitrust Enforcement in the United States", précité.

²⁸ Voir *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990).

juridictions nationales²⁹. Le NAAG a notamment permis aux États d'établir des lignes directrices communes relatives aux restrictions verticales³⁰ et de s'émanciper de l'interprétation des règles de concurrence par le niveau fédéral, et en particulier par le *Department of Justice*. Nous reviendrons sur ce point dans les suites de l'étude³¹.

Ces moyens de coordination horizontale sont complétés par une coordination verticale entre les acteurs du *public enforcement*. Ce besoin de coordination s'explique par le fait que les actions en justice menées par les États, en droit des concentrations, ne réussissent généralement que lorsqu'elles sont également soutenues par les institutions fédérales. Les agences fédérales ont donc établi un protocole leur permettant de coopérer avec les États lors des enquêtes en matière de concentrations³². Cet accord prévoit notamment que des contacts doivent s'établir entre les agences fédérales et les procureurs généraux des États dès le début des enquêtes jointes. Les différents acteurs doivent ensuite se concerter et se répartir la charge de transmettre des demandes de productions de pièces aux parties à la concentration ainsi que l'analyse de ces pièces, afin d'éviter que ces parties aient à subir plusieurs demandes similaires.

Des relations verticales se sont également développées en droit *antitrust*, et plus particulièrement dans le cadre d'actions en justice intentées à l'encontre d'infractions *per se*, tels que des cas de fixation horizontale ou verticale des prix³³. Si, aux premiers abords, l'intérêt de ces relations semble surtout se trouver dans un sens ascendant, et il est vrai que les États bénéficient alors d'un accès à des expertises économiques coûteuses, les institutions fédérales tirent également profit de cette coordination. L'étendue du territoire américain les empêche en effet d'assurer un contrôle rigoureux des violations au droit *antitrust*, et les contacts dont elles disposent avec les États leur permettent de s'appuyer sur les connaissances approfondies qu'ont ces derniers du fonctionnement de leur économie nationale. Par exemple, la connaissance

²⁹ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

³⁰ National Association of Attorneys General, 22 ANTITRUST REP., March 1995, at 3.

³¹ Voir Titre I, I, B.

³² Protocol for Coordination in Merger Investigations between the Federal Enforcement Agencies and States Attorneys General (Mar. 1998).

³³ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

qu'ont les États des marchés nationaux de la santé excéderait celle acquise par les agences fédérales³⁴.

L'un des derniers succès du *public enforcement* aux États-Unis est également un exemple de coordination entre les différents niveaux d'acteurs de la sphère publique. L'affaire *Microsoft* a mené à la condamnation de l'entreprise pour maintien de monopolisation sur le marché des systèmes d'exploitation³⁵. En 1998, l'*Antitrust division*, vingt États américains et le *District* de Columbia ont portés plaintes contre Microsoft, pour violation des sections 1 et 2 du *Sherman Act*. Cette affaire, dont le volet principal s'est terminé en 2002, a été vue comme une victoire importante pour le *Department of Justice*. En effet, près de vingt ans après les dernières poursuites fédérales lancées par le gouvernement pour violation de l'article 2 du *Sherman Act*, le *Department of Justice* a démontré sa capacité à mener une action en justice rapide à l'encontre d'une des entreprises américaines les plus puissantes³⁶.

Malgré les avantages que présente le *public enforcement* aux États-Unis, et nous retiendrons en particulier les moyens importants d'investigations qui sont mis à disposition de l'*Antitrust Division* lors de ses enquêtes pénales, les statistiques des procédures judiciaires démontrent que le *public enforcement* manque pourtant d'attractivité³⁷.

B. Les inconvénients du *public enforcement* américain

Les faiblesses du *private enforcement* américain s'expliquent, d'une part, par la complexité des relations horizontales entre les agences fédérales et par les chevauchements de compétences auxquelles elles font face (1). D'autre part, des problèmes de coordination

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34, D.C. Cir. 2001.

³⁶ J.C.-. Roda, "Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation", in Dossier spécial « affaire *Microsoft* », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n° 17.

³⁷ Titre I, Introduction.

persistent entre l'échelon fédéral et les États, ce qui nuit à la bonne mise en œuvre des règles de concurrence par la sphère publique (2).

1. Les chevauchements de compétence entre les agences fédérales

L'un des plus grands problèmes du *public enforcement* aux États-Unis réside dans la présence même de deux agences fédérales pour mettre en œuvre le droit de la concurrence. Ainsi, malgré la présence d'un mécanisme de dialogue entre les agences pour la répartition des affaires ainsi qu'un partage des affaires selon les secteurs d'activités concernés, il apparaît que ce partage de compétence devient de plus en plus flou au fil du temps, à cause du développement de nouveaux secteurs d'activités³⁸. Un mécanisme informel de discussion entre les responsables des deux agences semble alors se substituer à une méthode pragmatique et transparente.

Le problème du partage de compétences entre les agences fédérales est encore aggravé par les différences procédurales qui existent entre les agences. En matière de contrôle des concentrations par exemple, les procédures du *Department of Justice* sont beaucoup plus rapides que celles de la FTC. L'*Antitrust division* n'ayant pas de pouvoir de décision, la procédure est judiciaire et elle dure le temps pour la district court concernée d'adopter une *preliminary injunction*. La FTC, au contraire, conduit une procédure administrative qui peut durer plusieurs années. Deux entreprises parties à une concentration vont donc préférer que ce soit le *Department of Justice* qui étudient leur projet³⁹. Au contraire, dans le domaine du droit antitrust, les entreprises vont avoir davantage d'intérêts à ce que la FTC analyse leurs pratiques puisque celle-ci ne peut les sanctionner que par une ordonnance de cesser et s'abstenir (*cease-and-desist order*), bien que des sanctions pécuniaires puissent ensuite être prononcées par une

³⁸ B. E. Hawk et James D. Veltrop, "Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons For the European Community", in P. J. Slot et A. McDonnell (dir.), "Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law", *Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 1993.

³⁹ *Ibid.*

juridiction fédérale sur saisine du FTC, alors que le *Department of Justice* peut prononcer à leur encontre des sanctions pénales⁴⁰.

Enfin, la difficulté pour les deux agences fédérales de se coordonner et de partager leur activité s'explique également par la différence de nature entre les deux institutions. Le *Department of Justice* est l'émanation de l'Etat fédéral américain et poursuit une vision du droit de la concurrence plus politique et centrée sur la lutte contre la concentration du pouvoir économique. La FTC, par opposition, a un rôle davantage orienté vers la protection des consommateurs américains. Même si aujourd'hui, les agences fédérales s'accordent sur leur compréhension des règles de concurrence (le fait qu'elles produisent des lignes directrices jointes sur les restrictions horizontales en est la preuve⁴¹), leurs différences idéologiques ont pu se faire sentir par le passé. En 1985, sous le gouvernement Reagan, le *Department of Justice* a adopté des lignes directrices sur les restrictions verticales particulièrement débattues, à cause de leur grande tolérance à l'égard des restrictions verticales. Dénonçant leur caractère politique, ni la FTC ni la *National Association of Attorneys General* n'adoptèrent ces lignes directrices.

2. *La difficile coordination entre l'échelon fédéral et l'échelon étatique du public enforcement*

Les acteurs du *public enforcement* qui se trouvent à des échelons différents ont également connu des difficultés pour coordonner leurs approches du droit de la concurrence. Comme nous l'avons vu précédemment⁴², les États ont développé leur propre droit de la concurrence lequel présente souvent des règles plus strictes à l'égard des entreprises. Par exemple, certains États américains comme la Californie reconnaissent la répercussion des surcoûts (*passing-on defence*) comme un moyen de défense lors d'un recours en réparation. Cette théorie est pourtant rejetée en droit fédéral de la concurrence. La *Supreme Court* voit dans la *passing-on defence* un moyen de décourager les actions intentées par les acheteurs directs,

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, avril 2000.

⁴² Partie I, Introduction.

puisqu'ils risquent de voir le montant des dommages et intérêts qui leurs sont octroyés réduit. Préférant privilégier les actions en réparation des acheteurs directs (lesquels sont souvent des entreprises, plus enclines à engager des procédures judiciaires), la *Supreme Court* a choisi de refuser l'invocation de la répercussion des surcoûts comme moyen de défense dans sa célèbre décision *Hanover Shoe*⁴³. Nous reviendrons sur ce sujet dans la suite du devoir puisque dans l'Union européenne, la solution inverse a été adoptée par la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014.

Par ailleurs, désireux de préserver les spécificités des droits étatiques, les procureurs généraux des États avaient, eux aussi, refusé d'adopter les lignes directrices sur les restrictions verticales développées par le *Department of Justice* en 1985. Ils avaient alors développé leurs propres lignes directrices, beaucoup plus strictes. Dans leur version révisée de 1995, elles ne faisaient pas référence aux lignes directrices du *Department of Justice* mais affirmaient, au contraire, la prévalence du rôle des États dans la lutte contre les restrictions verticales⁴⁴.

La procédure d'*amicus curiae* permettant aux *Attorneys General* de soumettre leurs observations aux juridictions fédérales a pu mettre en évidence, à plusieurs reprises, des divergences de conception entre l'échelon fédéral et l'échelon étatique, voir entre les différents États eux-mêmes. Citons simplement, à titre d'exemple, les affaires *Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Co.* de 1992⁴⁵, *FTC v. Ticor Title Insurance Co.*⁴⁶ de 1991, où des États ont présentés des positions opposées à celles soutenues par les agences fédérales.

Enfin, l'un des problèmes persistant du *public enforcement* américain est le manque d'expérience des juridictions étatiques en droit de la concurrence, ce qui explique que les plaintes soient, pour la grande majorité, dirigées directement vers les juridictions fédérales.

En conclusion, si le fonctionnement du *public enforcement* américain semble s'être amélioré aux cours des dernières décennies, notamment en ce qui concerne les relations et les échanges entre les différents acteurs des différents niveaux, la sphère publique présente toujours certains problèmes majeurs, comme le fait qu'elle soit composée d'un grand nombre d'acteurs

⁴³ *Hanover Shoe & Co v United Shoe machinery Corporation*, 392 US 481 (1968).

⁴⁴ B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

⁴⁵ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

⁴⁶ *FTC v. Ticor Title Insurance Co.*, 504 U.S. 621 (1992).

avec des compétences qui se chevauchent. Les pouvoirs d'enquêtes importants du *Department of Justice* apparaissent comme l'un des avantages de ce système, mais il est permis de douter sur la capacité du *public enforcement* américain à adopter des sanctions dissuasives. L'affaire *Microsoft*, un des derniers succès du *Department of Justice* en matière de droit de la concurrence, est paradoxalement un exemple frappant du manque d'efficacité des sanctions prononcées. Dans cette affaire, la rapidité de l'enquête ainsi que la capacité du *Department of Justice* à faire condamner une des plus importantes entreprises américaines pour maintien de monopolisation a été amplement salué. Cependant, malgré sa condamnation, Microsoft a conservé une position quasi-monopolistique sur le marché des systèmes d'exploitation⁴⁷.

En comparaison, le *private enforcement* américain apparaît beaucoup plus attractif : les actions privées permettent aux demandeurs de récupérer des sommes importantes, dépassant le montant du préjudice subis, et les *class actions* sont un outil redoutable pour lutter contre les pratiques des grandes entreprises.

II. Le rôle du *private enforcement* aux États-Unis

Avant d'étudier le rôle que tient le *private enforcement* aux États-Unis dans la mise en œuvre du droit fédéral de la concurrence, l'on peut s'interroger sur la nécessité de l'action privée en droit de la concurrence, alors que l'action publique vise déjà à mettre en œuvre ces règles. En effet, l'un des intérêts principaux du *public enforcement* est sa capacité à mener des enquêtes coûteuses, pour déceler des infractions occultes. Les parties privées, au contraire, manquent de moyens, ce qui rend nettement plus difficile des actions *stand-alone* contre des pratiques secrètes. Toutefois, il s'avère que les entreprises ont un accès facilité à des preuves de restrictions verticales ou de pratiques d'évictions constituant des abus de positions dominantes, contre lesquelles elles peuvent mener des actions *stand-alone*⁴⁸. Le *private enforcement* assure donc un complément à l'action publique à travers, d'une part, des actions

⁴⁷ J.C.-. Roda, "Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation", in Dossier spécial « affaire *Microsoft* », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n° 17.

⁴⁸ R. Van Den Bergh, "Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n°1, 2013, pp. 12--34.

en *follow-on* qui permettent aux demandeurs d'obtenir réparation du préjudice subis et qui renforcent le caractère dissuasif des sanctions prononcées par les autorités de concurrence ou juridictions nationales, et également à travers, d'autre part, des actions en *stand-alone* qui poursuivent aussi ces deux objectifs. Nous reviendrons bien entendu sur la manière dont les deux objectifs sont agencés et sur la capacité du *public enforcement* et du *private enforcement* à assurer de manière adéquate chacun des buts dans la suite de l'étude.

Aux États-Unis, le nombre d'actions privées en droit de la concurrence a augmenté de manière très importante à partir des années 1960 et c'est l'année 1977 qui a connu le plus grand nombre d'affaires introduites⁴⁹. Cet accroissement s'explique par l'évolution jurisprudentielle qu'ont connue les cours fédérales américaines : dans les années 1960, les juges américains ont cherché à étendre l'application de la doctrine *per se* (jusqu'alors réservée aux accords horizontaux de fixation des prix) à plusieurs cas de restriction horizontale et verticale⁵⁰. L'allègement de l'objet de la preuve au bénéfice des demandeurs qui s'en est suivi a alors incité les victimes à introduire des actions en justice. Cette tendance s'est inversée à partir des années 1980. Sous l'influence de l'école de Chicago, les juges ont requis des demandeurs qu'ils produisent davantage de preuves économiques pour soutenir leurs demandes et qu'ils démontrent que la structure de la concurrence a été atteinte par le comportement reproché. L'introduction de cette *rule of reason* a nécessairement rendu plus difficile le succès des actions en réparation, et leur nombre s'est progressivement réduit sur la décennie 1980-1990. Depuis les années 1990, le nombre de recours introduits a de nouveau augmenté de manière progressive, notamment sous l'effet du programme d'amnistie pour les bénéficiaires de clémences⁵¹, que nous détaillerons dans la suite⁵².

Pour comprendre le rôle du *private enforcement* américain dans la mise en oeuvre des règles de concurrence, il importe d'étudier, dans une première partie, les raisons de son succès (A). Dans une deuxième partie, nous étudierons plus particulièrement le fonctionnement des actions collectives américaines (*class actions*). Très puissantes, elles représentent la majorité

⁴⁹ "Relationship between public and private antitrust enforcement", document du Secrétariat de l'OCDE pour le groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi, 2015, DAF/COMP/WP3(2015)14.

⁵⁰ *Ibid.* Voir aussi : *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) où les restrictions territoriales de vente dans un réseau de distribution sont considérées par la *Supreme Court* comme des restrictions *per se*.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Voir Titre 1, II, A.

des recours intentés par les parties privées. Mais elles sont aussi un exemple frappant des dérives que peut connaître le *private enforcement* aux États-Unis (B).

A. Les avantages du *private enforcement* américain

Le *private enforcement* en droit américain est caractérisé par plusieurs éléments et notamment par la possibilité d’octroyer un dédommagement au triple (*treble damages*), par l’exclusion de la répercussion des surcoûts (*passing-on defence*), par la procédure de *discovery*, qui permet à une partie d’accéder aux preuves détenues par son adversaire, par la possibilité de conclure des accords de paiement d’honoraires conditionnels dépendant du succès de l’action intentée (*contingency fees agreements*), par la limitation de responsabilité des des bénéficiaires de clémence, et enfin par le modèle des *class actions*. Nous étudierons le modèle américain des *class actions* dans la seconde sous-partie de ce titre⁵³.

Ces règles sont particulièrement attractives pour les parties privées aux États-Unis. Elles comportent plusieurs éléments qui permettent la récupération de sommes importantes au titre de dommages et intérêts (1) et qui facilitent l’accès des demandeurs aux preuves (2).

1. Des dispositifs incitant financièrement les recours en réparation

L’octroi de *treble damages* (soit un dédommagement au triple), auxquels sont ajoutés les frais de justice et les frais d’avocats⁵⁴, est l’un des éléments caractéristiques du *private enforcement* aux États-Unis. Il vise deux objectifs : inciter les parties privées à entrer dans des procédures judiciaires coûteuses et dissuader les entreprises de commettre des infractions au droit de la concurrence. La Cour suprême des États-Unis admet clairement ces deux buts. Elle reconnaît que : “*By offering potential litigants the prospect of a recovery in three times the amount of their damages, Congress encouraged these persons to serve as ‘private attorneys*

⁵³ Partie 1, II, B.

⁵⁴ 15 U.S.C. § 15.

*general*⁵⁵ (“*En offrant aux justiciables la perspective d’un recouvrement au triple du montant du dommage, le Congrès a encouragé ces personnes à endosser le rôle de “procureur général privé”*”). Par ailleurs, elle qualifie les *treble damages* de “*crucial deterrent to potential violators*”⁵⁶ (“élément dissuasif crucial pour les contrevenants potentiels”). Avec cet outil puissant, le *private enforcement* américain poursuit avec efficacité deux des trois objectifs principaux du droit de la concurrence : l’objectif compensatoire et punitif⁵⁷. Si ces dommages et intérêts punitifs qui dépassent le montant du préjudice pourraient être appréhendés comme constituant une forme d’enrichissement sans cause, certains auteurs y voient une manière de compenser le demandeur des coûts dont il a dû s’acquitter pour produire des preuves (et notamment pour quantifier le dommage) et du temps consacré à la procédure judiciaire⁵⁸. En outre, ces sanctions auraient un effet dissuasif supérieur à celui des sanctions imposées par le *Department of Justice* en matière de concurrence⁵⁹.

L’interdiction de l’invocation de la répercussion des surcoûts (*passing-on defence*) et l’absence de droit d’action des acquéreurs indirects sont deux autres caractéristiques importantes des actions judiciaires intentées par des parties privées. Le refus de la *passing-on defence* a été consacré par la Cour Suprême dans l’arrêt *Hanover Shoe* de 1968⁶⁰, tandis que le refus des actions des acquéreurs indirects a été affirmé par l’arrêt *Illinois Brick* de 1977⁶¹. Ces deux principes sont perçus comme des moyens d’encourager les acquéreurs directs à agir en justice⁶². Comme nous l’avons vu plus haut, la Cour Suprême conçoit les acteurs privés comme des “*procureurs généraux privés*”⁶³. Compte tenu de leur importance pour assurer le respect des règles de concurrence, il apparaît logique de chercher à inciter leurs recours en justice. L’octroi de *treble damages* est un premier moyen d’incitation. Le rejet de la *passing-on defence* et l’absence de droit d’action des acquéreurs indirects en est un second. Il s’avère, en effet, que les acquéreurs directs, au contraire des acquéreurs indirects, sont, le plus souvent, des

⁵⁵ *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972).

⁵⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 635 (1985).

⁵⁷ Titre 1, Introduction.

⁵⁸ R.H. Lande et J.P. Davis, « Benefits From Private Enforcement : An Analysis of Forty Cases », précité.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

⁶¹ *Illinois Brick Co. v. Illinois* 431 U.S. 720 (1977).

⁶² R. Amaro, “Fasc. 316 : Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. - Actions. Compétences”, *JCL Concurrence - Consommation*, LexisNexis, 2015.

⁶³ *Hawaii*, précité.

entreprises, lesquelles sont, par nature, plus disposées à entrer dans des procédures judiciaires longues et coûteuses. La *passing-on defence* pouvant apparaître comme décourageant les acquéreurs directs à agir en justice (puisque, par voie de conséquence, cet argument vise à réduire le montant des indemnités pouvant être octroyées au demandeur), son refus permet, lui, de favoriser de telles actions, quitte à autoriser une compensation dépassant le montant réel du préjudice. Et puisque la répercussion des surcoûts n'est pas un moyen de défense, l'action des acquéreurs indirects ne peut pas être tolérée, au risque sinon de permettre le paiement de dommages et intérêts multiples. Tel est la motivation de la décision *Illinois Brick* dans laquelle la Cour Suprême craint d'autoriser des “*dédommagements qui se superposent*” (“*overlapping recoveries*”⁶⁴).

Enfin, la possibilité de conclure des accords de paiement d'honoraires conditionnels dépendant du succès de l'action intentée (*contingency fees agreements*) constitue encore un autre moyen d'inciter les parties privées à intenter des actions en justice. En concluant un tel accord, le plaignant ne payera son avocat qu'en cas d'obtention de dommages et intérêts, soit à la suite d'un arrangement avec la partie adverse, soit en cas de décision judiciaire favorable. L'avocat sera alors rémunéré selon un pourcentage de la somme récupérée (généralement aux alentours de 33%⁶⁵). Cependant, les *contingency fees agreements* ne suppriment pas l'obligation de payer les frais liés à la procédure judiciaire, et notamment à une éventuelle procédure de *discovery*⁶⁶, qui incombent au justiciable. Cette option présente, a priori, un double intérêt pour le demandeur : un intérêt financier, tout d'abord, puisque la partie n'a pas à avancer de frais d'avocats et ne sera tenue d'en payer qu'en cas de réussite de la procédure ; un intérêt “psychologique”, ensuite, puisque faire dépendre la rémunération de l'avocat de la réussite de la procédure engagée encourage ce dernier à défendre au mieux son client.

⁶⁴ *Illinois Brick*, précité, pp. 431 U. S. 730-731.

⁶⁵ www.rotlaw.com/legal-library/what-is-a-contingency-fee.

⁶⁶ *Ibid.*

2. Des dispositifs facilitant l'accès des demandeurs aux preuves

L'un des freins principaux aux recours en justice formés par les parties privées en droit de la concurrence est la difficulté de produire des preuves, notamment lorsque les demandeurs sont victimes d'une entente occulte. Sur ce point également, le droit américain prévoit des dispositifs facilitant l'accès des parties privées aux éléments de preuves.

En premier lieu, les recours en réparation sont bien évidemment facilités lorsqu'une décision sanctionnant une pratique anticoncurrentielle a déjà été adoptée par une juridiction fédérale. Ainsi, un jugement final constatant une violation des règles de concurrence et rendu à la suite d'une action civile ou pénale intentée au nom ou par le gouvernement fédéral peut être utilisé comme un commencement de preuve (preuve *prima facie*) dans le cadre d'un procès civil⁶⁷. Un consentement sur jugement (*consent judgement*), rendu par un juge à la suite d'un accord entre les parties, peut également constituer une preuve *prima facie*, à condition que l'entreprise contrevenante ait avoué par déposition le comportement reproché⁶⁸. Par ailleurs, le *Clayton Act* autorise les *Districts courts* à donner autorité de chose décidée (*conclusive effect*) à un jugement définitif qui conclue une procédure initiée par le *Department of Justice*. Cela restreint fortement le droit de la défense de l'entreprise préalablement condamnée puisqu'elle ne pourra pas réfuter les constats faits par le jugement initial, dès lors que ceux-ci peuvent être qualifiés de "crucials et nécessaires" ("*critical and necessary*") au dispositif dudit jugement⁶⁹. En pratique, cette possibilité est davantage utilisée dans le cas où le jugement initial a été rendu en matière pénale puisque, eu égard au domaine concerné, il est légitime d'estimer que le défendeur avait présenté tous ses arguments lors de la procédure initiale⁷⁰.

En deuxième lieu, les recours en *stand-alone* des parties privées sont également facilités par la procédure américaine de *discovery*. Ces règles applicables à tout procès civil permettent à une partie d'enjoindre la partie adverse de produire, entre autres, des documents et des

⁶⁷ 15 U.S.C. section 16(a).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Getting the Deal Through: Private Antitrust Litigation 2016*, Global Competition Review, 2015, pp. 157-162.

⁷⁰ *Ibid.*

informations électroniques, d'autoriser des inspections menées par la partie demanderesse ou ses représentants dans les locaux de la partie adverse⁷¹. Ces requêtes peuvent potentiellement être formulées de manière large, ce qui facilite grandement l'accès du demandeur aux preuves mais porte atteinte au secret des affaires. La Cour Suprême semble pourtant voir dans cette procédure la garantie d'un procès équitable, puisqu'elle permet de rétablir l'équilibre entre les parties dans l'accès aux informations. Dans l'arrêt *Hickman v. Taylor*, le juge Murphy affirmait ainsi : *“The deposition discovery rules are to be accorded a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of ‘fishing expeditions’ serve to preclude a part from inquiry into the facts underlying his opponent’s case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession”*⁷² (*“Les règles sur la divulgation de dépositions doivent se voir accorder un traitement large et libéral. Il n'est plus possible pour la traditionnelle plainte “d'enquête à l'aveuglette” de permettre d'exclure une partie de l'enquête sur les faits qui soutiennent la cause de son adversaire. Une connaissance mutuelle de tous les faits pertinents réunis par les deux parties est essentielle pour assurer un bon procès. A cette fin, chaque partie peut exiger de l'autre la révélation de toute sorte de faits qu'il a en sa possession”*). Les procédures de *discovery* peuvent s'avérer longues et coûteuses pour les défendeurs et elles peuvent mener à porter atteinte au secret des affaires en divulguant des informations stratégiques sur les entreprises. Pour ces raisons, la Cour Suprême a décidé de durcir ses exigences concernant les preuves que le demandeur doit apporter pour pouvoir accéder à la *discovery*. Elle estime dans l'arrêt *Bell Atlantic Corp v Twombly*⁷³ que la plainte doit franchir la ligne entre possibilité et plausibilité (*to cross “the line between possibility and plausibility”*).

Enfin, les recours entrepris par les acquéreurs directs sont encore encouragés par la coopération que les bénéficiaires de clémence peuvent leur apporter. L'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA) de 2004 permet en effet aux bénéficiaires d'une immunité de ne plus être solidairement responsables du dommage causé par l'entente incriminée, sous certaines conditions. Afin de bénéficier de cette limitation de responsabilité, le bénéficiaire de clémence doit coopérer de manière suffisante (offrir une *“satisfactory*

⁷¹ FED R CIV P 34.

⁷² *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 501 (1947).

⁷³ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

cooperation”) avec le demandeur dans le cadre du recours en réparation. Le cas échéant, sa responsabilité civile est limitée à sa part de responsabilité dans le montant total du dommage, avant triplement. Le risque d’être condamné à payer un dédommagement au triple incite fortement les bénéficiaires d’immunité à coopérer avec les victimes dans des procès civils. Cette incitation est renforcée par le fait que les bénéficiaires de clémence sont parfois les plus exposés aux recours en réparation, puisque la décision d’octroi de la clémence est rendue avant la décision finale sur la pratique anticoncurrentielle.

Ces différents dispositifs mis en place par le droit américain pour encourager les actions des parties privées (et, plus particulièrement, des acquéreurs directs) permettent de contrebalancer les deux freins principaux aux actions judiciaires des parties privées, soit le coût de l’action et le difficile accès aux preuves. Cependant, le manque d’incitation des parties privées à intenter des actions civiles s’explique aussi par le montant souvent faible du préjudice. C’est cet obstacle que les *class actions* permettent de franchir. Si les règles américaines sur les procédures collectives se révèlent puissantes et semblent parvenir à leur objectif, elles sont aussi un exemple des travers du *private enforcement* américain.

B. Les class actions, outils surpuissants du private enforcement

Le modèle américain d’actions collectives parvient à contrebalancer les obstacles qui découragent les acteurs privés à entreprendre des actions en justice, soit l’apathie des victimes individuelles et le risque de *free-riding*⁷⁴ (1). Cependant, les *class actions* sont vivement critiquées par une partie de la doctrine qui considère qu’elles ne permettent pas une réparation juste des préjudices subis par les consommateurs, bien qu’elles soient très lucratives pour les avocats qui représentent les groupes et très dangereuses pour les entreprises poursuivies (2).

⁷⁴ R. Van Der Bergh, “Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem”, précité.

1. *Un outil efficace et indispensable pour le private enforcement américain*

Pour pouvoir intenter une action judiciaire, la *class* doit être certifiée par une juridiction. Quatre conditions lui sont alors imposées : le groupe doit être tellement important qu'une jonction de plusieurs actions civiles intentées par chacun des membres serait impossible ; il doit exister des questions de droit ou de fait communes au groupe ; les demandes formulées par les représentants du groupe doivent être caractéristiques des demandes formulées par le groupe ; les représentants du groupe doivent protéger justement et de manière adéquate les intérêts du groupe⁷⁵. Outre ces conditions, le groupe doit entrer dans l'une des trois catégories admises pour pouvoir intenter une action collective. Généralement, en droit de la concurrence, les groupes entrent dans le troisième type de *class actions*, soit lorsque "*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*"⁷⁶ ("les questions de droit ou de fait communes aux membres du groupe prédominent toute question qui affecte seulement des membres individuels, et qu'une action de groupe est préférable à toute autre méthode disponible pour régler justement et de manière efficiente le litige").

En 2005, le *Class Action Fairness Act* a étendu la compétence des juridictions fédérales sur les *class actions*, dans une perspective assumée de réduction du nombre de *class actions*⁷⁷. Les juridictions fédérales sont donc compétentes pour trancher les actions intentées par les *class actions* comprenant au moins 100 membres et alléguant un préjudice total supérieur à 5 millions de dollars, même si les parties à l'action judiciaire ne résident pas toutes dans des États différents. Cette extension de la compétence des juridictions fédérales sur les *class actions* a pour but de limiter le nombre de décisions adoptées par les juridictions étatiques, lesquelles sont souvent très réceptives aux demandes des plaignants, ce qui donne parfois lieu à des abus, comme nous le verrons dans la sous-partie suivante⁷⁸. Le *Class Action Fairness Act* exige également des juridictions fédérales qu'elles mènent un examen approfondi des règlements consensuels adoptés lors des recours collectifs.

⁷⁵ FED R CIV P 23(a).

⁷⁶ FED R CIV P 23(b)(3).

⁷⁷ W. Branigin, "Congress Changes Class Action Rules", *The Washington Post*, 17 février 2005.

⁷⁸ Partie I, II, B, 2.

Si les *class actions* sont le moyen d'action principal du *private enforcement* aux États-Unis, c'est parce qu'elles permettent de mettre un terme aux derniers frein empêchant les consommateurs à agir en justice. En effet, bien que l'éventualité d'un dédommagement au triple et les moyens de facilitation de la preuve sont à même d'encourager les recours des parties privés, deux obstacles cruciaux empêchent un bon développement des recours individuels : l'apathie des acteurs privés et le risque du *free-riding*⁷⁹.

Certains auteurs désignent par l'expression d'"*apathie rationnelle*" ("*rational apathy*") l'idée que les acteurs privés ne s'engagent dans une procédure judiciaire que s'ils ont la certitude d'en retirer un gain⁸⁰. Les actions collectives permettent de dépasser ce problème puisqu'elles répartissent les coûts et les risques de l'action judiciaire entre tous les membres du groupe. Elles donnent alors au consommateur qui a subi un préjudice d'un montant faible un intérêt à intenter une action judiciaire. Cet effet des *class-actions* est encore plus fort en cas de système d'*opt-out*. Celui-ci permet d'initier une action collective au nom de tous les consommateurs qui entrent dans des conditions objectivement définies, à moins qu'ils ne décident de se désengager expressément de l'action. Dans un modèle de *class-action* en *opt-in*, au contraire, les consommateurs doivent expressément accepter de faire partie du groupe. Le cas échéant, ils peuvent hésiter à prendre part à l'action judiciaire si leur préjudice est faible ou si le groupe ne réunit que peu de membres, puisque sa part dans les coûts de la procédure sera plus importante⁸¹. Par ailleurs, compte tenu du fait que le nombre moyen des parties à une *class-action* est plus important en *opt-out* qu'en *opt-in*, le modèle d'*opt-out* a un effet dissuasif plus fort que le modèle d'*opt-in*.

Le risque de *free-riding* semble, quant à lui, être inhérent aux situations dans lesquelles une même pratique anticoncurrentielle a causé un préjudice à plusieurs personnes. Chaque victime a alors un intérêt certain à ne pas intenter de procédure judiciaire, afin de laisser la charge d'une telle procédure à l'une des autres victimes, dans l'espoir d'en retirer un gain, lequel sera obtenu sans effort. Le *free-rider* ne supporte alors aucun risque de perte du recours judiciaire, mais il retire un bénéfice du succès éventuel de l'action, puisqu'il pourra utiliser la décision comme une preuve *prima facie* de son droit à réparation. Le risque de *free-riding* est

⁷⁹ R. Van Der Bergh, "Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem", précité.

⁸⁰ H. Kalven et M. Rosenfield, "The Contemporary Function of the Class Suit", *University of Chicago Law Review* 4 (1941), p. 648.

⁸¹ R. Van Der Bergh, "Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem", précité.

réduit en cas d'action collective, que celle-ci suive un modèle d'*opt-in* ou d'*opt-out*. En effet, l'on peut aisément estimer qu'il sera toujours moins coûteux pour une victime de prendre part à une action collective, où les coûts et risques sont répartis, que d'initier un recours individuel, même basé sur un jugement précédent, preuve *prima facie* de son bon droit. En revanche, l'on observe ici encore que le système d'*opt-out* apparaît plus propice que le modèle d'*opt-in* à réduire le risque de *free-riding*. En *opt-out*, les consommateurs doivent se désengager volontairement de l'action, elles sont alors davantage incitées à prendre part à la procédure, alors même qu'elles n'y auraient pas pris part si l'action avait suivi un modèle d'*opt-in*.

2. Les abus des class-actions américaines

Grâce au modèle d'*opt-out*, lié au possible octroi de *treble damages*, les *class-actions* américaines sont véritablement surpuissantes. Le rapport de force entre consommateurs et professionnels se retrouve inversé et les *class-actions* donner lieu, en pratique, à des abus. Ainsi, la facilité d'introduction des *class actions* a permis d'intenter des actions pour des litiges superficiels. Par exemple, une action collective a été menée à l'encontre d'un groupe de musique qui chantait en play-back⁸². Avec le possible octroi de *treble damages*, les *class actions* peuvent se révéler démesurément coûteuses pour les entreprises. L'entreprise Ferrero a ainsi été condamnée à payer 3 milliards de dollars de dommages et intérêts à ses consommateurs pour avoir omis de préciser le réel apport calorique de sa pâte à tartiner⁸³.

Par ailleurs, les *class actions* se sont révélées très lucratives pour les avocats (qui, aux États-Unis, sont les représentants du groupe) mais beaucoup moins pour les consommateurs-victimes qui n'en tirent généralement qu'un faible bénéfice⁸⁴. Une "industrie du contentieux" a émergé grâce aux *class-actions*⁸⁵. En appuyant leur argumentation sur les coûts de la procédure judiciaire et les risques que présentent les *class-actions* pour les entreprises, les avocats du groupe peuvent contraindre les entreprises défenderesses à conclure un arrangement, lequel

⁸² http://articles.latimes.com/1992-03-25/business/fi-4362_1_milli-vanilli.

⁸³ 8 U.S. District Court for the Southern District of California, In re Ferrero Litigation, No. 11-CV-205 H, <https://nutellaactionsettlement.com/>.

⁸⁴ R.H. Lande et J.P. Davis, « Benefits From Private Enforcement : An Analysis of Forty Cases », précité.

⁸⁵ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM(2008) 794, 27 nov. 2008 non publié au J.O.U.E.

reflétera plus la peur d'un jugement catastrophique que le préjudice réellement subi⁸⁶. En outre, certains auteurs observent que les avocats ont tendance à conclure un arrangement qui les satisfait d'un point de vue de leur rémunération, même s'il ne permet pas véritablement d'indemniser le préjudice des consommateurs parties à la procédure⁸⁷.

Enfin, l'un des travers du modèle américain des *class-actions* se trouve dans le mode d'indemnisation des consommateurs. Aux États-Unis, les *coupon settlements* ("arrangements par bons de réduction") sont un mode de règlement du conflit autorisé. Ils visent à obliger les entreprises poursuivies à indemniser les consommateurs en leur offrant des bons de réduction à valoir sur leurs futurs achats. Cette manière de réparer civilement un préjudice apparaît plus que discutable pour des pays de tradition civiliste comme la France. Premièrement, ces coupons de réduction ne permettent pas une réparation certaine du préjudice des consommateurs, puisqu'elle dépend de l'éventuelle utilisation de ces bons. Deuxièmement et corrélativement, l'entreprise condamnée n'a pas l'obligation de s'acquitter d'une forme de réparation du dommage causé dans le cas où les consommateurs n'utilisent pas ces coupons. Troisièmement, puisque ces bons de réduction sont souvent d'un montant dérisoire (de l'ordre de quelques centimes), leur montant ne reflète pas forcément de manière adéquate le montant du préjudice subi, et les entreprises condamnées peuvent tirer un bénéfice de ces bons de réduction puisqu'ils viennent inciter les consommateurs-victimes à acheter leurs produits. Enfin, même lorsque les litiges sont réglés grâce aux *coupon settlements*, l'on remarque que les avocats sont bien entendu payés en dollars⁸⁸.

Comme ces abus apparaissent souvent dans les cas de règlement extra-judiciaires des *class-actions*, la Cour Suprême a récemment décidée de restreindre les standards de certifications des groupes. Elle exige désormais que les juridictions de première instance mènent une analyse rigoureuse, qui tienne compte de plusieurs éléments, lorsqu'elles certifient un groupe. Elles doivent alors apporter une attention particulière sur la faute, le lien de causalité et le préjudice⁸⁹.

⁸⁶ R.H. Lande et J.P. Davis, « Benefits From Private Enforcement : An Analysis of Forty Cases », précité.

⁸⁷ <http://instituteforlegalreform.com/issues/issue.docload.cfm?docId=1061>.

⁸⁸ E. Cavanagh, "Antitrust Remedies Revisited", 84 Or. L. Rev. 147, 214 (2005).

⁸⁹ Comcast Corp. v. Behrend, 133 S Ct 1426 (2013) ; Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S Ct 2541 (2011).

Au regard des objectifs poursuivis par les règles de concurrence (répression, dissuasion, réparation), le *private enforcement* américain semble, a priori, être doté d'outils modèles : les *treble damages*, le refus de la *passing-on defence*, la procédure de *discovery* et le système des *class-actions* sont des éléments propices à encourager les recours en réparation et à dissuader les entreprises de commettre des pratiques anticoncurrentielles.

Cependant, plusieurs critiques méritent d'être faites. En premier lieu, le *private enforcement* américain produit un effet dissuasif trop fort lorsque l'action intentée par la partie privée est une action en *follow-on* et qu'elle est conclue par l'octroi de *treble damages*. En deuxième lieu, la plus grande faille du modèle américain réside certainement dans son incapacité à assurer le droit à réparation intégrale. Dans certaines situations, les dommages et intérêts octroyés peuvent dépasser le montant réel du préjudice avec le versement de *treble damages* et le refus de la *passing-on defence*. Dans d'autres cas, la réparation du préjudice subi n'est pas possible, puisque les acquéreurs indirects n'ont pas de droit d'action. En essayant de concilier des mesures dissuasives (comme les *treble damages*) avec d'autres dispositifs plus portés sur l'incitation des entreprises à agir en justice (exclusion de la *passing-on defence* et du droit d'action des acquéreurs indirects), le système américain donne des résultats plutôt incohérents : la condamnation des entreprises à payer des *treble damages* produit un effet dissuasif très lourd, mais l'exclusion du droit d'action des acquéreurs indirects limite le montant que doivent payer les entreprises condamnées au titre des dommages et intérêts. Par ailleurs, plusieurs éléments du système américain sont en totale contradiction avec les principes civilistes des États d'Europe occidentale, comme la France. Il en est ainsi du système d'*opt-out* des *class-actions*, puisque celui-ci permet de lancer une procédure collective sans obtenir au préalable le consentement de tous les demandeurs (et parfois même, sans qu'ils en aient connaissance). Le système des *coupon settlements*, comme nous l'avons détaillé plus haut, est également fortement contestable puisqu'il ne permet pas d'assurer une réparation intégrale du préjudice et ne constitue qu'une sanction dérisoire pour les entreprises condamnées.

Ainsi, l'exemple américain démontre avec force qu'un système où le *private enforcement* occupe une place supérieure à celle du *public enforcement* n'est pas nécessairement une solution satisfaisante.

L'on retiendra tout de même quelques éléments véritablement intéressants du système de mise en œuvre du droit de la concurrence américain : les pouvoirs d'enquête du *Department of Justice* en cas de poursuites pénales, l'existence de sanctions pénales (lesquelles ont un fort

pouvoir de dissuasion⁹⁰) et la limitation de responsabilité civile dont peuvent bénéficier les bénéficiaires d'immunité s'ils aident les demandeurs dans leurs recours civils.

Le système de mise en oeuvre des règles de concurrence présent dans l'Union européenne est un exemple à l'opposée du système américain puisque c'est le *public enforcement* et non le *private enforcement* qui domine. Toutefois, ce système est en pleine mutation, afin d'inciter davantage les recours en réparation, tout en préservant l'efficacité du *public enforcement*.

⁹⁰ J.-B. Blaise, "Les sanctions du droit de la concurrence - la sanction pénale", *Concurrences* N°1-2013, pp. 23-26.

Titre 2. La place du *public enforcement* et du *private enforcement* en droit de l'Union européenne

Introduction. Le droit européen de la concurrence : perspectives historiques

L'adoption d'un droit de la concurrence "*nécessaire au fonctionnement du marché intérieur*" est l'une des compétences exclusives de l'Union européenne⁹¹. Les États membres restent libres d'adopter des règles de concurrence nationales, lesquelles auront surtout vocation à s'appliquer lorsque le commerce intra-communautaire (soit, le marché intérieur) n'est pas affecté.

Les règles de concurrence de l'Union européenne sont beaucoup plus récentes que leurs homologues américaines. Contrairement aux États fédérés qui s'étaient dotés d'un droit de la concurrence dès le XIX^{ème} siècle, la plupart des États membre de l'ancienne Communauté Européenne n'avaient pas développé ces règles avant l'adoption du Traité de Rome. Seules la France et l'Allemagne avaient édictés certaines règles de concurrence⁹². Malgré cela, leurs économies restaient très marquées par l'interventionnisme étatique, au moyen d'aides d'États et de régulation de l'industrie et des prix.

En 1957, le Traité de Rome posa les fondements du droit européen de la concurrence. Il introduisit le principe du marché intérieur (avant, "*marché commun*", il est aujourd'hui reconnu par l'article 3, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne) et l'idée que celui-ci doit fonctionner selon un mécanisme de marché reposant sur une concurrence libre et non faussée. La concurrence était alors déjà vu comme un moyen de réaliser le marché intérieur et comme une fin en soit. Ce sont les articles 85 et 86 du Traité de Rome (aujourd'hui, articles 101 et 102 TFUE) qui prévoyaient les règles principales du droit de la concurrence, soit l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Puis, en 1989, un règlement européen est venu compléter ces dispositions en prévoyant des règles relatives au droit des

⁹¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 3.

⁹² B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", précité.

concentrations⁹³. La formulation des règles européennes de concurrence est assez ressemblante à celle des règles américaines, bien qu'il existe des différences. En particulier, le droit européen de la concurrence prévoit expressément la possibilité d'exemptions individuelles pour les ententes (article 101, paragraphe 3, TFUE), alors que le *Sherman Act* américain ne le prévoit pas⁹⁴, mais permet l'octroi d'exemptions en pratique. Ensuite, le droit européen de la concurrence sanctionne les abus de position dominante (article 102 TFUE) tandis que le droit fédéral américain interdit les monopolisations (section 2 du *Sherman Act*). L'on note ici la défiance du droit américain à l'égard de la concentration du pouvoir économique⁹⁵. Enfin, le droit européen de la concurrence et le droit fédéral américain de la concurrence partagent les mêmes objectifs soit, entre autres, la libre circulation des biens dans une économie compétitive, l'accès des concurrents au marché, la protection des consommateurs.

Le droit européen de la concurrence, au contraire du droit américain, ne connaît pas de tensions avec les droits de la concurrence étatiques, puisque leur émergence est souvent postérieure au développement des règles européennes en la matière. Dans l'Union européenne, les règles de concurrence se sont donc majoritairement développées dans une relation "*top-down*". Les institutions de l'Union européenne, et plus particulièrement la Commission, ont la charge de le mettre en œuvre. Le droit européen de la concurrence est donc empreint d'un style bureaucratique⁹⁶, et ce malgré le fait que le droit de l'Union européenne reconnaisse aux juridictions nationales un rôle complémentaire à celui des autorités de concurrence dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence⁹⁷. Aujourd'hui, bien que l'action de la sphère publique reste prédominante pour la mise en œuvre des règles de concurrence (I), le *private enforcement* tend à se développer, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la récente directive 2014/104/UE, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁹⁸ (II).

⁹³ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

⁹⁴ Section 1 du *Sherman Act*.

⁹⁵ E. Fox, "US and EU Competition Law: A Comparison", précité.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Considérant 7 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

⁹⁸ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

I. L'Etat actuel du *public enforcement* et du *private enforcement* en droit européen de la concurrence

La préférence accordée au *public enforcement* en droit européen de la concurrence s'explique par l'importance reconnue à la Commission (et par extension, aux autorités nationales de concurrences) dans l'application de ce droit (A). Toutefois, depuis les années 2000, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que toute partie avait droit à la réparation intégrale de son préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle⁹⁹, entraînant alors une nouvelle tendance en faveur d'un renforcement du rôle du *private enforcement* (B).

A. Le rôle prééminent du *public enforcement*

L'acteur principal du *public enforcement* européen est bien entendu la Commission européenne, qui dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des règles de concurrence (1). Depuis le premier mai 2004, les autorités nationales de concurrences sont également compétentes pour mettre en œuvre les règles européennes de concurrence. Elles sont réunies avec la Commission dans le réseau européen de la concurrence (2).

1. Les pouvoirs de la Commission en matière de concurrence

C'est à la Commission européenne que revient le rôle de veiller à l'application des articles 101 et 102 TFUE, comme le reconnaît l'article 105, paragraphe 1, TFUE. La Commission doit alors instruire les cas d'infractions qu'elle détecte ou qui lui sont rapportés par un État membre¹⁰⁰ et adopter des décisions individuelles, sous le contrôle du Tribunal de

⁹⁹ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99 ; CJCE, 13 juill. 1996, *Manfredi*, aff. C-259 à 298/04 ; CJUE, 14 juin 2001, *Pfeiderer*, aff. C-360/09.

¹⁰⁰ Voir aussi l'article 7 du Règlement (CE) n° 1/2003.

l'Union européenne et de la Cour de justice¹⁰¹. Dès lors, la Cour considère que la Commission “est appelée à définir et à mettre en œuvre l'orientation de la politique communautaire de la concurrence”¹⁰².

Cette mission octroie à la Commission une marge de manœuvre, ou pouvoir discrétionnaire, dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Ce pouvoir discrétionnaire signifie tout d'abord que la Commission peut fixer l'ordre de priorité des affaires qu'elle estime adéquat¹⁰³. Cela signifie, ensuite, que la Commission a l'initiative des poursuites et que la réception d'une plainte ne l'oblige pas à mener une enquête. Dans le même sens, le Tribunal a pu juger que la Commission n'était pas obligée de poser les mêmes questions aux entreprises qu'elle estime faire partie d'une même infraction¹⁰⁴. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire de la Commission n'est pas sans limites : la Commission doit justifier de manière précise et détaillée le refus de poursuivre l'examen d'une plainte¹⁰⁵. Ces limites s'expliquent par le fait que les juridictions de la CJUE sont compétentes pour contrôler, dans une certaine mesure, l'usage que fait la Commission de son pouvoir discrétionnaire. Ainsi, le contrôle qu'exerce le Tribunal sur les décisions de la Commission est un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste : les juges vérifient que la décision ne repose pas sur des faits matériellement inexacts, qu'elle n'est pas entachée d'une erreur de droit, d'une erreur manifeste d'appréciation, ou d'un détournement de pouvoir¹⁰⁶.

Dans l'exercice de ses prérogatives, la Commission dispose de plusieurs pouvoirs. En premier lieu, elle peut ordonner à toute entreprise ou association d'entreprises de produire des informations pertinentes¹⁰⁷. Ces demandes peuvent prendre la forme de simples communications (“*simples demandes*”), ou être prises par voie de décision. Lorsque la Commission transmet des questions par simple demande, l'entreprise interrogée n'est pas obligée d'y répondre. Seule la fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés est sanctionnable par une amende pouvant aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice social précédent¹⁰⁸. En revanche, lorsque la Commission

¹⁰¹ CJCE, 14 déc. 2000, *Masterfoods*, aff. C-344/98, point 46.

¹⁰² CJCE, 28 fév. 1991, *Delimitis*, C-234/89, point 44.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ TPICE, 8 juill. 2004, *Corus*, aff. T-48/00, point 212.

¹⁰⁵ CJCE, 4 mars 1999, *Ufex e.a. / Commission*, aff. C-119/97 P, points 89 à 91.

¹⁰⁶ TPICE, 18 sept. 1992, *Automec*, aff. T-24/90, point 80.

¹⁰⁷ Article 18, paragraphe 1, du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹⁰⁸ Article 23, paragraphe 1, a), du Règlement (CE) n° 1/2003.

transmet des questions par voie de décision, les entreprises ou associations d'entreprises visées ont l'obligation d'y répondre. La Commission peut, dans ce cas aussi, imposer des amendes en cas de transmission de réponses inexactes ou erronées¹⁰⁹. Elle peut, par ailleurs, prévoir des astreintes allant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent, par jour de retard, dans le cas où l'entreprise ou l'association d'entreprise visée par la décision ne fournit pas de réponse à temps.

En deuxième lieu, la Commission détient des pouvoirs d'inspection, dans les locaux d'une entreprise ou association d'entreprise¹¹⁰, mais aussi dans d'autres locaux, terrains et moyens de transports et domiciles appartenant aux chefs d'entreprises, dirigeants et membres du personnels des entreprises et associations d'entreprises concernées¹¹¹. Dans ce dernier cas, une autorisation de l'autorité judiciaire nationale compétente, attestant notamment de la proportionnalité de la mesure envisagée par la Commission, est nécessaire¹¹². Lorsqu'elle mène une inspection dans les locaux d'une entreprise ou association d'entreprises, la Commission peut apposer des scellés sur des locaux, livres ou documents et ce pour une durée qu'elle estime nécessaire¹¹³. Elle peut également poser des questions à tout membre du personnel présent, sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection¹¹⁴. Si l'entreprise ou l'association refuse de se soumettre à ces inspections, l'Etat concerné doit apporter son soutien aux agents de la Commission, quitte à recourir à la force publique, si nécessaire¹¹⁵. En outre, le refus de l'inspection, tout comme la dissimulation des documents peut être sanctionné par une amende allant jusqu'à 1% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent¹¹⁶.

En troisième lieu, la Commission peut adopter des décisions, lesquelles se divisent en quatre catégories : la Commission peut prendre des décisions qui visent à mettre un terme à une

¹⁰⁹ Article 23, paragraphe 1, a), du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹⁰ Article 20 du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹¹ Article 21 du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹² Article 21, paragraphe 3, du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹³ Article 20, paragraphe 2, d), du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹⁴ Article 20, paragraphe 2, e), du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹⁵ Article 20, paragraphe 6, du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹⁶ Article 23, paragraphe 1, c), du Règlement (CE) n° 1/2003.

violation¹¹⁷, qui imposent des amendes¹¹⁸, qui rendent des engagements obligatoires¹¹⁹ ou qui constituent des mesures provisoires¹²⁰.

Enfin, les enquêtes de la Commission sont facilitées par les programmes de clémence, semblables aux procédures de clémence américaines analogues, ainsi que par les procédures de transaction et les procédures d'engagements. Comme aux États-Unis, le premier demandeur à la clémence peut bénéficier d'une immunité d'amende¹²¹. Toutefois, jusqu'à aujourd'hui, les règles européennes ne prévoyaient pas de mesures encadrant spécifiquement la responsabilité civile du bénéficiaire d'immunité, à l'inverse du droit américain. La directive 2014/104/UE est donc venue limiter l'étendue de la responsabilité civile des bénéficiaires d'immunité, dans une volonté de préserver l'attractivité des programmes de clémence. En revanche, à l'inverse du droit américain, le bénéficiaire n'a pas à apporter son aide au demandeur du procès civil pour bénéficier de cette limitation de responsabilité. Nous détaillerons les apports de la directive 2014/104/UE dans la suite de cette partie.

2. Le rôle des autorités nationales de concurrence et du réseau européen de concurrence

Le premier règlement européen pour l'application des articles 81 et 82 du Traité (aujourd'hui 101 et 102 TFUE) adopté en 1962 proposait une vision très centralisée de la mise en œuvre de ces règles¹²². La Commission européenne était l'acteur quasi-exclusif de l'application du droit européen de la concurrence : tous les cas d'ententes qui affectaient ou étaient présumées affecter le commerce entre les États membres devaient lui être notifiées¹²³ et la Commission avait une compétence unique pour accorder des exemptions individuelles au titre de l'article 81, paragraphe 3, du Traité (aujourd'hui 101, paragraphe 3, TFUE). Ces règles

¹¹⁷ Article 7 du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹⁸ Article 23 du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹¹⁹ Article 9 du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹²⁰ Article 8 du Règlement (CE) n° 1/2003.

¹²¹ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, OJ C 298, 8.12.2006, p. 17–22.

¹²² CEE Conseil: Règlement n° 17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, OJ 13, 21.2.1962, p. 204–211.

¹²³ Article 4 du Règlement (CE) n° 17/62.

de procédure avaient comme objectif d'assurer une application uniforme des règles européennes de concurrence, ce qui semblait d'autant plus utile à cette époque où le droit européen de la concurrence était encore très jeune. Cette centralisation assurait, par là même, plus de sécurité juridique pour les entreprises et davantage d'informations sur le fonctionnement des marchés pour la Commission, grâce à l'établissement de liens directs avec les acteurs de ces marchés.

Quelques décennies plus tard, cette approche a cependant montré ses limites face à l'élargissement de la Communauté européenne (le règlement (CE) n° 17/62 avait été adopté dans une Communauté européenne réunissant seulement 6 États membres, contre 12 en 1992) et l'approfondissement du marché intérieur. La Commission a été submergée par le nombre massif de notifications d'ententes, et la complexité grandissante des marchés a accru le besoin de recourir aux autorités nationales de concurrence. Un mouvement de décentralisation et de modernisation du droit de la concurrence a alors été initié dès le début des années 1990 avant d'être entériné par le "paquet modernisation", entré en vigueur le 1 mai 2004. Les exigences de notifications individuelles des ententes ont été limitées puis totalement supprimées par le règlement (CE) n° 1/2003, et il a été reconnu aux juridictions nationales et aux autorités nationales de concurrence le droit de mettre en œuvre l'article 101, paragraphe 3, TFUE¹²⁴.

Conformément à l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003, les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour mettre en œuvre les articles 101 et 102 et prendre divers types de décisions, en agissant d'office ou sur plainte. Comme la Commission, les autorités peuvent adopter des décisions ordonnant la cessation d'une infraction, infligeant des sanctions, ordonnant des mesures provisoires ou acceptant des engagements. Les autorités de concurrence doivent coopérer entre elles et avec la Commission européenne. Ainsi, lorsqu'une autorité de concurrence ouvre une procédure au titre de l'article 101 ou 102 TFUE, elle doit en informer la Commission¹²⁵. Les autorités de la concurrence et la Commission peuvent s'échanger toute information utile pour une procédure initiée devant l'une d'entre elles¹²⁶. Enfin, les autorités de concurrence nationales peuvent mener des inspections, selon les règles prévues par le droit de leur État, et assister la Commission dans ses inspections.

¹²⁴ CJCE, 28 févr. 1991, *Stergios Delimitis*, aff. C-234/89 et article 5 du règlement (CE) n° 1/2003.

¹²⁵ Article 11, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003.

¹²⁶ Article 12 du règlement (CE) n° 1/2003.

Le fonctionnement du réseau européen de la concurrence a été détaillée par une communication de 2004¹²⁷, laquelle rappelle la hiérarchie existant entre la Commission et les autorités de concurrence : la Commission est la mieux placée pour juger des accords ou pratiques qui ont des effets dans plus de trois États membres ou si l'intérêt de l'Union l'exige¹²⁸. Les autorités nationales sont, elles, mieux placées pour juger des pratiques qui produisent des effets sur le territoire de leur État uniquement, ou principalement¹²⁹.

Le *public enforcement* dans l'Union européenne apparaît donc comme un système puissant et bien organisé, à même d'assurer l'effectivité des règles de concurrence. Les règles de procédure et d'application du droit de la concurrence étant développées de manière centralisée par la Commission européenne au moyen d'instruments de *soft law* (lignes directrices, communications...), la sphère publique européenne applique le droit de la concurrence de manière cohérente et il existe peu de différences dans l'application, par les autorités de concurrence nationales, des règles européennes¹³⁰.

Que ce soit en droit français ou en droit européen, les autorités de concurrence (et la Commission) se concentrent sur les fonctions répressive et dissuasive. Les sanctions imposées par les autorités de concurrence ne poursuivent donc pas un objectif de réparation. Ainsi, l'article L. 464-2 du code de commerce dispose : *“Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction”*. Toutefois, la jurisprudence actuelle, française et européenne, fait preuve d'une interprétation extensive du calcul de l'assiette de l'amende qui, si elle poursuit

¹²⁷ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, (2004/C 101/03), OJ C 101, 27.4.2004, p. 43–53.

¹²⁸ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, points 14 et 15.

¹²⁹ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, point 8.

¹³⁰ A titre d'exemple, l'on peut citer la différence qu'il existe dans le mode de calcul de l'amende retenu par les autorités de concurrence allemande et anglaise, par rapport à celui de la Commission européenne. Lorsque la Commission calcule le montant de base de l'amende, elle va multiplier le pourcentage de la valeur des ventes affectées par la durée de l'infraction. Les autorités de concurrence allemande et anglaise vont simplement modifier le pourcentage de la valeur des ventes retenu.

bien évidemment l'objectif répressif des sanctions publiques, peut devenir problématique à l'heure où les recours en réparation sont incités. Ainsi, dans sa décision récente sur le "*cartel des messageries*", l'Autorité de la concurrence française a décidé de retenir dans la valeur des ventes des contrats qui n'avaient certainement pas été affectés par la pratique anticoncurrentielle visée puisqu'ils avaient été conclus avant la période de l'infraction, pour une durée pluriannuelle, et sans avoir été modifiés au cours de cette période ou l'avaient été mais selon une méthode de calcul décidée avant ladite période¹³¹. De même, dans ses conclusions sur le "*cartel du verre automobile*", l'avocat général Kokott estime que des contrats conclus par l'entreprise poursuivie et portant sur des ventes qui appartiennent au marché concerné doivent être inclus dans la valeur des ventes, quand bien même l'entreprise poursuivie a prouvé que ces ventes ne pouvaient pas avoir été affectées par l'entente puisqu'il s'agit de contrats pluriannuels qui n'avaient pas été renégociés pendant la durée de l'infraction. Pour l'avocat général : "*Lesdites ventes sont un point de départ utile pour les dommages que le cartel, et spécialement Pilkington [l'entreprise poursuivie], ont causés à la concurrence dans l'EEE, puisqu'elles sont révélatrices de l'importance économique de l'entente sur le marché pertinent et du poids relatif de Pilkington au sein du cartel*"¹³². Des sanctions de plus en plus lourdes sont d'autant plus dangereuses pour les entreprises qu'elles peuvent être suivies de condamnations civiles, lesquelles sont aujourd'hui incitées et facilitées par la directive 2014/104/UE. Avant de traiter des apports de cette directive et des changements qu'elle impose au droit français, nous détaillerons les apports de la jurisprudence de la CJUE qui a ouvert la voie à l'adoption d'une telle directive.

B. L'évolution du *private enforcement* dans l'Union européenne sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Les actions en justice intentées par des parties privées demeure jusqu'à aujourd'hui peu développé dans l'Union européenne (1). Toutefois, sous l'influence de la jurisprudence de la

¹³¹ Décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express, paragraphes 1197 à 1211.

¹³² Conclusions de l'avocat général Kokott du 14 avril 2016 sur l'arrêt *Pilkington Group Ltd e.a. contre Commission européenne*, aff. C-101/15 P, point 33.

CJUE et notamment de l'importance qu'elle accorde au droit à réparation intégrale, le droit européen connaît aujourd'hui une nouvelle tendance (2).

1. *Le faible développement du private enforcement dans l'Union européenne*

En 2013, dans un rapport d'impact accompagnant la proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts, la Commission notait que seuls trois États membres de l'Union européenne présentaient un nombre satisfaisant de recours en réparation introduits devant leurs juridictions nationales : le Royaume-Uni, l'Allemagne et les Pays-Bas¹³³. Dans le reste de l'Union européenne, les actions privées sont peu développées. Ainsi, entre 2006 et 2012, sur 54 décisions adoptées par la Commission en droit de la concurrence, seulement 15 ont été suivies de un ou plusieurs recours en réparation intentés dans un ou plusieurs États membres¹³⁴. En France, si l'on observe également un nombre relativement limité de recours en réparation, leur nombre tend à augmenter au fil des années. Ainsi, sur les 163 décisions adoptées par les juridictions françaises en droit de la concurrence, entre 1986 et 2013, plus de 80% ont été adoptées sur la période 2003 et 2013. Par ailleurs, près de 85% de ces mêmes décisions ont été adoptées dans le cadre de recours *stand-alone*¹³⁵.

Avec la loi Hamon du 17 mars 2014, la France s'est récemment dotée d'un mécanisme d'actions de groupe qui permet aux consommateurs, représentés par une association de consommateurs, de chercher, notamment, à obtenir réparation du préjudice subi par une pratique anticoncurrentielle d'une entreprise¹³⁶. En matière de concurrence, l'action de groupe ne peut prospérer que si une autorité de concurrence ou une juridiction nationale de l'un des États membres de l'Union a adopté une décision définitive constatant une infraction au droit de la concurrence (européen ou français)¹³⁷. Cependant, jusqu'à aujourd'hui, l'action de groupe

¹³³ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (COM(2013) 404 final), point 52.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ "Relation entre action publique et action privée", document de la France pour le groupe de travail n°3 de l'OCDE, sur la coopération et l'application de la loi, 2015, DAF/COMP/WP3(2015)1.

¹³⁶ Articles L. 423-1 et suivants du code de la consommation.

¹³⁷ Article L. 423-17 du code de la consommation.

française n'est pas vraiment un succès : seules sept actions ont été entreprises depuis l'entrée en vigueur de la loi Hamon. Cette absence d'engouement serait due à la complexité et à la lenteur du mécanisme d'action de groupe¹³⁸ : la décision définitive d'une autorité de concurrence ou d'une juridiction nécessaire pour intenter l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles peut n'être adoptée qu'au terme de plusieurs années de procédure, auxquelles il faut éventuellement rajouter de nouveau plusieurs années en cas de recours judiciaires contre la décision ; la procédure de définition du groupe par le juge peut également prendre du temps et elle doit être devenue définitive pour que le groupe puisse être constitué. Par ailleurs, rien n'empêche aujourd'hui les avocats de mener des actions conjointes au nom d'un grand nombre de plaignants, option plus simple que l'action de groupe.

En droit de l'Union européenne, il n'existe pas encore de texte juridiquement contraignant obligeant les États membres à instaurer des mécanismes d'action de groupe. Cependant, la Commission a produit une communication à l'intention des institutions de l'Union et une recommandation à l'attention des États membres sur l'instauration de recours collectifs en réparation¹³⁹. Bien que ces textes ne soient pas contraignants, ils laissent présager le développement d'un futur texte législatif sur le sujet et rendent explicites la vision qu'à la Commission européenne des recours collectifs. Dans ces textes, la Commission met en garde contre les abus observés dans le modèle américain des *class actions*¹⁴⁰. Elle préconise alors d'interdire l'octroi de dommages et intérêts punitifs et elle marque sa préférence pour un système de constitution du groupe *opt-in*¹⁴¹.

¹³⁸ “L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?”, Blog Vogel & Vogel, <http://www.vogel-vogel.com/blog/l%E2%80%99echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

¹³⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM(2013) 401 final et 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).

¹⁴⁰ Communication du 11 juin 2013, précitée, point 1.1, p. 3.

¹⁴¹ *Ibid*, points 3.1 et 3.4, pp. 11-14.

2. Les évolutions de la jurisprudence de la CJUE en faveur du private enforcement

La jurisprudence de la Cour de justice a cherché à encourager les actions de la sphère privée en reconnaissant le droit à réparation intégrale des victimes de pratiques anticoncurrentielles¹⁴², en précisant les modalités d'accès aux documents détenus par une autorité de concurrence¹⁴³ et en clarifiant les règles de compétence juridictionnelle applicables aux actions en réparation¹⁴⁴.

Dans l'arrêt *Courage et Crehan*, la Cour de justice a affirmé le principe selon lequel "tout particulier est en droit de se prévaloir en justice" de la violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE¹⁴⁵. Ce principe découle de l'effet direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, l'action en réparation est donc considérée comme un moyen de mettre en œuvre les règles de concurrence¹⁴⁶. Les actions en justice intentées par les parties privées n'ont alors pas seulement comme objectif la réparation d'un préjudice, elles poursuivent aussi un objectif dissuasif. La Cour le reconnaît clairement : le droit à réparation "est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence"¹⁴⁷. En ce qui concerne le droit à réparation, la Cour précise dans l'arrêt *Manfredi* que "toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE"¹⁴⁸. Toutefois, la Cour précise dans ces deux arrêts que les États membres restent compétents pour fixer les règles procédurales permettant aux particuliers d'initier des recours devant les juridictions nationales, en vertu du principe d'autonomie procédurale¹⁴⁹. Selon ce principe, tant que l'Union européenne n'a pas adopté de règles procédurales permettant d'assurer le respect des droits que les individus tirent du droit de l'Union, il revient aux États d'adopter leurs propres règles, lesquelles doivent respecter les principes d'effectivité et d'équivalence du droit de l'Union¹⁵⁰. Enfin, dans l'arrêt *Kone*, la Cour de justice a estimé que

¹⁴² CJCE, 29 sept. 2001, *Courage*, aff. C-453/99 ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. C-295 à 298/04 ; CJUE, 5 juin 2014, *Koné*, aff. C-557/12.

¹⁴³ CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer*, aff. C-360/09 ; CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11.

¹⁴⁴ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, aff. C-352/13.

¹⁴⁵ Arrêt *Courage*, précité, point 24.

¹⁴⁶ *Ibid*, point 23.

¹⁴⁷ Arrêt *Courage*, précité, point 27.

¹⁴⁸ Arrêt *Manfredi*, précité, point 61.

¹⁴⁹ Arrêt *Courage*, précité, point 29 et arrêt *Manfredi*, précité, point 62.

¹⁵⁰ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, aff. 33-76.

le droit de l'Union s'opposait à une réglementation nationale excluant la possibilité pour la victime d'un effet d'ombrelle sur les prix d'obtenir réparation de son préjudice auprès des entreprises parties à l'entente concernée, au nom du droit de toute personne à obtenir réparation du préjudice¹⁵¹.

Pour qu'ils soient incités à intenter des actions en justice, les particuliers doivent pouvoir accéder à des moyens de preuve. La Cour de justice a donc reconnu que la divulgation des preuves détenues par une autorité de concurrence et notamment celles relevant d'un dossier de clémence était possible, sous conditions. Dans l'arrêt *Pfleiderer*, la Cour confirme qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, il revient aux États membres de prévoir des règles relatives à la divulgation, par une autorité de concurrence, des preuves qu'elle détient. Toutefois, elle fait remarquer que cette autonomie est encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité, et que le dernier signifie que le droit à réparation des particuliers ne doit pas être rendu impossible par les règles nationales applicables. Puisque la divulgation des informations livrées dans le cadre d'une procédure de clémence pourrait nuire à l'attractivité de ce programme, elle estime qu'une mise en balance des intérêts en présence doit être faite (soit entre la protection des droits de la défense et la préservation de l'attractivité des programmes de clémence), par le juge national et au cas par cas¹⁵². Ainsi, en pratique, le Tribunal de l'Union européenne a pu annuler une décision par laquelle la Commission refusait de transmettre, à un demandeur dans une action en *follow-on*, la table des matières de son dossier constitué pour l'affaire au principal¹⁵³. La Cour a également pu juger qu'une réglementation nationale qui interdit l'accès des tiers aux documents contenus dans le dossier d'une autorité de concurrence à moins que l'ensemble des membres du cartel concerné ne donnent leur consentement n'était pas compatible avec le droit de l'Union, puisqu'elle empêche la mise en balance propre à chaque cas d'espèce que l'arrêt *Pfleiderer* exige¹⁵⁴.

Enfin, dans l'arrêt *Cartel Damage Claims*, la Cour de justice a considéré que, dans le cadre d'un recours en réparation pour dommage anticoncurrentiel, le règlement Bruxelles I bis (règlement (CE) n°44/2001) est applicable. De ce fait, une entreprise partie à une entente peut être atraite devant les juridictions de l'État membre d'établissement d'une des autres entreprises

¹⁵¹ Arrêt *Kone*, précité, point 33.

¹⁵² Arrêt *Pfleiderer*, précité, points 19 à 32.

¹⁵³ Trib.UE, 15 déc. 2011, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commission européenne*, aff. T-437/08.

¹⁵⁴ Arrêt *Donau Chemie*, précité.

parties à l'infraction, devant les juridictions du lieu où l'entente a été conclue (ou bien devant les juridictions du lieu où un accord prouvant l'existence de l'entente a été adopté), mais également devant les juridictions du lieu du fait dommageable¹⁵⁵.

Cette évolution jurisprudentielle a ouvert la voie à l'adoption, par l'Union européenne, de règles harmonisant les conditions procédurales des actions en réparation de préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle. Cette avancée est devenue d'autant plus nécessaire que, dans l'arrêt *Cartel Damage Claims*, la Cour de justice a estimé que le Règlement Bruxelles I bis était applicable à ces actions, ce qui rend possible l'attrait d'une entreprise partie à une infraction devant les juridictions de plusieurs États membres. La Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 est donc venu établir certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Cette directive a, par la même, entendu encourager les actions en réparation, tout en essayant de préserver la place du *public enforcement*, soit notamment en conservant l'attrait des programmes de clémence.

II. Vers un accroissement du rôle du *private enforcement* dans l'Union

La directive 2014/104/UE a été adoptée après un long processus initié en 2005 par la production, par la Commission, d'un Livre vert sur les actions en dommages et intérêts¹⁵⁶. Ce document fixait déjà la position de la Commission sur certains points (par exemple, sur l'interdiction des dommages et intérêts punitifs), mais il laissait d'autres questions pendantes et notamment celle relative à l'encadrement de la responsabilité civile des entreprises bénéficiaire de clémence. Sur ce sujet la Commission étudiait deux options : permettre au bénéficiaire de clémence de voir sa responsabilité réduite en échange de son aide apportée au demandeur au recours en réparation ; ou limiter la responsabilité du bénéficiaire de clémence à la part de dommage correspondant à sa part de marché dans le marché cartellisé. C'est pourtant une

¹⁵⁵ Arrêt *Cartel Damage Claims*, précité.

¹⁵⁶ 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).

troisième option qui sera finalement retenue par la Commission dans la directive, comme nous le verrons dans la suite du texte. Les règles prévues par la directive 2014/104/UE permettent de coordonner l'action de la sphère publique et celle de la sphère privée et elles témoignent d'une volonté de développer le rôle de la sphère privée. Ces règles viennent nécessairement limiter l'autonomie procédurale reconnue aux États membres. La transposition de la directive imposera alors des changements dans les règles nationales, et notamment en droit français.

L'un des problèmes les plus épineux de la confrontation entre le *public enforcement* et le *private enforcement* est celui de la mise en balance entre l'intérêt, pour les victimes d'accéder aux dossiers des autorités de concurrence et notamment aux dossiers de clémence et le besoin de protéger l'attractivité des programmes de clémence, lesquelles sont indispensables pour l'effectivité du *public enforcement* (A). Outre ce sujet, la directive pose plusieurs principes visant essentiellement à faciliter l'accès des victimes aux preuves (B).

A. La question particulière de la clémence

La directive entend concilier l'accès des victimes aux preuves et leur droit à réparation intégrale avec la préservation de l'attractivité des programmes de clémence au moyen de deux types de dispositions : une relative à la preuve et l'autre relative à la responsabilité (1). Ces dispositions nécessiteront quelques adaptations du droit français (2).

1. Les nouveautés de la directive : protection de certaines preuves et encadrement de la responsabilité

En ce qui concerne l'accès des demandeurs aux preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence, la directive regroupe ces documents en trois catégories¹⁵⁷. Le premier constat qui s'impose est qu'en faisant un tel choix, l'Union européenne va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle la question de savoir si un document figurant

¹⁵⁷ Article 6 de la directive 2014/104/UE.

dans le dossier d'une autorité doit être divulgué est une question qui doit être traitée par une opération de mise en balance des intérêts en présence, au cas par cas¹⁵⁸. La question de la compatibilité de l'article 6 de la directive avec la jurisprudence de la Cour se pose donc, tout comme celle de la conventionalité de cet article avec l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH)¹⁵⁹. L'Union européenne n'ayant pas adhéré à la CESDH, la conventionalité de l'article 6 de la directive pourrait être contrôlée à travers l'étude de la conventionalité des dispositions nationales qui le mettent en œuvre. Les trois catégories prévues par la directive permettent d'octroyer une protection temporaire, absolue ou pas de protection particulière, à certains documents. Ainsi, le texte dispose que les informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence, les informations établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure et les propositions de transaction qui ont été retirées bénéficient d'une protection temporaire : elles ne peuvent être communiquées qu'une fois que la procédure dans le cadre de laquelle elles ont été produites est close¹⁶⁰. Les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction se voient octroyer une protection absolue : les juridictions nationales ne peuvent jamais enjoindre une autorité de concurrence, une partie ou un tiers de produire ces pièces¹⁶¹. Les autres preuves qui sont présentes dans le dossier d'une autorité de concurrence ne sont pas protégées et elles peuvent voir leur production ordonnée à tout moment dans le cadre d'une action en réparation, à condition qu'aucune des parties ou aucun tiers ne puisse raisonnablement fournir ces preuves et à condition que la demande de production soit proportionnée¹⁶². Ces dispositions devraient permettre de conserver l'attrait des programmes de clémence : les déclarations de clémence ne seront jamais des preuves admissibles, tandis que les éléments de preuve fournis dans le cadre d'une procédure de clémence ne pourront être produits devant des juridictions qu'une fois la procédure devant l'autorité ou la Commission terminée, soit qu'une fois que tous les participants à une infraction sont connus du public, ce qui évite au bénéficiaire de clémence de se retrouver exposé aux recours civils plus tôt que les autres parties à l'entente.

¹⁵⁸ Arrêt *Pfleiderer*, précité.

¹⁵⁹ R. Amaro, "La transposition de la directive 201/104/UE en droit français", *Concurrences* N° 2-2015, pp. 21-24.

¹⁶⁰ Article 6, paragraphe 5, de la directive 2014/104/UE.

¹⁶¹ Article 6, paragraphe 6, de la directive 2014/104/UE.

¹⁶² Voir les articles 6, paragraphe 4 ; 6, paragraphe 9 ; 6, paragraphe 10 de la directive 2014/104/UE.

En plus de protéger certains documents détenus par les autorités, la directive encadre la responsabilité du bénéficiaire de clémence. Avant de limiter l'étendue de la responsabilité d'une entreprise qui se voit octroyer une immunité par une autorité de concurrence ou la Commission, la directive rappelle le principe de responsabilité solidaire des entreprises parties à une infraction. Toutes les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint sont solidairement responsables du préjudice causé, ce qui implique qu'une partie lésée a le droit d'exiger la réparation intégrale de son préjudice auprès de l'une d'entre elles¹⁶³. L'entreprise qui se voit contrainte de payer l'intégralité du préjudice d'une victime peut ensuite récupérer auprès des autres auteurs de l'infraction une contribution, dans le montant est déterminé en tenant compte de la responsabilité relative des entreprises dans le préjudice causé¹⁶⁴.

Cependant, la directive prévoit des dérogations à ce principe dans deux hypothèses : lorsque l'un des auteurs de l'infraction est une PME ; lorsqu'il s'agit d'une entreprise bénéficiant d'une immunité. Dans le premier cas, la directive dispose que si l'auteur de l'infraction est une PME, alors il ne sera responsable qu'à l'égard de ses propres acheteurs directs et indirects, si quatre conditions sont remplies : la part de la PME sur le marché concerné doit rester inférieure à 5% sur la durée de l'infraction et l'application des règles habituelles de la responsabilité solidaire doit compromettre irrémédiablement la viabilité économique de l'entreprise concernée et faire perdre toute valeur à ses actifs ; la PME ne doit pas avoir été l'instigatrice de l'infraction ou avoir contraint d'autres entreprises à participer à celle-ci et elle ne doit pas avoir été précédemment coupable d'infraction au droit de la concurrence¹⁶⁵. Dans le second cas, la directive prévoit que le bénéficiaire d'une immunité sera solidairement responsable seulement en ce qui concerne le préjudice causé à l'égard de ses acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects. Il sera également solidairement responsable à l'égard d'autres parties lésées uniquement lorsqu'une réparation intégrale ne peut être obtenue auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction au droit de la concurrence¹⁶⁶.

¹⁶³ Article 11, paragraphe 1, de la directive 2014/104/UE.

¹⁶⁴ Article 11, paragraphe 5, de la directive 2014/104/UE.

¹⁶⁵ Article 11, paragraphe 2, de la directive 2014/104/UE.

¹⁶⁶ Article 11, paragraphe 4, de la directive 2014/104/UE.

2. *Leurs impacts en droit français*

La production, par une partie, de preuves provenant d'un dossier de l'Autorité de la concurrence est déjà possible en droit français. En effet, quand bien même les pièces détenues par l'Autorité sont en principe protégées par le secret de l'instruction (article L. 463-6 du code de commerce), la Cour de cassation a admis, dans l'arrêt *Semavem* de 2010, que ces pièces pouvaient être produites dans le cadre d'un recours en *follow-on* lorsque la partie qui les communique justifie que cette divulgation est nécessaire à l'exercice de ses droits¹⁶⁷. Par ailleurs, une partie peut d'ores et déjà enjoindre l'Autorité à produire des éléments de son dossier, soit sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, pour une production avant tout litige, soit sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile, lorsque l'Autorité est tiers au procès civil, ou de l'article 142 du même code, lorsque l'Autorité est partie au procès. Lorsqu'un juge ordonne à l'Autorité de produire des éléments d'un dossier, elle peut s'y refuser en opposant un "*empêchement légitime*", sur le fondement des articles 11, alinéa 2, et 141 du code de procédure civile¹⁶⁸. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs précisé que la violation du secret de l'instruction pouvait constituer un empêchement légitime. Dans l'arrêt *Ma liste de course*, elle énonce ainsi : "*l'Autorité et ses agents n'ont pas à assumer le risque d'une violation du secret professionnel aux lieu et place de la partie qui est seule à même de connaître exactement, alors qu'elle-même en dispose déjà, les pièces nécessaires à l'exercice de ses droits*"¹⁶⁹. Enfin, l'Autorité peut transmettre à une juridiction toute pièce d'un de ses dossiers qui ne serait pas détenue par une des parties au procès, de sa propre initiative ou sur demande de la juridiction, à l'exclusion des pièces élaborées dans le cadre d'une procédure de clémence¹⁷⁰. L'article L. 462-3, alinéa 2, devra donc être complété par les autres cas de protection prévus à l'article 6 de la directive, ce qui permettra aussi à l'Autorité de s'appuyer sur cette disposition pour refuser de transmettre des pièces à la suite d'une injonction.

¹⁶⁷ Cass. com., 19 janv. 2010, *Semavem*, n°08-19.761.

¹⁶⁸ Voir aussi Cass. com., 15 oct. 1996, n°94-21.008.

¹⁶⁹ CA Paris, ch. 5-4, 20 nov. 2013, *Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS Ma Liste de courses et al.*, n°12/05813.

¹⁷⁰ Article L. 462-3, alinéa 2, du code de commerce.

Enfin, en ce qui concerne les limitations de responsabilité des bénéficiaires d'immunité et des PME, ces dispositions devront être introduites en droit français, qui retient le principe de responsabilité *in solidum* des co-auteurs d'une infraction. Ces limitations de responsabilité viendront donc atténuer le principe de l'article 1382 du code civil, ce qui apparaît inédit en droit de la responsabilité civile.

La directive essaye de trouver un compromis entre, d'une part, faciliter les recours en réparation et donc faciliter l'accès des victimes aux preuves détenues par les autorités et, d'autre part, préserver l'attractivité des programmes de clémence en limitant la responsabilité des bénéficiaires de clémence et en évitant qu'ils soient les plus visés par les actions civiles, compte tenu de leur exposition publique résultant des décisions d'octroi de clémence. A côté de la question particulière de la clémence, la directive vient également fixer d'autres principes qui ont essentiellement pour effet de faciliter et d'inciter les actions civiles, et surtout les actions en *follow-on*. Nous détaillerons essentiellement les présomptions introduites par la directive (B).

B. L'introduction de présomptions légales

La directive 2014/104/UE introduit trois présomptions légales (1), lesquelles nécessiteront des modifications du droit français lors de la transposition de la directive (2).

1. Les trois présomptions introduites par la directive

La première concerne la répercussion du surcoût. La directive énonce que le défendeur à une action civile peut invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense, mais la charge de la preuve lui incombe¹⁷¹. Le droit de l'Union prend donc le contre-pied de la jurisprudence fédérale américaine qui refuse la répercussion des surcoûts comme moyen de défense dans une action civile, ce qui n'est guère étonnant : compte tenu de la reconnaissance

¹⁷¹ Articles 12 et 13 de la directive 2014/104/UE.

du droit à réparation par la jurisprudence de la Cour de justice, il n'y aurait eu guère de sens à ce que la directive refuse la *passing-on defence* puisque, par définition, elle permet à l'acquéreur direct d'obtenir une réparation supérieure à son préjudice réel. Il est possible de voir dans l'article 13 de la directive l'introduction d'une présomption légale, selon laquelle le demandeur à l'action civile est réputé ne pas avoir répercuté le surcoût qu'il subit, à moins que le défendeur ne puisse le prouver¹⁷². Cependant, l'article 13 peut également être interprété comme disposant simplement qu'en cas de recours intenté par un acheteur indirect, le défendeur peut invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense. Il reviendra donc aux législateurs nationaux de se saisir de la disposition pour l'intégrer aux droits nationaux, et l'on peut compter sur la Cour de justice pour trancher, dans le futur, entre ces deux interprétations.

La deuxième présomption que la directive introduit concerne l'action de l'acquéreur indirect. L'article 14, paragraphe 2, de la directive, facilite la preuve du lien de causalité et du préjudice de l'acquéreur direct. Il prévoit que l'acquéreur indirect est réputé avoir prouvé la répercussion du surcoût lorsqu'il démontre que le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence (laquelle est établie de manière irréfragable par une décision définitive d'une autorité ou instance nationale ou établie comme un commencement de preuve lorsqu'une décision définitive d'une autorité ou instance d'un autre État membre est adoptée¹⁷³) ; que cette infraction a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur ; qu'il a acheté des biens ou services concernés par l'infraction ou dérivés de ceux concernés par l'infraction ou les contenant¹⁷⁴. La répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect est donc présumée dès lors que le faisceau d'indices est établi. Toutefois, la directive précise que cet allègement de l'objet de la preuve ne s'applique pas lorsque le défendeur arrive à démontrer de façon crédible que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect ou qu'il ne l'a pas été entièrement. Cet article 14 s'explique bien entendu par l'importance qu'accorde la Cour de justice au droit à réparation intégrale : comment considérer que l'on protège le droit à réparation si une partie des victimes (les demandeurs indirects), ne peuvent pas obtenir réparation de leur préjudice. Le lien de causalité est particulièrement difficile à prouver pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, compte tenu de la difficulté qu'il existe à prouver que le dommage résulte bien de la pratique visée et non pas des fluctuations de la demande ou des structures de marché.

¹⁷² R. Amaro, "La transposition de la directive 201/104/UE en droit français", précité.

¹⁷³ Article 9 de la directive 2014/104/UE.

¹⁷⁴ Article 14 de la directive 2014/104/UE.

Des études économiques sont nécessaires mais elles n'ont parfois qu'une valeur probante limitée aux yeux des juges : dans l'arrêt *Ajinomoto*, la cour d'appel de Paris a considéré que les études produites devant elle ne faisaient état que "*d'appréciations générales, théoriques et abstraites plutôt qu'à des analyses concrètes des prix effectivement pratiqués*", ne prouvant pas de manière suffisante le préjudice et le lien de causalité¹⁷⁵.

Enfin, la troisième présomption de la directive concerne la quantification du préjudice. L'article 17, paragraphe 2, dispose en effet qu'il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice. Si la formulation de cette disposition laisse planer un doute sur ce qui est vraiment présumé (le quantum du dommage ou l'existence du dommage)¹⁷⁶, il semblerait que ce ne soit que le quantum du dommage qui puisse être présumé. Déjà parce que cette règle se trouve inscrite dans un article nommé "*quantification du préjudice*", et ensuite parce que si l'existence du dommage était présumé, alors il n'y aurait pas de sens à alléger l'objet de la preuve pour les acheteurs indirects à l'article 14, paragraphe 2¹⁷⁷. La présomption du quantum du dommage signifie que le demandeur est dispensé d'évaluer précisément son dommage, lequel peut notamment être estimé par les juridictions nationales ou même par une autorité de concurrence, sur demande d'une juridiction¹⁷⁸. Ce dernier point pourrait s'avérer problématique : les autorités de concurrence ont un raisonnement sur les restrictions par effet ou par objet qui n'est pas toujours compatible avec la quantification du dommage, puisqu'elles peuvent sanctionner des pratiques qui n'ont pas causé de préjudice. Leur octroyer le rôle de quantifier le dommage pourrait, d'une part, affaiblir la notion de restriction par objet et, d'autre part, rendre confus la différence entre la quantification du préjudice et la quantification du dommage à l'économie, mission principale des autorités¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Cour d'appel de Paris, ch. 5-4, 16 févr. 2011, *SCA Le Gouessant c/ SA Ceva Santé et SAS Ajinomoto Eurolysine*, n° 08/08727.

¹⁷⁶ R. Amaro, "Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles", RLC, 2015/127, p. 19 et s.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Article 17 paragraphes 1 et 3 de la directive 2014/104/UE.

¹⁷⁹ A. Komnios, "The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesaris", précité.

2. Leur impact sur le droit français

En ce qui concerne la répercussion du surcoût, la Cour de cassation considère que la charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au demandeur puisque, pour prouver son préjudice, la victime doit démontrer "*qu'elle n'avait pas pu répercuter les effets de la hausse des prix*"¹⁸⁰. Cette interprétation découle d'une interprétation stricte de l'article 1315 du code civil et de l'adage *Actori incumbit probatio*, selon lequel la charge de la preuve incombe en principe au demandeur. Comme nous l'avons expliqué au point précédent, il existe deux interprétations possibles de l'article 13. Selon la première interprétation, l'article 13 prévoit une présomption légale de non-répercussion du surcoût par le demandeur. Si cette interprétation est retenue par le législateur français, alors l'introduction d'une nouvelle disposition au code de commerce dérogeant à l'article 1315 du code civil sera nécessaire. Cette disposition devrait prendre la forme d'une présomption légale, tel que prévu par l'article 1315, et pourrait, par exemple, être ajoutée dans un nouvel alinéa à l'article L. 420-3 du code de commerce. L'introduction d'une telle disposition impliquerait nécessairement l'abandon de la jurisprudence française relative à la charge de la preuve de la répercussion du surcoût. Toutefois, le législateur français pourrait simplement retenir que l'article 13 octroie la possibilité, pour le défendeur, d'invoquer la répercussion des surcoûts lors d'une action en réparation. Dans une telle hypothèse, le droit français n'aurait pas à être amendé, mais l'on peut s'interroger sur la cohérence de conserver la conception jurisprudentielle actuelle, selon laquelle le demandeur doit prouver l'absence de répercussion pour attester de son préjudice, tout en acceptant que le défendeur puisse prouver la répercussion du surcoût comme moyen de défense. Un abandon de la jurisprudence actuelle semble plus cohérent, mais cela se fera au prix d'une dérogation au principe *Actori incumbit probatio*.

Le droit français ne prévoit pas non plus de dispositions spécifiques facilitant l'obligation de preuve de l'acheteur indirect, et l'article 14, paragraphe 2, demandera certainement l'introduction d'une présomption légale. Cette présomption réfragable pourrait être introduite dans un nouvel alinéa à l'article L. 420-3 du code de commerce. Cette présomption vient atténuer la preuve du lien de causalité et du préjudice. Toutefois, le droit

¹⁸⁰ Cass. Com., 15 mai 2012, *Le Gouessant*, 11-18.495.

français ne semble par réfractaire à une atténuation du caractère certain du dommage, puisqu'il l'admet déjà en ce qui concerne la perte de chance.

En ce qui concerne la présomption du *quantum* du dommage, ce principe demandera également d'être transposé en droit français, puisqu'il permet lui aussi d'atténuer le caractère certain que doit revêtir le préjudice. L'article 17, paragraphe 1, prévoit que les juridictions nationales devront être habilitées à estimer le montant du préjudice, ce qui est déjà possible en droit français (Civ. 23 mai 1911). Enfin, l'article 17, paragraphe 3, qui prévoit que les juridictions nationales pourront demander à l'autorité de concurrence nationale de quantifier le préjudice, change assez peu les règles françaises. En effet, l'article L. 462-3, alinéa 1, du code de commerce, permet déjà aux juridictions nationales de consulter l'Autorité de la concurrence. L'Autorité a d'ailleurs déjà pu, dans sa pratique, estimer le montant du surpris imposé par une pratique anticoncurrentielle¹⁸¹, et la cour d'appel de Paris a déjà pu juger que les données chiffrées invoquées par les victimes d'une entente pour estimer leur dommage avaient "*autorité de chose décidée*", dès lors qu'elles étaient extraites d'une décision de la Commission¹⁸².

Enfin, il convient de noter que la jurisprudence française ne semble pas hostile à l'introduction de présomptions en droit de la concurrence. A propos d'un abus de position dominante, le tribunal de commerce de Paris a en effet pu juger qu'"*un préjudice s'infère nécessairement de ces pratiques*"¹⁸³. En ce qui concerne les présomptions de la directive, celle qui pourrait affecter le plus le droit français semble être celle de l'article 13, à condition que le législateur français l'interprète comme prévoyant une présomption de non-répercussion du surcoût.

Plus généralement, le constat qui s'impose à la suite de la lecture de cette directive est que malgré sa volonté de coordonner la place du *public* et du *private enforcement*, elle ne

¹⁸¹ Décision 13-D-11 du 14 mai 2013, *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur pharmaceutique* ; décision 10-D-39 du 18 décembre 2013, *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale*.

¹⁸² CA. Paris, ch. 5-5, 27 févr. 2014, *SNC Doux Aliments Bretagne et al. c/ Sté Ajinomoto Eurolysine*, n° 10/18285.

¹⁸³ T. com. Paris, 15e ch., 30 mars 2015, *SARL DKT International c/ SA Eco-Emballages et Valorplast*, préc.

modifie que les règles encadrant les recours en réparation. Ainsi, en ce qui concerne les autorités de concurrence, elle ne leur ajoute que l'obligation de tenir compte, comme circonstance atténuante, de la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel¹⁸⁴. Au contraire de son objectif premier, la directive semble alors accorder davantage de place au *public enforcement*. Premièrement parce que la directive permet aux autorités de concurrence d'être consultées pour quantifier le préjudice. Et deuxièmement parce que la directive favorise davantage les recours en *follow-on* que les recours en *stand-alone* : elle clarifie les possibilités d'accès aux documents détenus par les autorités de concurrence, elle confère une valeur de preuve irréfragable ou *prima facie*, selon les cas, aux décisions définitives des autorités ou instance nationales constatant une infraction, et elle permet de présumer le *quantum* du dommage, lorsqu'une infraction est constatée. Le danger est qu'en favorisant les recours en *follow-on*, la directive risque de diminuer l'indépendance des juridictions nationales vis-à-vis des autorités de concurrence et d'atténuer leur rôle, puisqu'elles pourraient devenir de simples "assesseurs de préjudices"¹⁸⁵. Par ailleurs, réduire l'indépendance des juridictions pourrait également affecter négativement le rôle des autorités de concurrence : puisqu'elles ne décideraient plus seulement pour elles-mêmes mais également pour les actions en réparations, elles pourraient s'auto-restreindre dans leur action¹⁸⁶. Dès lors, même si le renvoi aux autorités de concurrence peut être appréciable compte tenu de leur expérience et ressources, il semble préférable de ne pas assujettir le *private enforcement* au *public enforcement* mais plutôt de recentrer les rôles respectifs de la sphère publique et de la sphère privée.

¹⁸⁴ Article 18, paragraphe 3, de la directive 2014/104/UE.

¹⁸⁵ A. Komnios, "The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari", précité.

¹⁸⁶ *Ibid.*

Titre 3 : Vers une meilleure répartition des rôles du *public* et du *private enforcement*

Comme nous avons pu le voir, lors de la mise en œuvre du droit de la concurrence, trois objectifs principaux sont poursuivis : l'objectif injonctif, qui désigne le fait de faire cesser une pratique anticoncurrentielle ; l'objectif compensatoire, soit la réparation du préjudice subi à toute personne ; et l'objectif dissuasif, qui vise à empêcher l'entreprise condamnée de réitérer son comportement illégal et à décourager les autres entreprises de s'engager dans des pratiques similaires. Toutefois, le public et le *private enforcement* ne poursuivent pas tous les deux ces trois objectifs. Le *public enforcement* assure l'objectif injonctif et dissuasif : il impose des sanctions qui doivent être dissuasives et fait cesser les pratiques anticoncurrentielles d'une manière plus efficace que ne peut le faire le *private enforcement*, puisqu'il n'a pas besoin de prouver l'existence d'un préjudice pour ordonner la cessation d'une infraction. Ainsi, une entente sur les prix sera sanctionnée en tant que restriction de concurrence par objet, sans qu'aucun effet de la pratique n'ait besoin d'être établi. Le *private enforcement* poursuit, lui, les objectifs compensatoire et dissuasif, puisqu'il permet la réparation du préjudice subi par la victime, réparation qui vise également à dissuader les entreprises d'entreprendre des pratiques anticoncurrentielles. Comme les deux modes de mise en œuvre du droit de la concurrence visent chacun à dissuader les entreprises de commettre des infractions, le risque qui existe est celui d'une « sur-dissuasion », c'est-à-dire l'imposition de sanctions trop lourdes, qui ne seraient pas proportionnées aux comportements incriminés et qui pourraient mettre en péril l'existence des entreprises condamnées. Par ailleurs, il est évident qu'une « sur-dissuasion » pourrait avoir des retombées négatives sur l'effectivité du droit de la concurrence : un risque démesuré de sanctions peut inciter les entreprises à rendre encore plus secrètes et donc indétectables les ententes et à renforcer les mesures de rétorsions à l'égard des parties qui tenteraient de s'en écarter. En outre, comme il a été rappelé de nombreuses fois, la peur de sanctions civiles importantes peut décourager les entreprises à entrer dans des programmes de clémence, et donc, par voie de conséquence, peut nuire à la fois au *public enforcement* et au *private enforcement*.

Un moyen d'éviter cette « sur-dissuasion » peut être de redéfinir le rôle des deux sphères de mise en œuvre du droit de la concurrence autour du second objectif que chacune d'entre elle poursuit. Ainsi, le *public enforcement* serait davantage centré sur son objectif injonctif et le

private enforcement poursuivrait principalement l'objectif compensatoire. L'on peut estimer que cette redéfinition des rôles liée à un bon fonctionnement du *public* et du *private enforcement* suffirait à assurer l'objectif dissuasif. Dans un tel modèle, le rôle du *public enforcement* serait circonscrit à sa mission principale de garant de l'intérêt général (I) et le rôle du *private enforcement* serait centré sur sa mission de protecteur des intérêts privés (II).

I. Le *public enforcement*, garant de l'intérêt général

Afin de poursuivre avec efficacité sa mission de protection de l'ordre public économique, les compétences des autorités de concurrence devraient être centrées sur leur rôle injonctif et devraient tenir compte de la capacité des autorités à engager des enquêtes complexes et adopter des actes de *soft law* garantissant davantage de sécurité juridique. Dès lors, des garde-fous devraient être mis en place pour prévenir des pratiques qui nuiraient à l'effectivité du droit de la concurrence (A), tandis que certaines prérogatives des autorités devraient être davantage incitées et développées (B).

A. Les garde-fous pour garantir une uniformité d'application des règles et un encadrement du montant des sanctions

L'un des enjeux du *public enforcement* est d'assurer une décentralisation de la mise en œuvre du droit de concurrence tout en évitant une application hétérogène des règles (1). Un système où les places du *public* et du *private enforcement* sont rééquilibrées nécessite également d'encadrer le montant des sanctions qui ne doivent pas être trop importantes afin de prévenir un effet "sur-dissuasif" (2).

1. Éviter l'application hétérogène des règles de concurrence

Les règles de concurrence ont aujourd'hui vocation à s'appliquer sur un territoire large, et les modèles américain et européen en sont des exemples. L'étendue géographique du champ d'application des droits de la concurrence rend nécessaire une décentralisation de la mise en œuvre de ces règles. Le modèle européen l'a d'ailleurs prouvé : si, en premier lieu, la Communauté européenne souhaitait centraliser l'application du droit européen de la concurrence afin de prévenir toute disparité dans la mise en œuvre du droit¹⁸⁷, cette méthode s'est rapidement révélée inadaptée, pour deux raisons majeurs : premièrement, car une institution n'est pas capable de contrôler le respect des règles en vigueur sur un territoire aussi large et deuxièmement, car l'application du droit de la concurrence implique de connaître précisément le fonctionnement des marchés étudiés, lesquels peuvent revêtir une dimension géographique limitée. Ainsi, la décentralisation du droit permet, à la fois, de répartir la charge de travail entre plusieurs autorités (ce qui favorise une meilleure instruction des affaires), mais aussi d'assurer une meilleure appréhension des marchés à faible dimension géographique.

La décentralisation de la mise en œuvre ne doit pas se faire au détriment d'une application uniforme des règles. Le cas contraire rendrait bien sûr toute décentralisation contre-productive. Dans un système décentralisé, assurer de bonnes relations entre les institutions des différents niveaux devient primordial puisque cela permet de faire fonctionner tant le squelette du *public enforcement* que le droit de la concurrence lui-même. Sur ce point, le modèle européen, très bureaucratique, semble particulièrement bien fonctionner. Grâce aux principes de primauté et d'uniformité d'application du droit européen, principes fondateurs de l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁸⁸, le droit européen de la concurrence est développé par les institutions européennes (Commission européenne, Conseil de l'Union et Parlement européen, Cour de justice et Tribunal, principalement) puis est intégré, par les États membres, dans les ordres juridiques nationaux. L'adoption de nombreuses lignes directrices et communications par la Commission tend vers davantage d'uniformité et assure plus de sécurité juridique pour les justiciables. Le modèle européen est donc marqué par deux caractéristiques importantes qui manquent au modèle américain : un système hiérarchisé et l'absence de plusieurs institutions à

¹⁸⁷ Voir le règlement n° 17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, OJ 13, 21.2.1962, p. 204–211.

¹⁸⁸ Voir notamment, CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64.

l'échelon "suprême" de la hiérarchie. Aux Etats-Unis, le système n'est pas entièrement hiérarchisé puisque certains acteurs du *public enforcement*, les Etats, appliquent le droit fédéral de la concurrence et leurs droits nationaux, lesquels diffèrent parfois des règles fédérales. En outre, les compétences du *Department of Justice* et de la FTC se chevauchent, ce qui complique une mise en œuvre efficace des règles. Et même si des actes de *soft law* viennent apaiser les relations entre les acteurs et tend à harmoniser l'appréhension du droit de la concurrence, certaines différences demeurent : ainsi, des entreprises parties à une concentration préfèrent que leur projet soit analysé par le *Department of Justice* plutôt que par la FTC, puisque les procédures de cette dernière peuvent prendre plusieurs années. A l'inverse, des entreprises qui commettent des pratiques anticoncurrentielles préféreront que l'affaire soit conduite par la FTC puisque les poursuites du *Department of Justice* peuvent conduire à leurs imposer des amendes conséquentes¹⁸⁹.

2. Encadrer le montant des sanctions

Aujourd'hui encore dans l'Union européenne, les sanctions résultant du *private enforcement* demeurent plus rares que celles imposées par le *public enforcement*, ce qui légitime en quelque sorte les sanctions élevées imposées par les autorités de concurrence. Toutefois, dans un modèle où les places du *public* et du *private enforcement* sont rééquilibrées, il conviendra de revoir à la baisse le niveau des sanctions du *public enforcement*, afin de tenir compte des sanctions du *private enforcement*. La directive 2014/104/UE fait déjà un pas dans ce sens puisqu'elle dispose que les autorités de concurrence peuvent tenir compte de la réparation versée dans le cadre d'un règlement consensuel comme une circonstance atténuante¹⁹⁰.

Un encadrement plus strict du montant des sanctions pourrait nécessiter une modification du mode de calcul des amendes. Si l'on tient compte du fait que les entreprises parties à une infraction peuvent être sanctionnées civilement lors de recours en réparation, deux éléments au moins des amendes publiques nous paraissent problématiques. En premier lieu, la

¹⁸⁹ B. E. Hawk et James D. Veltrop, "Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons For the European Community", précité.

¹⁹⁰ Article 18, paragraphe 3, directive 2014/104/UE.

Commission conçoit que les amendes qu'elle impose visent à punir l'entreprise visée et à dissuader les entreprises, de manière générale, de commettre des pratiques anticoncurrentielles, et que ce caractère dissuasif est assuré lorsque le montant de la sanction dépasse les gains illicites réalisés par l'entreprise incriminée¹⁹¹. En droit français, la notion de dommage à l'économie dépasse également la simple considération aux gains illicites réalisés par l'entreprise. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a estimé que "*le dommage à l'économie ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques*"¹⁹². Or, les gains illicites correspondent justement au montant de la sanction imposée à l'issu des recours en réparation. Dès lors, il n'apparaît pas convenable de faire dépendre les deux modes de sanction de ce même facteur. En deuxième lieu, en droit de l'Union européenne comme en droit français, les sanctions publiques ont vocation à intégrer les conséquences négatives que les pratiques peuvent avoir sur les consommateurs dans leur ensemble¹⁹³. Il est alors possible de se demander dans quelle mesure est-ce que les sanctions imposées par les autorités de concurrence sont-elles détachées de l'objectif compensatoire, puisque bien qu'elles ne permettent pas de réparer un dommage, leur montant est justifié par des considérations liées à l'étendu d'un tel dommage. Dans un modèle équilibré, où le *private enforcement* aurait vocation à s'appliquer à la suite d'une condamnation d'une entreprise par une autorité de la concurrence, les amendes publiques devraient s'écarter des considérations liées aux effets de la pratique, et dépendre davantage (voir seulement) de la gravité de la pratique en elle-même. Cette notion de gravité se comprendra en répondant à la question « dans quelle mesure le comportement constaté est-il éloigné d'un comportement concurrentiel (et pendant combien de temps) ? » et non pas en s'interrogeant sur les effets potentiels de la pratique sur les acteurs du marché en général. Le préjudice qu'a subi le marché lui-même (soit le dérèglement dû au comportement déloyal de l'entreprise) sera réparé par cette sanction.

¹⁹¹ Voir le paragraphe 31 des Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02) ; Note de la délégation de l'Union européenne pour l'OCDE dans le cadre de la "Table ronde sur la quantification par les tribunaux nationaux et les autorités de la concurrence des dommages causés à l'économie", janvier 2011, (DAF/COMP/WD(2011)12), paragraphe 13.

¹⁹² CA Paris, 28 janv. 2009, *Epsé Joué Club*, 2008/00255.

¹⁹³ Note de la délégation de la France pour l'OCDE dans le cadre de la "Table ronde sur la quantification par les tribunaux nationaux et les autorités de la concurrence des dommages causés à l'économie", janvier 2011, (DAF/COMP/WD(2011)16), paragraphe 2 ; note de la délégation de l'Union européenne, précitée, paragraphe 12.

Enfin, afin d'assurer l'objectif dissuasif sans pour autant imposer des amendes justifiées par des raisons proches voir identiques avec celles qui motivent les sanctions des actions en réparation, il conviendra de diversifier les modes de sanction. Les sanctions pénales ont un effet dissuasif fort. En matière de droit de la concurrence, des auteurs américains ont pu estimer l'équivalent, en dollars, d'une peine de prison et même si les résultats sont variables (certaines estiment qu'une année de prison équivaut à une amende d'1,5 million de dollars, d'autres qu'une année équivaut à une amende de 5 million de dollars), ils confirment la force dissuasive des peines de prisons. Ce mode de sanction pourrait être préféré pour les cas d'infractions les plus graves, à conditions de régler les difficultés de mise en œuvre qui empêchent aujourd'hui une application de l'article L. 420-6 du code de commerce (et notamment la question de la responsabilité pénale d'un bénéficiaire de clémence¹⁹⁴).

B. Les éléments importants du *public enforcement* : son rôle directeur et les enquêtes

D'autres traits caractéristiques du *public enforcement* méritent d'être incités : le rôle normatif des institutions de la sphère publique qui sert de fil directeur à une interprétation unifiée du droit de la concurrence dans la sphère publique mais aussi dans la sphère privée (1) et les pouvoirs d'investigations, point majeur du *public enforcement* qui manque au *private enforcement* (2).

1. Le rôle normatif du public enforcement

En développant des actes de *soft law*, les institutions de la sphère publique contribuent, d'une part, à mieux coordonner leurs actions et à appliquer de la même manière les règles de concurrence et, d'autre part, à diffuser leur vision au-delà de leur sphère.

¹⁹⁴ J-B Blaise, "Les sanctions du droit de la concurrence", *Concurrences* n°1-2013, pp. 23-26.

En droit américain, les communications ont été un moyen de régler les différents existants entre les acteurs du *public enforcement*, à différents échelons. Ainsi, les institutions fédérales promulguent des lignes directrices conjointes, et la *National Association of Attorneys General* permet aux procureurs généraux des Etats de coordonner leurs actions. En plus de ces communications horizontales, il existe certains cas de relations verticales entre les acteurs de la sphère publique américaine, notamment en matière de contrôle des concentrations¹⁹⁵. En droit de l'Union européenne, la *soft law* permet d'assurer l'effectivité du droit de la concurrence. Elle permet de rendre fonctionnelle la décentralisation du droit de la concurrence mais aussi de rendre compte de l'interprétation des règles, chose que la *hard law* n'est pas capable de faire¹⁹⁶. Par ailleurs, bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants à l'égard des juridictions, les actes de *soft law* peuvent être utiles pour diffuser la vision qu'à la sphère publique des règles de concurrence et initier un dialogue normatif entre les autorités de concurrence et les juridictions, étant donné que les autorités sont tenues de respecter les principes jurisprudentiels.

2. Les pouvoirs d'investigations du public enforcement

Que ce soit dans le modèle américain ou dans le modèle européen, il est frappant de constater à quel point les acteurs publics sont les mieux placés pour mener des enquêtes. Cet aspect du *public enforcement* mérite bien sûr d'être encouragé puisqu'il permet d'assurer tant l'effectivité du *public enforcement* que celle du *private enforcement*, en favorisant le développement des recours en *follow-on*. Dans le modèle américain, les moyens d'enquête de *Department of Justice* et notamment le recours au FBI apparaissent comme des atouts puissants pour combattre des ententes occultes. Le modèle européen n'est pas non plus en reste puisque la Commission européenne et les autorités de concurrence peuvent procéder également à des visites et saisies. Dans un modèle d'*enforcement* où les rôles du *public* et du *private enforcement* sont équilibrés, il faudra veiller à ce que la sphère publique dispose des moyens financiers adéquats pour effectuer ses enquêtes, ce qui n'est pas toujours le cas, en particulier dans le modèle américain.

¹⁹⁵ Voir Titre 1, I, A, 2.

¹⁹⁶ F. Berrod, "L'utilisation de la *soft law* comme méthode de conception du droit européen de la concurrence", *Revue de l'Union européenne* 2015, p. 283.

Avec des moyens adéquats, les institutions du *public enforcement* peuvent poursuivre des enquêtes menant à la condamnation de restrictions de concurrence par objet, ce pour quoi le *private enforcement* est inefficace. Par ailleurs, dans le domaine des concentrations, il est certainement très difficile pour les acteurs privés de réunir des éléments de preuves afin de bloquer une concentration qui aurait des effets anticoncurrentiels. Le *public enforcement* doit donc voir ses prérogatives concentrées dans certains domaines (ententes occultes, concentrations, aides d'Etat), pour lesquelles le *private enforcement* se révèle, par nature, inefficace.

En outre, le *public enforcement* bénéficie des programmes de clémence pour ses investigations et aucun équivalent à ces programmes ne semble envisageable dans la sphère privée puisque, par définition un recours en réparation est intenté par un demandeur qui détient déjà certains moyens de preuves. Ces programmes de "coopération" entre les entreprises et les autorités, tout comme les engagements et les procédures de non-contestation des griefs doivent bien sûr être encouragées. Il conviendra alors au *private enforcement* de concéder du terrain et de moduler le principe de responsabilité pour fait personnel, ce que nous verrons dans la partie suivante.

Dans un tel modèle, les enquêtes des autorités de concurrence faciliteront les recours en *follow-on* et des amendes moins élevées iront de pair avec davantage de recours en réparation. Ce modèle devra donc s'accompagner d'un *private enforcement* renforcé et centré sur la défense des intérêts privés (II).

II. Le *private enforcement*, garant des intérêts privés

Afin que le *private enforcement* puisse garantir convenablement les intérêts privés, il convient de trouver des outils permettant d'encourager l'action des parties privées (A). Par ailleurs, il convient également d'encadrer ce modèle, afin, encore une fois, d'éviter un effet "sur-dissuasif" (B).

A. Les moyens d'incitation des recours privés

Dans un modèle parfait de *private enforcement*, le principe de réparation intégrale du préjudice doit être le principe dominant. En effet, c'est la promesse d'une réparation intégrale du préjudice qui incite les victimes à initier des recours et qui empêche l'imposition de dommages et intérêts punitifs. Ainsi, les recours en réparations doivent être ouverts pour les acheteurs directs, comme pour les acheteurs indirects. Eu égard au faible montant des préjudices individuels subis par les consommateurs, l'un des éléments d'incitation importants du *private enforcement* est bien sûr l'action collective (1). Par ailleurs, il convient également de s'assurer que les demandeurs aient accès aux preuves, que l'on soit dans l'hypothèse d'un recours en *follow-on* ou d'un recours en *stand-alone* (2).

1. Les actions collectives

Un modèle d'actions collectives en *opt-out* tel que le prévoit le droit américain ne nous paraît pas souhaitable, puisqu'il irait à l'encontre du principe selon lequel une action en justice est intentée à l'initiative du demandeur. En effet, comme nous l'avons détaillé dans la première partie, ce modèle permet d'intenter une action pour le compte de consommateurs sans qu'il soit nécessaire de s'assurer qu'ils aient connaissance d'une telle action. Le modèle français d'actions collectives, tel que mis en place par la loi dite « Hamon », nous paraît être préférable. Un modèle *opt-in* assure que les consommateurs parties au litige aient effectivement connaissance de l'action et y consentent. Ensuite, le modèle français interdit l'octroi de dommages et intérêts punitifs, ce qui permet d'éviter que les actions de groupe créent un coût démesuré à l'encontre des entreprises incriminées. Enfin, l'interdiction de rémunérer les avocats du groupe selon un pourcentage des dommages et intérêts nous paraît être nécessaire pour s'assurer que l'action de groupe poursuive effectivement le but de réparation intégrale du préjudice subi par les consommateurs.

Toutefois, quelques caractéristiques du modèle français pourraient être modifiées pour assurer davantage d'efficacité : en premier lieu, il conviendrait soit de permettre aux avocats de représenter le groupe, soit d'« éduquer » davantage les associations de consommateurs à la

construction de telles affaires, soit encore de permettre à davantage d'associations de se charger de la constitution des groupes. Rappelons qu'aujourd'hui, seules douze associations de consommateurs peuvent mener des actions de groupe. Il est certain qu'avec le temps, les associations de consommateurs deviendront plus au fait de la procédure et plus organisées pour regrouper les demandes des consommateurs, mais il est aussi évident que la constitution d'actions de groupe demande potentiellement des moyens financiers et techniques très importants, ce que les associations de consommateurs ne présentent pas forcément. Ensuite, le second point noir du modèle français réside dans la procédure particulièrement longue de certification des groupes, ce qui alourdit d'autant plus la durée de l'action. N'oublions pas que les actions de groupes sont souvent instituées pour des préjudices individuels faibles et qu'une procédure durant plusieurs années peut décourager les consommateurs d'instituer de telles actions. De ce fait, il conviendrait notamment de revoir la méthode de certification des groupes. Par ailleurs, il pourrait être intéressant d'ouvrir les actions de groupe aux hypothèses d'actions en *stand-alone*. Aujourd'hui, le droit français restreint les actions de groupe pour infraction anticoncurrentielles aux cas où une autorité de concurrence ou instance d'un État membre de l'Union a rendu une décision constatant l'infraction et qui est devenue définitive¹⁹⁷. Même si cela facilite bien évidemment la charge de la preuve incombant au groupe, cette règle restreint les hypothèses d'actions de groupe et allonge la procédure de telles actions puisqu'une décision d'une autorité de concurrence peut devenir définitive après plusieurs années. Ouvrir les actions de groupe aux actions en *stand-alone* en permettant au groupe d'enjoindre le défendeur de produire certaines pièces (sous contrôle du juge), pourrait être une solution.

2. Faciliter l'accès aux preuves des demandeurs

Par définition, et c'est bien là le point faible du *private enforcement*, les demandeurs – particuliers, entreprises, ont un accès relativement limité aux preuves. Contrairement aux autorités de concurrence, les acteurs privés ne disposent pas d'un pouvoir d'investigation leur permettant de saisir des documents sur la base de quelques soupçons. Il ne serait pas pour autant souhaitable d'instaurer une procédure de *discovery* comme il existe en droit américain, compte tenu du risque d'atteinte au secret professionnel qui pourrait en résulter. Cependant, sans aller

¹⁹⁷ Article L. 423-17 du code de la consommation.

jusqu'à cet extrême, il est possible de trouver des moyens de facilitation de l'accès aux preuves qui inciteront d'autant plus les recours privés.

En premier lieu, il apparaît nécessaire d'admettre la *passing-on defence*. La répercussion des surcoûts doit être acceptée pour assurer le droit d'action de toute personne (acheteurs directs et indirects) et pour garantir la seule réparation du préjudice réellement subi. Il pourrait être séduisant d'imposer la charge de la preuve de la répercussion du surcoût sur le demandeur, afin de respecter avec rigueur le principe de l'article 1315 du code civil, selon lequel "*celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*". Toutefois, eu égard au coût de production d'une telle preuve, il convient de la faire reposer sur le défendeur, ce qui participe d'une incitation des actions privées. En deuxième lieu, l'allègement de l'objet de la preuve des acquéreurs indirects prévu par l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2014/104/UE semble être une évolution bienvenue en ce qu'elle permet de rendre envisageable des actions en justice par les acquéreurs indirects, qui sont, par définition, éloignés des défendeurs et subissent un objet de la preuve alourdi. Enfin, il convient d'assurer aux demandeurs la possibilité d'enjoindre le défendeur à produire des moyens de preuves, avant tout procès, ou dans le cadre du recours. Se pose alors la question de savoir qui, du sollicitant ou du sollicité doit s'acquitter du coût que représente la production de telles pièces ? Il semblerait préférable que le coût incombe au sollicité, quitte à ce qu'il soit reversé par le sollicitant au sollicité à l'issue du recours si celui-ci n'aboutit pas. Toutefois, le droit espagnol semble préférer la solution inverse. Dans son projet de loi relatif à la transposition de la directive 2014/104/UE, la *Comisión General de Codificación* propose de faire peser le coût de la production de preuve sur la partie qui sollicite leur production¹⁹⁸.

Si les actions privées doivent être encouragées, il convient également d'encadrer ces recours, afin de les concilier avec les actions menées par la sphère publique (B).

¹⁹⁸ Voir la modification proposée de l'article 283 bis, f), 1, du code de la procédure civile, propuesta de ley de la sección especial para la trasposición de la directiva 2014/104/ue, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión europea.

B. Les moyens d'encadrement des recours privés

Afin d'assurer l'effectivité des deux modes de mise en œuvre du droit de la concurrence et du respect des règles de concurrence, il convient d'encadrer le *private enforcement* de deux manières : dans leur dimension interne, les règles encadrant le *private enforcement* doivent garantir un mode de réparation du préjudice adéquat (1) ; dans leur dimension externe, elles doivent garantir l'indépendance du *private enforcement* vis-à-vis du *public enforcement* (2).

1. Garantir un mode de réparation adéquat

Afin de trouver un équilibre entre incitation des actions privées et proportionnalité des sanctions, il convient de limiter les dommages et intérêts à la réparation intégrale du préjudice subi. L'octroi de dommages et intérêts punitifs est séduisant puisqu'il permet d'inciter fortement les parties privées à intenter des recours civils. Il apparaît cependant clairement disproportionné dans le cas de recours civils en *follow-on* et ne trouve pas de réel fondement dans le cas d'actions en *follow-on* puisqu'il ne répond pas à l'objectif compensatoire. Ensuite, il convient d'éviter des modes de réparations originaux comme l'octroi de bons de réductions, possible aux Etats-Unis. La réparation doit assurer que les victimes reçoivent effectivement une compensation financière pour le dommage subi et qu'entreprise condamnée soit effectivement tenue de payer ladite compensation. Enfin, en ce qui concerne le paiement des avocats des demandeurs, il apparaît préférable de ne pas autoriser un paiement des avocats calculé selon un pourcentage des dommages et intérêts octroyés aux demandeurs puisque cela incitera les avocats à défendre uniquement les affaires qu'ils estiment financièrement intéressantes.

Par ailleurs, il convient également de limiter l'accès des parties aux preuves. Comme a pu l'énoncer la Cour suprême des Etats-Unis, qui estime dans l'arrêt *Bell Atlantic Corp v Twombly*¹⁹⁹ que la plainte doit franchir la ligne entre possibilité et plausibilité (*to cross "the line between possibility and plausibility"*) pour que la partie accède à la *discovery*, la capacité des demandeurs à accéder aux preuves détenues par l'autre partie ou un tiers doit être limitée : les actes dont la production est demandée doivent être suffisamment déterminés et le juge qui

¹⁹⁹ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

ordonne leur production doit mettre en balance la protection du secret des affaires avec la protection des droits des parties. Cela est déjà reconnu par le droit français bien que ce dernier ne conçoit pas toujours la protection du secret des affaires comme un empêchement légitime justifiant un refus de communication de pièces à la suite d'une injonction²⁰⁰.

2. Assurer l'indépendance du *private enforcement* par rapport au *public enforcement*

Enfin, et malgré les avantages que peuvent présenter les institutions du *public enforcement* pour les actions privées (accès aux preuves et quantification du préjudice notamment), il convient d'être prudent dans les relations qu'entretiennent les deux sphères et d'assurer l'indépendance du *private enforcement*.

Il ne faut pas oublier que les deux modes de mise en œuvre du droit de la concurrence ont, tous les deux, vocation à mettre en œuvre les règles de concurrence, et ce sans relation hiérarchique. La Cour de justice de l'Union a elle-même reconnu que les autorités de concurrence comme les juridictions nationales assuraient l'application effective des règles de concurrence dans l'intérêt général²⁰¹. Cette absence de relation hiérarchique est encore reconnue explicitement par l'avocat général MAZÁK dans ses conclusions sur l'arrêt *Pfleiderer*²⁰². Or, reconnaître un rôle aux autorités de concurrence dans le cadre de recours privé peut amener à créer un lien hiérarchique entre les deux sphères de mise en œuvre.

Ainsi, reconnaître que les décisions des autorités de concurrence lient les juridictions nationales pourrait créer un lien de subordination entre le *public enforcement* et le *private enforcement*. Les juges verraient leur rôle fortement atténué et risqueraient de ne plus être que de simples assesseurs de préjudices²⁰³. Cela pose également des questions d'indépendance de la justice puisque les juridictions se retrouveraient liées à des autorités qui dépendent du pouvoir exécutif. En outre, les autorités de concurrence pourraient se retrouver limitées dans leur rôle

²⁰⁰ Voir, par exemple, Civ. 1re, 21 juill. 1987.

²⁰¹ Arrêt *Pfleiderer*, précité, point 19.

²⁰² Conclusions de l'avocat général MAZÁK sur l'arrêt *Pfleiderer*, précité, point 40.

²⁰³ A. Komnios, "The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari", précité.

puisqu'elles ne décideraient plus pour elles-mêmes mais aussi pour le compte des juridictions. La directive 2014/104/UE prévoit qu'une décision d'une autorité de concurrence ou d'une juridiction nationale constatant une infraction constitue une preuve irréfutable seulement dans le cas où un recours en réparation est introduit dans le même Etat. Dans le cas où le recours en réparation est introduit dans un autre Etat membre, une telle décision constitue seulement un commencement de preuve²⁰⁴. Toutefois, le droit français prévoit déjà que, dans le cadre d'actions de groupe, les décisions rendues par des autorités ou juridictions nationales aient valeur de preuve irréfutable²⁰⁵. Et dans son projet de loi de transposition de la directive, la *Comisión General de Codificación* propose également que de telles décisions soient des preuves irréfutables aux fins d'une action en réparation en Espagne²⁰⁶.

Enfin, reconnaître la compétence des autorités de concurrence dans la quantification du préjudice des demandeurs peut également produire des effets négatifs sur les deux sphères de mise en œuvre. En effet, cela diminue la compétence du juge pour estimer le dommage et confère aux autorités de concurrence la charge de poursuivre l'objectif compensatoire. Or, par nature, les autorités de concurrence doivent avoir un statut neutre et ne pas servir les intérêts privés. Et leur donner le rôle de quantifier le dommage pourrait affaiblir la notion de restriction de concurrence par objet, par exemple, puisque cette notion, par définition, recouvre des hypothèses où les infractions n'ont pas causé de préjudices²⁰⁷. Aujourd'hui, dans l'Union européenne, les autorités n'ont pas la charge de quantifier les dommages, mais la directive 2014/104/UE autorise les juridictions nationales à demander aux autorités de quantifier ce préjudice, sous réserve que l'autorité estime son aide appropriée, ce qui pourrait, en pratique mener à un renvoi constant aux autorités de concurrence sur ce sujet.

* * * * *

La solution aux relations entre *public* et *private enforcement* ne se retrouve certainement pas dans un assujettissement du second au premier, au risque sinon de faire sortir le contentieux de l'organe judiciaire pour le replacer au sein d'une autorité qui, rappelons-le, est administrative.

²⁰⁴ Article 9 de la directive 2014/104/UE.

²⁰⁵ Article L. 423-17 du code de la consommation.

²⁰⁶ Modifications proposées de l'article 75, paragraphe 1, de la loi 15/2007.

²⁰⁷ A. Komnios, "The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari", précité.

La tentation est forte de ne conférer qu'un rôle de *follow-on* au *private enforcement*, eu égard à la difficulté et au coût que représente l'acquisition de preuves pour les parties privées. Toutefois, en facilitant l'accès aux preuves, en permettant d'enjoindre les parties adverses de produire des preuves, en usant de présomptions pour faciliter l'objet de la preuve, et en établissant de nouvelles sortes de recours comme les actions de groupe, il est possible d'encourager et de faciliter les actions privées, quel que soit le statut du demandeur (acquéreur direct ou indirect, professionnel ou consommateur) et ce dans les deux dimensions du *private enforcement* (recours *follow-on* et *stand-alone*). Non seulement le contentieux des pratiques anticoncurrentielles y gagnera en justice mais cette dualité d'application des règles pourra être l'occasion d'un dialogue, entre sphère administrative et sphère judiciaire, sur la compréhension des règles. Le droit de la concurrence, domaine mouvant de par sa nature, n'en sera que renforcé.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Traduction française de D. Mazel de 1795 à partir de la 5e édition de Londres de 1725.

II. ARTICLES, CONTRIBUTIONS, INTERVENTIONS

“L’échec des actions de groupe en France : pourquoi ?”, *Blog Vogel & Vogel*, <http://www.vogel-vogel.com/blog/l%E2%80%99echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

“Relation entre action publique et action privée”, document de la France pour le groupe de travail n°3 de l’OCDE, sur la coopération et l’application de la loi, 2015, DAF/COMP/WP3(2015)1.

“Relationship between public and private antitrust enforcement - United States”, *121st meeting of the Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement*, OCDE, 15 juin 2015 (DAF/COMP/WP3/WD(2015)11).

“Relationship between public and private antitrust enforcement”, document du Secrétariat de l’OCDE pour le groupe de travail n°3 sur la coopération et l’application de la loi, 2015, DAF/COMP/WP3(2015)14.

A. Komnios, “The Relationship between Public and Private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari”, in P. Lowe and M. Marquis (éd.), *European Competition law Annual: 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, Portland, 2014, pp. 141-157.

Autorité de la Concurrence, Entrée Libre n°8, Mai-Août 2010.

B. Baer, “Public and Private Antitrust Enforcement in the United States”, *Remarks as Prepared for Delivert to European Competition Forum 2014*, Bruxelles, février 2014.

B. E. Hawk et James D. Veltrop, "Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons For the European Community", in P. J. Slot et A. McDonnell (dir.), "Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law", *Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law*, Sweet & maxwell, London, 1993.

B. Hawk et L. Laudati, "Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison", *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, 1996.

E. Cavanagh, "Antitrust Remedies Revisited", 84 *Or. L. Rev.* 147, 214 (2005).

E. Fox, "US and EU Competition Law: A Comparison", in Edward Montgomery Graham, J. David, *Global Competition Policy*, Institute For International Economics, Washington DC, 1997.

F. Berrod, "L'utilisation de la soft law comme méthode de conception du droit européen de la concurrence", *Revue de l'Union européenne* 2015, p. 283.

H. Kalven et M. Rosenfield, "The Contemporary Function of the Class Suit", *University of Chicago Law Review* 4 (1941), p. 648.

J.-B. Blaise, « Les sanctions du droit de la concurrence - la sanction pénale », *Concurrences* N°1-2013, pp. 23-26.

J.-C. Roda, "Les enquêtes en droit américain de la concurrence", *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n° 17, pp. 2-4.

J.C-. Roda, "Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation", in Dossier spécial « affaire Microsoft », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n° 17.

Note de la délégation de l'Union européenne pour l'OCDE dans le cadre de la "Table ronde sur la quantification par les tribunaux nationaux et les autorités de la concurrence des dommages causés à l'économie", janvier 2011, (DAF/COMP/WD(2011)12).

R. Amaro, “Charge et objet de la preuve du lien de causalité dans la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles”, *RLC*, 2015/127, p. 19 et s.

R. Amaro, “La transposition de la directive 201/104/UE en droit français”, *Concurrences* N° 2-2015, pp. 21-24.

R. Amaro, « Fasc. 316 : Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. - Actions. Compétences », *JCL Concurrence - Consommation*, LexisNexis, 2015.

R. Van Den Bergh, “Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n°1, 2013, pp. 12-34.

R.H. Lande et J.P. Davis, « Benefits From Private Enforcement: An Analysis of Forty Cases », *University of San Francisco Law Research Paper* No. 2010-07, pp. 879-918.

S. Mobley and Baker & McKenzie, « Getting the Deal Through: Private Antitrust Litigation 2016 », *Global Competition Review*, 2015, pp. 157-162.

W. Branigin, “Congress Changes Class Action Rules”, *The Washington Post*, 17 février 2005.

III. NORMES JURIDIQUES

A. NORMES ETATS-UNIENNES

15 U.S.C. § 1311 et s.

18 U.S.C. §§ 1001, 1621, 1623, 2518.

Loi du 9 mars 1889, ch. 257, 1889 Kan. Sess. Laws. 389.

Section 4(c) Clayton Act.

B. NORMES EUROPEENNES

CEE Conseil : Règlement n° 17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, OJ 13, 21.2.1962, p. 204–211.

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Traité de l'Union européenne.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

IV. COMMUNICATIONS, REGLES NON CONTRAIGNANTES

A. REGLES ETATS-UNIENNES

Antitrust Criminal Investigative improvement Act, 2005, art. 443.

Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L., n° 108-237.

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, avril 2000.

Horizontal Merger Guidelines, FTC and U.S. Department of Justice, 19 août 2010.

National Association of Attorneys General, 22 ANTITRUST REP., March 1995.

Protocol for Coordination in Merger Investigations between the Federal Enforcement Agencies and States Attorneys General (Mar. 1998).

B. REGLES EUROPEENNES

Commission Staff Working Document, Impact Assesement Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (COM(2013) 404 final).

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM(2013) 401 final et 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).

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, (2004/C 101/03), OJ C 101, 27.4.2004, p. 43–53.

Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, OJ C 298, 8.12.2006, p. 17–22.

Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02).

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).

Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM(2008) 794, 27 nov. 2008 non publié au J.O.U.E.

C. REGLES ESPAGNOLES

Propuesta de ley de la sección especial para la trasposición de la directiva 2014/104/ue, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión europea.

V. JURISPRUDENCE

A. JURISPRUDENCE ANGLO-SAXONNE

8 U.S. District Court for the Southern District of California, In re Ferrero Litigation, No. 11-CV-205 H, <https://nutellaactionsettlement.com/>.

Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

California v. American Stores Co., 495 U.S. 271 (1990).

Comcast Corp. v. Behrend, 133 S Ct 1426 (2013).

Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).

FTC v. Ticor Title Insurance Co., 504 U.S. 621 (1992).

Hanover Shoe & Co v United Shoe machinery Corporation, 392 US 481 (1968).

Hawaii v. Standard Oil Co. of California, 405 U.S. 251 (1972).

Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 501 (1947).

Illinois Brick Co. v. Illinois 431 U.S. 720 (1977).

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 635 (1985).

United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).

United States v. Microsoft, 253 F.3d 34, D.C. Cir. (2001).

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S Ct 2541 (2011).

B. JURISPRUDENCE EUROPEENNE

CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64.

CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, aff. 33-76.

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

TPICE, 18 sept. 1992, *Automec*, aff. T-24/90.

CJCE, 13 juill. 1996, *Manfredi*, aff. C-259 à 298/04.

CJCE, 4 mars 1999, *Ufex e.a. / Commission*, aff. C-119/97 P.

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

CJUE, 14 juin 2001, *Pfeiderer*, aff. C-360/09, et conclusions de l'avocat général MAZÁK sur l'arrêt.

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

Trib.UE, 15 déc. 2011, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commission européenne*, aff. T-437/08.

TPICE, 8 juill. 2004, *Corus*, aff. T-48/00.

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

CJUE, 5 juin 2014, *Koné*, aff. C-557/12.

CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, aff. C-352/13.

Conclusions de l'avocat général Kokott du 14 avril 2016 sur l'arrêt *Pilkington Group Ltd e.a. contre Commission européenne*, aff. C-101/15 P, point 33.

C. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Cass. com., 15 oct. 1996, n°94-21.008.

Cass. com., 19 janv. 2010, *Semavem*, n°08-19.761.

CA Paris, ch. 5-4, 16 févr. 2011, *SCA Le Gouessant c/ SA Ceva Santé et SAS Ajinomoto Eurolysine*, n° 08/08727.

Cass. Com., 15 mai 2012, *Le Gouessant*, 11-18.495.

Décision 13-D-11 du 14 mai 2013, *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur pharmaceutique* ; décision 10-D-39 du 18 décembre 2013, *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale*.

CA Paris, ch. 5-4, 20 nov. 2013, *Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS Ma Liste de courses et al.*, n°12/05813.

CA. Paris, ch. 5-5, 27 févr. 2014, *SNC Doux Aliments Bretagne et al. c/ Sté Ajinomoto Eurolysine*, n°10/18285.

Décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express, paragraphes 1197 à 1211.

VI. SITES INTERNET

http://articles.latimes.com/1992-03-25/business/fi-4362_1_milli-vanilli.

<http://instituteforlegalreform.com/issues/issue.docload.cfm?docId=1061>.

www.rotlaw.com/legal-library/what-is-a-contingency-fee.