



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit européen des affaires
Dirigé par M. Louis Vogel
2016**

***Action de groupe et droit de la
concurrence - Perspective comparative
des droits français, allemand et européen***

Laurène Thouvenin

Sous la direction de Louis Vogel



Université Panthéon-Assas

Master 2 en Droit européen des affaires
Double cursus en droits français et allemand à Munich

Année universitaire 2015/2016

Action de groupe et droit de la concurrence

Perspective comparative des droits français, allemand et européen

Mémoire rédigé par

Laurène Thouvenin

Sous la direction de M. le Professeur Louis Vogel

Liste des abréviations

| | |
|-------------|---|
| 4G | Quatrième Génération (norme de téléphonie mobile) |
| aff. | affaire |
| AG | Aktiengesellschaft (équivalent allemand de la S.A. française) |
| AJ | L'actualité juridique |
| AJDA | L'actualité juridique, droit administratif |
| art. | article |
| Aut. conc. | Autorité de la concurrence |
| Az. | Aktenzeichen (numéro de référence) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (équivalent allemand du Code civil français) |
| BGBI | Bundesgesetzblatt (Journal officiel) |
| BGH | Bundesgerichtshof (cour suprême fédérale allemande) |
| BT-DR | Drucksachen des Deutschen Bundestages (publication du Parlement fédéral allemand) |
| c/ | contre |
| C. comm. | Code de commerce |
| C. consomm. | Code de la consommation |
| Cass. Com. | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| CDU | Christlich-Demokratische Union (parti chrétien-démocrate d'Allemagne) |
| CE | Communauté européenne |
| cf. | confer |
| chr. | chronique |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes (ancêtre de la CJUE) |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CLVC | Consommation logement et cadre de vie |
| Cons. conc. | Conseil de la concurrence (ancêtre de l'Autorité de la concurrence) |
| CSU | Christlich-Soziale Union (aile bavaroise du parti chrétien-démocrate) |
| décis. | décision |

| | |
|----------|--|
| EC | european community |
| éd. | édition |
| EU | europäische Union ou european Union |
| Fasc. | fascicule |
| FDP | Freie Demokratische Partei (parti libéral allemand) |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions à la concurrence) |
| ibid. | ibidem |
| IP | Communiqué de presse de la Commission européenne |
| JCP | Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique) |
| KapMuG | Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (loi sur les procédures modèles destinée aux investisseurs financiers) |
| LME | Loi de Modernisation de l'Economie |
| MEDEF | Mouvement des entreprises de France |
| MEMO | Mémorandum de la Commission européenne |
| Nr. | Nummer (numéro) |
| OLG | Oberlandesgericht (équivalent allemand du Tribunal de grande instance français) |
| p. | page |
| PME | petites et moyennes entreprises |
| pt. | point |
| RTD Eur. | Revue trimestrielle de droit européen |
| RTD Com. | Revue trimestrielle de droit commercial |

| | |
|-------|--|
| s. | suivant |
| S. | Seite (page) |
| S.A. | société anonyme |
| SDNY | Southern District of New-York |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands (parti social démocrate allemand) |
| spéc. | spécifiquement |
| TCE | Traité instituant la Communauté européenne (ancêtre du TFUE) |
| TFUE | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| UE | Union européenne |
| UFC | Union fédérale des consommateurs |
| USA | United States of America |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale) |
| vs | versus |
| ZPO | Zivilprozessordnung (équivalent allemand du Code de procédure civile français) |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |

Sommaire

| | |
|--|------|
| Liste des abréviations..... | II |
| Sommaire | V |
| Résumé..... | VI |
| Plan..... | VIII |
| Introduction | 1 |
| Partie 1 : L'impulsion du droit de l'Union européenne dans l'introduction d'une action collective de concurrence | 3 |
| Titre 1 : Un défi aux enjeux multiples nécessitant des solutions appropriées | 3 |
| Titre 2 : Des réticences partagées en France et en Allemagne ou la pénible réforme des systèmes nationaux | 24 |
| Partie 2 : Les faiblesses de l'action de groupe de concurrence dans les systèmes français et allemand..... | 42 |
| Titre 1 : Les limites à l'efficacité de la loi Hamon | 43 |
| Titre 2 : La défaillance partielle des mécanismes allemands | 52 |
| Conclusion | 64 |
| Bibliographie | XII |

Résumé

Le débat relatif à l'introduction d'une action collective dans le droit de la concurrence n'est plus nouveau. Il est pourtant toujours d'actualité. Le présent mémoire s'interroge sur la pertinence et l'opportunité d'une telle action dans les systèmes juridiques français et allemand, au sens où l'entendent les institutions européennes. L'émergence de l'action collective de concurrence dans les Etats membres part en effet d'une impulsion donnée par l'Union, comme le montre la première partie de cette étude. De plus en plus victime des litiges de masse, le consommateur est en droit d'obtenir juste indemnisation. Or, après avoir ouvert le droit de la concurrence aux acteurs privés, l'Union européenne est encore insatisfaite de la disparité des droits nationaux. En plus de priver les consommateurs d'une protection et d'une indemnisation suffisantes, cette disparité ouvre la porte à l'indésirable *forum shopping*. L'action collective au niveau européen apparaît donc comme la mesure adéquate pour parer ces failles. Pourtant, l'intervention de l'Union en la matière n'est pas si évidente. Cette dernière se heurte en effet à des problèmes de compétence, puisque les Etats membres sont en principe les seuls habilités à régler les questions procédurales. Après une longue phase de réflexion, l'Union adopte finalement deux documents fondamentaux et complémentaires : la recommandation du 11 juin 2013 et la directive du 26 novembre 2014. Mais la France et l'Allemagne ont quelques difficultés à les mettre en œuvre. L'action collective de concurrence est en effet loin de faire l'unanimité. Si la France a adopté la loi Hamon, cette dernière n'est que partiellement conforme aux mesures voulues par l'Union. L'Allemagne, quant à elle, se refuse encore aujourd'hui d'introduire une nouvelle action collective, car elle estime que son système actuel est suffisamment adapté à la protection des consommateurs. Ces réticences partagées entre la France et l'Allemagne s'expliquent de plusieurs manières : non seulement l'Union européenne ne réalise qu'un compromis à minima, mais elle concentre en plus sa réflexion sur l'indemnisation du consommateur, en oubliant parfois les autres buts et fonctions du droit de la concurrence. Par ailleurs, l'Union fait abstraction des mécanismes individuels propres aux Etats membres, qui assurent pourtant une protection satisfaisante du consommateur. La deuxième partie de ce mémoire met donc l'accent sur les faiblesses des dispositifs collectifs de concurrence en France et en Allemagne : la loi Hamon, à cause de ses nombreuses restrictions, aboutit finalement à un bilan décevant. L'Allemagne, quant à elle, est dotée de nombreux mécanismes collectifs en droit de la concurrence. Pourtant, aucun ne vise à directement indemniser les consommateurs. En ce sens, le système allemand ne répond aucunement aux attentes de la Commission. Pourtant, les mécanismes du droit allemand pourraient s'avérer prometteurs si leurs domaines d'applications venaient à être élargis. Finalement, dans les deux Etats, le constat est le même : pour indemniser les consommateurs victimes des violations du droit de la concurrence, les

actions individuelles s'avèrent souvent plus adaptées que les actions collectives. Le but de ce mémoire n'est pourtant pas de présenter l'action collective de concurrence comme idée vaine et vouée à l'échec : c'est essentiellement la manière dont elle est conçue au niveau européen (axée essentiellement sur le consommateur au détriment des entreprises) qui la rend inadaptée au droit de la concurrence.

Plan

| | |
|--|----|
| Introduction | 1 |
| Partie 1 : L'impulsion du droit de l'Union européenne dans l'introduction d'une action collective de concurrence | 3 |
| Titre 1 : Un défi aux enjeux multiples nécessitant des solutions appropriées | 3 |
| Chapitre 1 : Les motivations européennes dans la création d'une action collective de concurrence | 4 |
| I/ La reconnaissance jurisprudentielle du droit à indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles : une avancée fondamentale mais insuffisante..... | 4 |
| A) Le <i>private enforcement</i> au service d'un objectif d'effectivité..... | 4 |
| 1) La portée des articles 101 et 102 TFUE | 5 |
| 2) L'encouragement du <i>private enforcement</i> | 5 |
| B) La portée limitée du droit à indemnisation ou l'argument des difficultés procédurales dans les Etats membres | 7 |
| II/ Le <i>Forum Shopping</i> comme conséquence de la disparité des droits nationaux | 8 |
| A) Aperçu de la diversité des modèles d'action de groupe au sein des Etats membres | 8 |
| B) Le risque de <i>Forum Shopping</i> | 10 |
| 1) Le choix d'un forum au sein de l'Union européenne | 10 |
| 2) La délocalisation du contentieux aux Etats-Unis..... | 11 |
| Chapitre 2 : Les démarches entreprises par l'Union européenne..... | 12 |
| I/ La recherche de fondements juridiques appropriés..... | 13 |
| A) L'autonomie procédurale des Etats membres comme obstacle à surmonter | 13 |
| B) Les bases légales | 13 |
| C) Les instruments juridiques | 14 |
| II/ La longue et minutieuse phase de réflexion | 15 |
| A) Les documents d'orientation | 16 |
| 1) Le livre vert de 2005..... | 16 |
| 2) Le livre blanc de 2008 | 17 |
| B) La consultation publique de 2011 | 18 |

| | |
|--|----|
| III/ L'aboutissement de la réflexion : complémentarité de la recommandation du 11 juin 2013 et de la directive du 26 novembre 2014 | 20 |
| A) Des documents complémentaires | 20 |
| B) La recommandation du 11 juin 2013 | 21 |
| C) La directive du 26 novembre 2014..... | 21 |
| | |
| Titre 2 : Des réticences partagées en France et en Allemagne ou la pénible réforme des systèmes nationaux | 24 |
| | |
| Chapitre 1 : Le fastidieux aboutissement de la loi Hamon | 24 |
| | |
| I/ L'introduction de l'action collective en droit français, une volonté ancienne longtemps débattue . | 24 |
| A) La multiplication de projets peu concluants..... | 24 |
| B) Les freins à l'introduction d'une action collective | 26 |
| 1) Les arguments juridiques | 26 |
| 2) Les arguments économiques | 27 |
| II/ La loi Hamon, un compromis partiellement conforme à la volonté européenne..... | 28 |
| A) Le choix d'inclure le droit de la concurrence | 29 |
| B) Les bénéficiaires et les acteurs de l'action..... | 29 |
| C) Une frontière floue entre <i>opt-in</i> et <i>opt-out</i> | 30 |
| D) La spécificité du <i>follow-on</i> | 31 |
| E) La subordination au <i>public enforcement</i> | 32 |
| F) L'alternative de la médiation | 33 |
| | |
| Chapitre 2 : Des blocages persistants en droit allemand | 33 |
| | |
| I/ Le scepticisme de la majorité..... | 34 |
| A) Les arguments économiques et procéduraux classiques | 34 |
| B) L'argument tiré de la suffisance des procédures collectives préexistantes..... | 34 |
| 1) Les nombreux mécanismes d'actions collectives de concurrence en droit allemand | 35 |
| a) Les actions collectives en cessation | 35 |
| b) L'action collective pour l'absorption illégale des bénéficiaires (Verbandsklage zur Gewinnabschöpfung) | 35 |
| c) La Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz | 36 |
| 2) Appréciation de l'argumentation | 37 |

| | |
|---|----|
| II/ Volonté d'évolution et proposition de loi de la fraction Bündnis 90/Die Grünen | 37 |
| A) Présentation de la proposition du 21 mai 2014 | 37 |
| B) Rejet de la proposition | 38 |
| Chapitre 3 : Les écueils de la réflexion européenne dans l'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence | 39 |
| I/ Un compromis a minima..... | 40 |
| II/ La trop forte focalisation sur la protection du consommateur..... | 41 |
| A) Le consommateur au centre de la réflexion européenne | 41 |
| B) Finalités du droit de la concurrence..... | 41 |
| III/ L'absence d'appréciation globale des systèmes nationaux | 42 |
| Partie 2 : Les faiblesses de l'action de groupe de concurrence dans les systèmes français et allemand..... | 42 |
| Titre 1 : Les limites à l'efficacité de la loi Hamon | 43 |
| Chapitre 1 : Obstacles pratiques et problèmes de conception | 43 |
| I/ Un champ d'application réduit | 43 |
| A) Le champ d'application matériel limité aux pratiques anticoncurrentielles et aux dommages matériels | 43 |
| B) Le champ d'application personnel limité aux consommateurs | 44 |
| II/ Des procédures rallongées par le mécanisme du <i>follow-on</i> | 45 |
| III/ La difficile évaluation du préjudice concurrentiel..... | 46 |
| A) Enjeu | 46 |
| B) Conversion en un préjudice individuel indemnisable | 46 |
| C) Répartition de la somme à réparer | 47 |
| IV/ Déséquilibre de la procédure au détriment des entreprises..... | 47 |
| A) Une option offerte au consommateur..... | 47 |
| B) Risques accrus pour les entreprises | 48 |
| V/ Un bilan décevant..... | 49 |
| Chapitre 2 : Les alternatives à l'action collective de concurrence en droit français | 50 |

| | |
|--|----|
| I/ L'action individuelle | 50 |
| II/ L'essor des actions « groupées » en dehors du cadre légal | 51 |
| | |
| Titre 2 : La défaillance partielle des mécanismes allemands | 52 |
| | |
| Chapitre 1 : L'absence de mécanisme d'action collective en dommages et intérêts..... | 53 |
| | |
| I/ Décalage entre la volonté européenne et le système allemand : l'absence de droit à agir en indemnisation pour le consommateur en matière de concurrence | 53 |
| II/ Débat doctrinal sur l'introduction d'un droit à réparation pour les consommateurs en matière de concurrence déloyale | 54 |
| A) La doctrine majoritaire contre l'octroi d'un droit à indemnisation | 55 |
| B) La doctrine minoritaire pour l'octroi d'un droit à indemnisation | 55 |
| | |
| Chapitre 2 : La portée pratique restreinte des mécanismes collectifs préexistants | 56 |
| | |
| I/ L'efficacité partielle de l'action collective pour absorption illégale de bénéfices (<i>Verbandsklage zur Gewinnabschöpfung</i>) | 56 |
| A) Un but préventif de dissuasion | 56 |
| B) Les principales difficultés | 58 |
| 1) La preuve d'un acte illégal intentionnel..... | 58 |
| 2) L'octroi des bénéfices absorbés au budget fédéral | 58 |
| II/ La <i>Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz</i> : un mécanisme limité mais prometteur..... | 59 |
| A) Les faiblesses actuelles..... | 59 |
| B) Des applications pratiques limitées | 60 |
| C) Un mécanisme prometteur pour indemniser les victimes du droit de la concurrence | 61 |
| | |
| Chapitre 3 : Les actions individuelles du BGB comme alternatives..... | 62 |
| | |
| I/ Une application alternative des règles de responsabilité civile..... | 62 |
| II/ Une alternative plus avantageuse pour le consommateur et complémentaire des autres outils.... | 63 |
| | |
| Conclusion | 64 |

Introduction

En mars 2012, l'Autorité de la concurrence française condamnait plusieurs meuniers qui avaient fixé les prix de vente de la farine en grande distribution¹. Les meuniers avaient limité leur production et s'étaient répartis la clientèle entre eux. En plus de cela, un cartel transfrontalier visait à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne. L'Autorité de la concurrence, estimant que l'entente avait provoqué pour le consommateur un surcoût de 11% sur un produit « de consommation courante et indispensable »², infligea aux producteurs de farine une amende d'une valeur de 242,4 millions d'euros. Mais l'amende, bien qu'elle ait un effet répressif et dissuasif auprès des entreprises, ne dédommage pas les consommateurs du préjudice qu'ils ont subi. Certes, le préjudice d'une victime isolée est trop faible pour motiver une action en justice de sa part. En revanche, si les victimes se regroupaient toutes ensemble, la somme en jeu deviendrait conséquente. L'exemple des producteurs de farine est loin de constituer un cas isolé et illustre l'enjeu principal de l'introduction d'une action collective dans le domaine du droit de la concurrence. Il existe une asymétrie importante à la fois de pouvoirs, de droits et de moyens entre les auteurs et les victimes de dommages. L'action collective vise en conséquence à rééquilibrer le rapport de force entre un consommateur, vulnérable et isolé, et une grande entreprise, puissante et influente. De plus, ce mécanisme, en ce qu'il consiste à concentrer l'ensemble des affaires devant un seul juge, est tourné vers une meilleure efficacité de l'action judiciaire. Pour résumer en quelques mots, l'action collective peut être appréhendée comme une illustration du proverbe selon lequel l'union fait la force.

Connu sous son équivalent américain de « class action », l'action collective est avant tout d'une action en justice. C'est un pouvoir reconnu aux sujets de droit, de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits ou de leurs intérêts légitimes. Certains distinguent l'« action collective » de l'« action de groupe ». Mais dans un souci de clarté et de simplicité, les deux termes seront employés comme des synonymes tout au long de ce mémoire et appréciés de manière large. Les définitions diffèrent d'un Etat membre à l'autre, car au sein des Etats de l'Union européenne, il n'existe pas un mais plusieurs modèles d'action collective. Parallèlement, les institutions européennes ont, par différentes recommandations et lignes directrices à l'intention des Etats membres, fini par développer un « modèle d'action collective européen ». L'appréciation que fait l'Union européenne de l'action collective peut donc être utilisée comme point d'ancrage. Dans

¹ Aut. conc., déc. n° 12-D-09 du 13 mars 2012.

² Aut. conc., déc. n° 12-D-09 du 13 mars 2012, pt. 810.

son principe, l'action permet à plusieurs sujets de droits (souvent des consommateurs) d'agir ensemble, par l'intermédiaire d'une seule personne morale, pour défendre leurs intérêts. Les principales caractéristiques sont les suivantes : un groupe dont les membres ont subi un dommage similaire, un représentant qui agit dans l'intérêt du groupe, et une décision de justice qui lie l'ensemble des membres. Si l'action collective vise essentiellement à protéger le consommateur, ou d'une manière plus générale la partie « faible », elle n'a pas pour but de faire naître des droits nouveaux. Au contraire, elle vise à garantir l'efficacité de l'application de droits déjà existants. Comme le rappelle souvent la Commission européenne, le mécanisme est double : mettre fin ou empêcher les agissements illicites qui ont un effet négatif sur un groupe de personnes, et/ou indemniser des personnes pour les dommages causés par des actes ou comportements illégaux. On distingue donc l'action collective en cessation de l'action collective en indemnisation.

La question se pose de l'opportunité d'une telle action dans le droit de la concurrence. Au sens large, le droit de la concurrence règle non seulement les entraves au libre jeu de la concurrence (par la constitution d'ententes ou l'exploitation de positions dominantes notamment), mais également la loyauté et la transparence des pratiques commerciales. Or, les spécificités du droit de la concurrence sont susceptibles de rendre la mise en œuvre d'une action collective extrêmement difficile voire peu prudente. A l'inverse du droit de la consommation, le droit de la concurrence n'a pas toujours été accessible aux acteurs privés. Il y a encore une quinzaine d'années, il était encore appliqué uniquement par les autorités publiques. Cependant, l'évolution jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne a ouvert le droit de la concurrence aux particuliers. Les institutions européennes ont en effet rapidement saisi l'enjeu considérable que constituait la place des acteurs privés dans le domaine de la concurrence. En outre, le traitement des litiges de masse ne constituant plus une question nouvelle en Europe, la possibilité de développer des actions de groupes a été envisagée.

Or, de nombreuses difficultés ne parviennent pas à être complètement levées. L'action collective soulève d'abord des difficultés au niveau européen : compétence de l'Union, bases légales, champ d'application etc. Une fois ces difficultés surmontées, l'intervention européenne en la matière a encore des répercussions (qu'elles soient positives ou négatives) dans l'ensemble des Etats membres puisque ces derniers se doivent de mettre en œuvre les politiques de l'Union. Or, si elle est populaire dans les pays de *common law*, l'action collective pose des problèmes de compatibilité avec les principes du droit romano-germanique (principes qui gouvernent la procédure civile et plus généralement la responsabilité civile).

On s'intéressera ici particulièrement aux situations française et allemande. Cette perspective comparée est particulièrement intéressante dans la mesure où la France et l'Allemagne disposent de deux systèmes juridiques sensiblement différents. C'est l'occasion de démontrer que l'action

collective voulue par les institutions européennes n'est pas forcément adaptée à tous les systèmes juridiques, et que son extension au domaine de la concurrence est, en plus de cela, discutable. L'action collective suscitant encore aujourd'hui de nombreuses polémiques, la France et l'Allemagne ont en outre des visions différentes sur le sujet, visions qu'il conviendra d'analyser, de comprendre et de comparer.

Enfin, si ce mémoire se limite essentiellement aux aspects de l'action collective dans le droit de la concurrence, il est tout de même important de mentionner que le débat relatif à l'introduction d'une action collective dépasse le cadre du droit de la concurrence. Il sera alors nécessaire de traiter plusieurs aspects relatifs aux actions collectives « en général ».

L'objectif étant de se prononcer sur l'opportunité d'une action collective en droit de la concurrence, la première partie de ce travail sera consacrée à l'impulsion donnée par le droit de l'Union européenne dans les systèmes juridiques des Etats membres, ainsi qu'aux réticences et débats qui ont été engendrés. La seconde partie s'intéressera essentiellement à l'efficacité, ou le cas échéant aux faiblesses des mécanismes collectifs de concurrence dans les systèmes juridiques français et allemand.

Partie 1 : L'impulsion du droit de l'Union européenne dans l'introduction d'une action collective de concurrence

Titre 1 : Un défi aux enjeux multiples nécessitant des solutions appropriées

L'introduction de l'action collective en droit de la concurrence apparaît avant tout comme un défi. Ce défi présente des enjeux multiples et c'est ce qui motive la Commission européenne à agir (chapitre 1). Cette dernière entreprend donc les mesures qu'elle juge les plus appropriées (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les motivations européennes dans la création d'une action collective de concurrence

Les motivations de l'introduction d'une action collective de concurrence au sein de l'Union sont multiples. La Cour de justice avait préalablement déjà reconnu le droit à indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cette avancée jurisprudentielle, bien qu'elle soit fondamentale, s'est en fait avérée être insuffisante et constitue le point de départ de la réflexion de la Commission dans l'introduction d'une action collective de concurrence (I). Par ailleurs, la disparité des systèmes juridiques des Etats membres a rapidement laissé émerger la crainte d'un « forum shopping » (II).

I/ La reconnaissance jurisprudentielle du droit à indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles : une avancée fondamentale mais insuffisante

Au début des années 2000, la CJCE consacrait le droit d'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cette intervention jurisprudentielle a ouvert la voie à une réflexion plus poussée de la Commission sur l'introduction d'une action collective de concurrence. Car en effet, bien que la reconnaissance du droit à indemnisation constitue une avancée fondamentale qui modifie l'équilibre traditionnel entre *public* et *private enforcement*, ce dernier s'est avéré en pratique dénué d'effet. La Commission n'a alors pas manqué de souligner la faiblesse des mécanismes de réparation au sein des Etats membres. C'est pour pallier cet inconvénient que l'introduction d'une action collective de concurrence à l'europpéenne est apparue opportune.

A) Le *private enforcement* au service d'un objectif d'effectivité

La bonne application du droit de la concurrence exige des sanctions civiles parmi lesquelles on compte les actions en dommages et intérêts. Il faut noter qu'à l'origine, les traités ne mentionnent aucunement la réparation du préjudice causé aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Avec l'arrêt *Courage*³, plus tard complété par l'arrêt *Manfredi*⁴, la Cour de justice tend à combler l'insuffisance du droit primaire. Elle réalise alors la place fondamentale que pourrait occuper

³ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage*.

⁴ CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 à 298/04, *Manfredi*.

l'individu dans la mise en œuvre du droit de la concurrence⁵ et pose ainsi les bases d'un nouvel équilibre entre *public* et *private enforcement*. Car en effet, quand elle reconnaît le droit à indemnisation pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, la Cour de justice de l'Union européenne encourage bel et bien le *private enforcement*. Le droit européen de la concurrence étant construit sur l'impératif d'effectivité, il convient non seulement d'assurer l'effectivité de la concurrence au sein du marché intérieur, mais encore l'effectivité des normes qui l'encadrent⁶. L'objectif de la Cour est alors de garantir une mise en œuvre effective des règles de concurrence.

1) La portée des articles 101 et 102 TFUE

Les articles 101 et 102 TFUE prohibent respectivement les ententes et abus de position dominante au sein de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Courage*, la Cour insiste sur leur dimension fondamentale pour le fonctionnement du marché intérieur et pour l'accomplissement des objectifs de l'Union⁷. L'effet direct de ces deux articles avait auparavant déjà été reconnu par la jurisprudence⁸. Les articles 101 et 102 TFUE engendrent donc non seulement des obligations, mais également des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir.⁹ Le juge national se doit alors de sauvegarder ces droits. C'est ce qu'il fera en assurant la réparation des préjudices subis du fait de pratiques anticoncurrentielles¹⁰. C'est pour assurer l'application effective des articles 101 et 102 TFUE que la Cour de justice rééquilibre le traditionnel *public enforcement* dans le droit de la concurrence et encourage le *private enforcement*.

2) L'encouragement du *private enforcement*

La mise en œuvre du droit de la concurrence en Europe est principalement assurée dans la sphère publique par les autorités publiques. On parle de *public enforcement* conformément à la terminologie anglaise. Le *public enforcement* tend à sanctionner les infractions aux règles de concurrence pour préserver le bon fonctionnement du marché. Il se distingue du *private enforcement*, qui lui, vise à protéger les droits subjectifs des acteurs économiques (consommateurs

⁵ Grangeon J., *La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du private enforcement dans l'Union ?*, Revue Lamy Droit des affaires, 2015, n°101, p. 59.

⁶ Ritleng D., *L'effectivité du droit européen de la concurrence*, Revue de l'Union européenne, 2015, p. 277.

⁷ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage*, pt 20.

⁸ CJCE, 30 janv. 1974, aff. 127/73, *BRT c/ Sabam*, pt 16.

⁹ CJCE, 5 février 1963, aff. 26-62, *Van Gend & Loos*, pt 23. ; 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Francovich*, pt. 31.

¹⁰ Loy O., *L'application en France du droit communautaire de la concurrence*, RTD eur., 1980, p. 438.

et entreprises concurrentes par exemple). Bien que les actions civiles en réparation intentées par les victimes d'ententes et d'abus de position dominante (*private enforcement*) constituent la seconde modalité de mise en œuvre du droit de la concurrence, celles-ci ont longtemps été peu employées au sein de l'Union européenne : ce sont essentiellement les autorités publiques qui ont assuré la régulation de la concurrence. Les arrêts Courage et Manfredi marquent le début du renversement de cette tendance, même si encore en 2004, 90% des actions au sein de l'Union européenne étaient intentées par les autorités publiques, contre 10% d'actions civiles¹¹. Il s'agit dès lors de trouver un nouvel équilibre entre *public* et *private enforcement* pour optimiser la mise en œuvre du droit de la concurrence.

La Cour, dans ses arrêts, insiste sur les avantages du *private enforcement*, qu'elle encourage sous gouverne de la sauvegarde de l'efficacité des traités¹². Les actions en réparation contribuent en effet à maintenir un niveau de concurrence effective sur le marché.¹³ L'effectivité du droit européen de la concurrence ne reposerait donc pas uniquement sur le *public enforcement* mais dépendrait aussi du développement du *private enforcement*. Les arrêts Courage et Manfredi illustrent clairement cette dimension complémentaire¹⁴. Dans l'arrêt Courage, la Cour insiste notamment sur les deux apports principaux de l'action en responsabilité : elle permet d'abord de décourager les accords susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (la Cour de justice encourage ainsi le rôle dissuasif de l'action en responsabilité). De plus, il s'agit d'un moyen de dévoiler à la justice l'existence de l'accord illégal. La Cour, consciente que les pratiques illégales sont bien souvent dissimulées, estime que le juge gagnerait une importante source d'information si le cocontractant victime demandait à être indemnisé¹⁵.

¹¹ Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004, site internet de la Commission européenne, trouvé le 22 mai 2016, téléchargeable sous : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

¹² CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage, pt 26. ; CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 à 298/04, Manfredi, pt 60.

¹³ Delaunay B., *Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles*, AJDA, 2016, p. 781.

¹⁴ Delaunay B., *Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles*, AJDA, 2016, p. 781 ; Prieto C., *Recours collectifs : une quête d'harmonisation ... au sein de la Commission européenne*, RTD Eur., 2011, p. 1.

¹⁵ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage, pt 27. ; Bosco D., *Une partie à un accord prohibé par l'article 81 CE doit pouvoir réclamer une indemnisation à son cocontractant s'il ne porte pas une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence*, Note sous CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage Ltd et Bernard Crehan, Droit 21, 2001, pt 14 et 15.

B) La portée limitée du droit à indemnisation ou l'argument des difficultés procédurales dans les Etats membres

Etonnamment, à la suite de ces arrêts fondamentaux, les indemnisations en droit de la concurrence n'ont pas gagné en ampleur. En fait, les précisions jurisprudentielles se sont avérées insuffisantes pour engendrer des conséquences pratiques réelles, car en l'absence de réglementation communautaire, il appartient aux Etats membres de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire¹⁶. C'est le principe fondamental de l'autonomie procédurale des Etats membres.

Or, les procédures prévues dans les différents Etats membres ne sont, la plupart du temps, pas en mesure d'assurer une réparation effective. C'est ainsi qu'en 2004, le cabinet d'avocats Ashurst, à la demande de la Commission, réalisa une étude comparative¹⁷ évoquant les principales raisons au faible nombre d'actions en dommages et intérêts intentées pour infraction au droit de la concurrence. Le cabinet, dans son rapport de plus d'une centaine de pages, faisait valoir que les actions intentées à ce titre étaient non seulement peu développées dans les Etats-membres et qu'il n'existait en plus de cela que très peu d'affaires où la réparation avait effectivement été accordée par les juridictions nationales. Il ressort des travaux d'analyse que pour un litige d'une valeur inférieure à mille euros, un consommateur européen sur cinq ne chercherait pas à obtenir réparation devant un tribunal. De plus, la moitié des consommateurs renoncerait complètement à intenter une action en justice pour un litige d'une valeur inférieure à deux cents euros. Ce découragement serait la cause de beaucoup d'obstacles : non seulement les victimes, dans chaque Etat membre, seraient confrontées à des procédures longues, lentes, complexes et coûteuses, mais les règles nationales de fond et de procédure seraient en plus de cela inadaptées.¹⁸

Il en résulte pour la Commission un problème fondamental à résoudre, puisque le principe d'effectivité est intimement lié au droit à la protection juridictionnelle effective : si un droit est reconnu aux particuliers en vertu du droit européen, les Etats membres ont la responsabilité d'en assurer la protection effective. Cela implique en principe l'existence de recours juridictionnels

¹⁶ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage*, pt 29, CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 à 298/04, *Manfredi*, pt 62.

¹⁷ Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004, site internet de la Commission européenne, trouvé le 22 mai 2016, téléchargeable sous : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

¹⁸ Prieto C. et Bosco D., *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, p. 1406.

adaptés. La Commissaire chargée de la concurrence, Mme Neelie Kroes a alors pointé du doigt la portée limitée de l'arrêt Courage et caractérisé le droit à indemnisation des entreprises et des particuliers de « trop théorique » à cause des obstacles qui s'opposent en pratique à son exercice. L'octroi effectif de dommages et intérêts aux victimes de la violation des règles de la concurrence qui devrait être une règle, s'avérerait au final être une exception¹⁹. Les arrêts Courage et Manfredi ne règlent donc pas le cœur du problème : les faiblesses procédurales aux niveaux nationaux, elles-mêmes conséquence du principe d'autonomie procédurale. Cet argument de « faiblesse procédurale nationale » constituera le présupposé de la Commission dans ses initiatives ultérieures²⁰. Malgré les clarifications jurisprudentielles, des apports législatifs s'avéraient donc encore nécessaires. Dès lors, la Commission envisage l'introduction d'une action collective. Un deuxième phénomène va pousser les institutions européennes à agir : la disparité des droits nationaux, engendrée par le principe d'autonomie procédurale, entraînerait le risque d'un *forum shopping*.

II/ Le *Forum Shopping* comme conséquence de la disparité des droits nationaux

L'action collective tombe sous le champ du principe d'autonomie procédurale des Etats membres, comme l'a constaté le Parlement européen²¹. Ainsi, c'est aux Etats membres de décider d'introduire ou non cette dernière dans leurs systèmes juridiques respectifs et le cas échéant d'en régler les modalités. Il en ressort une disparité des modèles d'action de groupe au sein de l'Union européenne. Cela n'est pas sans causer problème : la diversité des actions de groupe entraîne un risque de *forum shopping*.

A) Aperçu de la diversité des modèles d'action de groupe au sein des Etats membres

Si l'on fait abstraction des pays qui n'en possèdent pas, les actions collectives naissent dans le droit interne des Etats membres de l'Union aux alentours des années 2000. Or, la nature et les

¹⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne, *Concurrence : la Commission lance des consultations sur des solutions visant à faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence de l'UE*, 20 décembre 2005, IP/05/1634.

²⁰ Saint-Esteben R., *La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence (point de vue « d'un juriste français »)*, 26 avril 2007, p. 3, Site internet de la Cour de cassation, trouvé le 22 mai 2016 : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/26-04-2007/26-04-2007_st_esteben.pdf.

²¹ Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante P6_TA(2009)0187.

modalités de mise en œuvre de ces actions sont extrêmement différentes²². Voici, pour illustrer cette diversité, un aperçu des mécanismes de plusieurs Etats :

Au Portugal, pays précurseur dans le domaine, l'action populaire (« *acção popular* ») trouve ses origines dans l'art. 52 de la Constitution de 1989.²³ Il s'agit d'ailleurs du seul Etat de l'Union européenne ayant inscrit le principe d'action de groupe au sein même de sa constitution. Le fonctionnement et le régime ayant été précisés en 1995, l'action populaire peut être menée en droit administratif ainsi que dans toute matière du droit civil et fonctionne selon le système de l'*opt-out*. En pratique, c'est dans les domaines du droit de la consommation et de la santé publique que l'action trouve sa principale application²⁴.

La Suède connaît, depuis une loi du 22 mai 2002, une action collective dont le champ d'application est relativement large (toute action civile portée à titre individuel devant les tribunaux civils de droit commun en application du code de procédure civile, ainsi que toute action relevant du droit de l'environnement²⁵) même si en pratique elle concerne essentiellement le droit de l'environnement, de droit de la consommation et le droit du travail. Il existe de plus une procédure propre pour chacun des ayants droits (personnes privées, organismes publics associations à but non lucratif).²⁶ Or, la lenteur des procédures suédoises (environ 10 ans) entraîne la résolution par voie extra-judiciaire de la plupart des litiges²⁷. Il existe en effet de très nombreux organismes de médiation à travers le pays.

Les Pays-Bas expérimentent depuis 2005 une action de groupe souple et libérale à l'image de la class action américaine. Son champ d'application n'est pas limité et l'action suit le système de l'*opt-out*²⁸. Si la loi limite initialement l'action au cadre national néerlandais, la jurisprudence a décidé qu'il suffisait désormais qu'un seul plaignant participant à l'action soit domicilié aux Pays-Bas. Ainsi, les plaignants d'autre Etats qui se sont joints à l'action bénéficient de la décision des tribunaux néerlandais²⁹.

²² Montag J., *Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzentwurf zur Einführung von Gruppenklagen*, ZRP, 2013, p. 173.

²³ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 31.

²⁴ Etude du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, 2013, p. 18.

²⁵ Etude du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, 2013, p. 14.

²⁶ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 32.

²⁷ Etude du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, 2013, p. 14.

²⁸ Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (« WCAM ») du 27 juillet 2005.

²⁹ Etude du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, 2013, p. 16.

L'Italie, quant à elle, a légiféré le 23 juillet 2009³⁰ afin de permettre à un regroupement d'exercer le droit à réparation en matière de consommation et concurrence³¹. L'«azione collettiva» fonctionne selon le modèle de l'*opt-in*.

On connaît encore d'autres méthodes en Espagne, en Angleterre ou encore en France et en Allemagne (les systèmes de ces deux derniers Etats seront développés plus bas). L'existence de disparités entre les différents systèmes entraîne le risque que les justiciables soient tentés de saisir le juge en fonction de la loi qu'ils souhaitent se voir appliquer. On parle de *forum shopping*.

B) Le risque de *Forum Shopping*

Le *Forum Shopping* est une notion de droit international privé. Il s'agit d'un stratagème mis en place « pour échapper à l'application d'une loi et consistant, pour les plaideurs, à porter leur litige devant une juridiction étrangère, qui ne sera pas obligée d'appliquer cette loi.»³² En plus du *Forum Shopping* au sein de l'Union, la délocalisation du litige aux Etats-Unis constitue un nouveau problème.

1) Le choix d'un forum au sein de l'Union européenne

Le risque de *Forum Shopping* existe avant tout au sein de l'Union européenne. Les différents systèmes d'action collective ayant été brièvement exposés ci-dessus, on remarque les disparités entre les Etats membres. Certains systèmes juridiques peuvent alors s'avérer plus favorables que d'autres pour les justiciables. Ainsi, par exemple concernant le champ d'application, si les litiges visés en Italie sont réduits aux domaines de la concurrence et de la consommation, le Portugal et les Pays-Bas ne connaissent pas une telle limitation³³. Il en résulte, que si plusieurs Italiens souhaitent demander des dommages et intérêts en matière de droit de travail, domaine non couvert par la législation italienne, ils seront tentés de saisir le juge portugais qui appliquera la loi portugaise. Concernant en outre le consentement des parties représentées, certains systèmes exigent que les justiciables aient consenti au préalable au jugement sur le fond pour être inclus à la procédure (*opt-in*), à l'opposition des systèmes qui nécessitent une manifestation de volonté d'être exclus de la

³⁰ L'art. 49 della legge 23 luglio 2009 n. 99.

³¹ Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, p. 17.

³² Guinchard S., Debard T., *Lexique des termes juridiques*, 19^e éd. ; Paris : Dalloz, 2012, p. 414.

³³ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 449.

procédure (*opt-out*)³⁴. Si en Suède et en Italie, il faut se manifester pour devenir partie à la procédure, le Portugal et les Pays-Bas connaissent un système d'*opt-out* comme aux Etats-Unis.³⁵

Le Forum Shopping au sein de l'Union européenne n'est pas inhérent à l'action collective puisqu'il concerne presque tous les champs du droit. Par exemple, le juge anglais est fréquemment saisi par des citoyens d'autres Etats membres, car le droit anglais prévoit la possibilité d'attribuer des dommages et intérêts punitifs.³⁶

Pour régulariser cette pratique d'élection de juridiction, le législateur européen a réagi à deux égards : pour l'attribution de compétences judiciaires il a par exemple adopté les règlements « Bruxelles I bis »³⁷ (en matière civile et commerciale) et « Bruxelles II bis »³⁸ (en matière matrimoniale et responsabilité parentale), pour la loi applicable en matière civile et commerciale il a adopté les règlements « Rome I »³⁹ (obligations contractuelles) et « Rome II »⁴⁰ (obligations non contractuelles). Concernant les procédures civiles dans les Etats membres de manière générale, le nouveau règlement Bruxelles I bis prévoit que les décisions rendues dans un Etat membre soient reconnues et exécutoires dans un autre Etat membre, sans que l'exequatur ne soit nécessaire.⁴¹ Or, en raison de l'hétérogénéité des situations et des procédures au sein de l'Union, la suppression de l'exequatur ne concerne pas les actions collectives.⁴² Si l'on peut donc considérer que le *Forum Shopping* a été quelque peu encadré au niveau européen pour les « procédures régulières », tel n'est pas le cas pour les procédures collectives. Au contraire, une forte diversité persiste.

2) La délocalisation du contentieux aux Etats-Unis

Les systèmes européens d'action collective étant assez récents ou même parfois inexistant, la *class action* établie depuis longtemps aux Etats-Unis apparaît comme une alternative intéressante : le système d'*opt-out* permet aux justiciables de bénéficier du jugement sans avoir à intervenir dans la procédure, et les dommages et intérêts alloués par les juges américains sont la plupart du temps

³⁴ Ibid.

³⁵ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 450.

³⁶ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 458.

³⁷ Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012.

³⁸ Règlement n° 220/2003 du 27 novembre 2003.

³⁹ Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008.

⁴⁰ Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007.

⁴¹ Art. 36 et 39 du règlement Bruxelles I bis.

⁴² Proposition de refonte du règlement Bruxelles I, COM(2010) 748 final, 14 décembre 2010, p. 7.

extrêmement élevés.⁴³ Les juridictions américaines connaissent de plus une compétence extraterritoriale relativement large qui leur permet d'accueillir des litiges possédant un élément d'extranéité.⁴⁴ Dans l'affaire Vivendi Universal SA⁴⁵ des actionnaires français, anglais et néerlandais ont donc par exemple pu participer à une *class action* américaine. Le juge, reconnaissant la culpabilité de Vivendi, a accordé une indemnisation de 9 milliards de Dollars. D'une manière générale, en 2008, 17% des procédures de class action engagées au niveau fédéral aux Etats-Unis provenaient d'entreprises étrangères⁴⁶. De plus, on peut mentionner le mécanisme des « foreign cubed securities », lorsqu'un investisseur étranger saisit la juridiction américaine en agissant contre un émetteur lui aussi étranger, en raison d'opérations ayant été effectuées également à l'étranger (triple extranéité)⁴⁷. Heureusement, dans un arrêt du 24 juin 2010 (affaire Morrison)⁴⁸, la Cour Suprême des Etats-Unis semble stopper la pratique croissante consistant à porter les litiges a priori «extra-américains» devant les juridictions américaines. Dans cette affaire, des actionnaires de nationalité australienne étaient opposés à une banque dont le siège et l'essentiel des activités étaient également situés en Australie. La Cour Suprême a fait valoir qu'il était obligatoire pour les Etats-Unis de respecter les principes de sécurité juridique et la souveraineté des autres Etats. Les juridictions nationales doivent donc elles-mêmes traiter les affaires de leurs entreprises respectives.⁴⁹

Il en résulte le besoin pour l'Union européenne de légiférer afin d'éviter la fuite des litiges aux Etats-Unis et d'encadrer en plus, le *Forum Shopping* au sein même de l'Union.

Chapitre 2 : Les démarches entreprises par l'Union européenne

Ainsi se ressent le besoin au niveau européen d'intervenir en matière de recours collectifs. Cela n'est pas sans poser de difficulté puisque le principe d'autonomie procédurale laisse aux Etats membres le soin de légiférer la matière. La Commission devra donc rechercher les fondements juridiques les plus appropriés pour agir (I). Elle se lance ensuite dans une longue phase de réflexion

⁴³ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 468.

⁴⁴ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 468.

⁴⁵ SDNY, Re Vivendi Universal SA, Securities litigation, 242 F.R.D. 76, 81 (2007).

⁴⁶ PriceWaterhouseCoopers, 2009 Securities Litigation study, avril 2010, p. 35; Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 467.

⁴⁷ Rontchevsky N., *Réparation du préjudice des actionnaires victimes de manipulation ou tromperies en matière financière : des foreign-cubed class actions à une action de groupe à la française ?*, RTD Com. 2010, p. 753.

⁴⁸ SCOTUS, Morrison vs. National Australia Bank, 561 U.S. 247 (2010).

⁴⁹ Clay T., *Class actions or not class actions ?*, Recueil Dalloz 2010, p. 1776.

(II) qui aboutira à la rédaction de deux documents fondamentaux et complémentaires : la recommandation du 11 juin 2013 et la directive du 26 novembre 2014 (III).

I/ La recherche de fondements juridiques appropriés

A) L'autonomie procédurale des Etats membres comme obstacle à surmonter

Le principe de l'autonomie procédurale évoqué précédemment pose problème à la Commission européenne dans sa volonté de créer une action collective à l'europpéenne. Certes le principe n'est pas absolu, il « doit se concilier avec la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire »⁵⁰. Il est donc encadré par les principes d'équivalence et d'effectivité : les modalités procédurales nationales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit européen ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence)⁵¹ et ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique européen (principe d'effectivité)⁵². Mais bien que l'Union encadre l'autonomie procédurale des Etats membres dans une certaine mesure, elle ne dispose ni d'une compétence exclusive (au sens de l'art. 3 TFUE), ni d'une compétence partagée (au sens de l'art. 4 TFUE), ni d'une compétence d'appui (au sens de l'art. 6 TFUE) en la matière. Ainsi, seuls des arguments solides permettraient de déroger au principe d'autonomie procédurale des Etats membres et pourraient justifier l'action de l'Union en matière d'actions collectives de concurrence. Il convient donc d'identifier une base légale précise.

B) Les bases légales

L'action collective en matière de concurrence tend non seulement à donner effet aux articles 101 et 102 TFUE (cf. supra), mais veille également à ce que les entreprises qui exercent leurs activités dans le marché intérieur, bénéficient de conditions de concurrence équitables. En outre, elle fait en sorte que les citoyens et les entreprises exercent plus facilement les droits conférés par le marché intérieur⁵³.

⁵⁰ CJCE, 6 juin 1972, aff. C-94/71, Schlüter & Maack., pt 11.

⁵¹ Thiele A., *Europarecht*, niederle media, 2012, p. 148.

⁵² Ibid.

⁵³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013, p. 10, site du Sénat, trouvé le 27 mai 2016 : https://www.senat.fr/europe/textes_europeens/e8436.pdf.

L'article 103 TFUE est donc d'abord apparu comme base légale pertinente⁵⁴. Il donne compétence au Conseil de l'Union européenne pour établir des actes juridiques utiles, en vue de l'application des principes définis par les articles 101 et 102 TFUE. L'article 103 a) TFUE ne prévoit que l'institution d'amendes et d'astreintes et ne mentionne pas les sanctions de droit privé. Néanmoins, il n'a pas un caractère exhaustif. De plus, l'article 101 TFUE, en ce qu'il interdit certains accords, décisions et pratiques concertées, montre la volonté du législateur européen de donner à l'article 103 TFUE une pertinence même dans les rapports fondés sur le droit privé⁵⁵.

Cependant les organes de l'Union ont estimé que fonder leur intervention uniquement sur l'article 103 TFUE ne suffirait pas. En effet, la diversité des règles nationales aboutit à des situations inégales au sein de l'Union. Les différences entre les régimes de responsabilité notamment, nuisent à la concurrence tout en faussant le bon fonctionnement du marché intérieur. L'action collective de concurrence tend à rapprocher les règles matérielles et procédurales nationales pour favoriser une concurrence non faussée. De plus, elle tend à garantir le plein exercice des droits et libertés que les citoyens et les entreprises tirent du marché intérieur. L'action doit donc également se fonder sur l'article 114 TFUE. L'article 114 TFUE permet d'harmoniser les législations nationales pour promouvoir l'accomplissement du marché intérieur.

C) Les instruments juridiques

Quelle que soit la base juridique choisie en pratique par le législateur européen, ce dernier se doit dans tous les cas de respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Le principe de subsidiarité, codifié à l'art. 5 § 3 TUE, prévoit que l'Union européenne peut intervenir uniquement si elle est en mesure d'agir plus efficacement que les Etats membres à leurs échelons national ou local respectifs⁵⁶. Le principe de proportionnalité lui (art. 5 § 4 TUE), prévoit que pour concrétiser les objectifs des traités, l'Union doit s'en tenir au strict nécessaire⁵⁷. La combinaison de ces deux principes conduit à la réflexion suivante : si la Commission entend harmoniser les procédures de

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Neumann K., Wade Magnusson L., *Pour une action collective européenne dans le droit de la concurrence*, Revue québécoise de droit international, 2011, p. 149.

⁵⁶ *Le principe de subsidiarité*, 3 septembre 2015, Site officiel de l'accès au droit de l'Union européenne, trouvé le 23 mai 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3Aai0017>

⁵⁷ Glossaire du site officiel de l'accès au droit de l'Union européenne, trouvé le 23 mai 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/proportionality.html?locale=fr>

recours collectifs au sein de l'Union, seule une « harmonisation a minima » entre en ligne de compte⁵⁸. De tous les instruments juridiques prévus à l'art. 288 TFUE, c'est donc la recommandation et la directive qui semblent les plus appropriées pour introduire une action collective de concurrence à l'europpenne. La directive, bien qu'elle lie les Etats membres quant à l'obtention d'un résultat déterminé, laisse le soin à ces derniers le soin de choisir les moyens et la forme qui selon eux, sembleraient les plus adéquats. La recommandation quant à elle, est dépourvue de force obligatoire en ce qu'elle émet de simples indications.

Il convient dès lors d'étudier les mesures concrètes prises par la Commission européenne.

II/ La longue et minutieuse phase de réflexion

A la suite des analyses comparatives évoquées précédemment et le constat de l'échec des recours collectifs dans les systèmes juridiques nationaux, la Commission prend plusieurs mesures afin de favoriser le dialogue avec les Etats membres. Elle propose donc des documents d'orientation et lance ensuite une consultation publique. Son objectif est de dégager des principes communs aux différents Etats membres et de poser un cadre cohérent pour les recours collectifs. Ainsi, la Commission tend à promouvoir un modèle juridique européen, original par rapport aux *class actions* américaines, mais bien ancré dans la culture européenne⁵⁹. Notamment suite aux arrêts Courage⁶⁰ et Manfredi⁶¹, le consommateur ne doit plus être perçu comme un simple bénéficiaire du marché intérieur mais comme un acteur à part entière, cela dans un souci de démocratie économique⁶². Or si l'on prend le consommateur comme nouveau point focal de l'économie de marché, encore faut-il donner à ce dernier des moyens structurels, procéduraux et financiers à la hauteur des enjeux et du pouvoir qu'il doit exercer pour les équilibres du marché. C'est cette ligne directrice que suit la Commission dans la promotion de l'action collective.⁶³

⁵⁸ Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 512.

⁵⁹ Prieto C., *Recours collectifs : une quête d'harmonisation ... au sein de la Commission européenne*, 2011, p. 1.

⁶⁰ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage.

⁶¹ CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 à 298/04, Manfredi.

⁶² Prieto C., *Recours collectifs : une quête d'harmonisation ... au sein de la Commission européenne*, 2011, p. 1.

⁶³ Canivet G., *Réflexions sur la place du citoyen dans le marché unique européen*, RTD eur, 2008, p. 119.

A) Les documents d'orientation

1) Le livre vert de 2005

La Commission a tout d'abord publié un livre vert sur les solutions visant à faciliter les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles du traité CE sur les ententes et les abus de position dominante⁶⁴ (anciens articles 81 et 82 TCE, aujourd'hui 101 et 102 TFUE).

Dans ce document d'orientation ne sont traitées que les actions en dommages et intérêts, c'est-à-dire les actions en justice intentées à l'encontre de l'auteur d'une infraction à la législation pour que la victime puisse obtenir une compensation financière pour le dommage qu'elle a subi⁶⁵. Or l'application des règles de la concurrence peut prendre bien d'autres formes, ce que la Commission ne manque pas de préciser⁶⁶ (par exemple les recours en annulation et les recours en cessation qui visent à mettre un terme au comportement anticoncurrentiel, ou encore les actions exigeant l'application d'un contrat).

Les avantages des actions en dommages et intérêts sont multiples et concernent à la fois les entreprises et les consommateurs : dédommagement des pertes subies et des frais de justice, rapidité, effet dissuasif, développement d'une culture de la concurrence, renforcement de la compétitivité etc.⁶⁷

La Commission se demande donc si l'action collective constitue un moyen adéquat afin de faciliter les actions en dommages et intérêts. Le livre vert recense certains des obstacles rencontrés devant les juridictions nationales (accès aux preuves, moyen de défense tiré de la répercussion des coûts sur leurs propres clients par les entreprises demandant à être indemnisées, détermination du montant des dommages et intérêts etc.). Les coûts d'une procédure judiciaire liés à la faible valeur des demandes individuelles notamment, rendent invraisemblable l'introduction par les consommateurs d'actions individuelles en dommages et intérêts. Pour résoudre ce problème, le livre vert propose en conséquence différentes solutions soumises à l'appréciation des Etats membres. Il

⁶⁴ Livre vert, *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 décembre 2005, COM(2005) 672 final, trouvé le 20 mai 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>.

⁶⁵ Commission européenne: *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante – questions fréquemment posées*, MEMO/05/489, 20 déc. 2005, p. 1, trouvé le 20 mai 2016 : [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-05-489 fr.htm?locale=FR](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-05-489_fr.htm?locale=FR).

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Commission européenne: *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante – questions fréquemment posées*, 20 déc. 2005, MEMO/05/489, p. 3, site de la Commission européenne, trouvé le 20 mai 2016 : <http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-05-489 fr.htm?locale=FR>.

s'agit en premier lieu d'examiner si les litiges de faible importance sont en mesure d'aider les consommateurs à être effectivement dédommagés. Le cas échéant, il faudrait s'interroger sur la possibilité d'instaurer une forme de recours collectif. La Commission précise que cette manière de protéger les intérêts des consommateurs lésés par une infraction aux règles antitrust du traité CE devrait être étroitement coordonnée avec d'autres initiatives en matière de dédommagement.

Le Livre vert apparaissait particulièrement ambitieux en ce qu'il cherchait à répondre à un double objectif : la réparation des dommages et la mise en œuvre efficace du droit de la concurrence à l'image du modèle américain⁶⁸. Cela sera relativisé par le livre blanc de 2008.

2) Le livre blanc de 2008

Ce second document d'orientation⁶⁹ opère un changement radical par rapport au livre vert en proposant un nouveau modèle d'indemnisation des consommateurs et des entreprises victimes de violation des règles de concurrence. Le nouveau modèle s'attarde en effet uniquement sur la fonction réparatrice du dommage des victimes, les recommandations du livre vert ayant été jugées trop propices aux risques de dérives du système américain⁷⁰. La commissaire à la concurrence, Mme Neelie Kroes évoque ainsi le souhait de la Commission de créer un nouvel équilibre entre « public » et « private enforcement » (souhait déjà perceptible dans l'arrêt Courage⁷¹) pour créer « un système d'indemnisation efficace complétant l'action des pouvoirs publics, tout en évitant les excès potentiels du système existant aux USA »⁷². Ainsi, les recours collectifs, qui devraient concerner à la fois les consommateurs et les PME, permettraient de regrouper les demandes d'indemnisation et d'engager des actions en réparation par l'intermédiaire de représentants appropriés, tout en

⁶⁸ Grangeon J., *La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du private enforcement dans l'Union ?*, Revue Lamy Droit des affaires, 2015, n°101, p. 59.

⁶⁹ Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM(2008) 165 final, site de la Commission européenne, trouvé le 20 mai 2016 : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_fr.pdf

⁷⁰ Grangeon J., *La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du private enforcement dans l'Union ?*, Revue Lamy Droit des affaires, 2015, n°101, p. 59.

⁷¹ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage.

⁷² *Ententes et abus de position dominante: la Commission présente un document d'orientation sur l'indemnisation des consommateurs et des entreprises victimes d'infractions aux règles de concurrence*, Communiqué de presse du 3 avril 2008, IP/08/515, site de la Commission européenne, trouvé le 20 mai 2016 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-515_fr.htm.

prévoyant des garde-fous pour éviter les demandes d'indemnisation non fondées. La Commission recommande alors de n'autoriser que les actions par représentation, engagées par exemple, par des associations de consommateurs reconnues, et les actions auxquelles les victimes peuvent elles-mêmes choisir de participer. Les propositions du livre blanc combinent donc deux mécanismes complémentaires : d'une part le système de l'*opt-in* où la victime choisit expressément de se joindre à l'action, et d'autre part la représentation par des entités qualifiées. Cette combinaison devrait, selon les dires de la Commission, permettre de limiter les abus.

Le livre blanc de 2008 traite en outre des mécanismes de preuves, essentiels dans la reconnaissance d'un mécanisme de recours collectif : l'un des principaux obstacles aux actions en dommages et intérêts introduites par les particuliers consiste, selon la Commission, à obtenir les preuves de l'infraction supposée. Or ces preuves sont la plupart du temps détenues par l'auteur de l'infraction lui-même. Le livre blanc soumet de ce fait à la discussion le mécanisme de divulgation des preuves, les parties n'étant alors plus autorisées à conserver les preuves pertinentes pour elles seules. Effectué sous le contrôle du juge, ce mécanisme garantirait des procédures plus équitables en ce que les deux parties bénéficieraient d'un accès équivalent aux preuves. Par ailleurs, pour éviter les délais et les frais liés à de nouvelles procédures, la Commission recommande de considérer les décisions définitives des autorités de concurrence nationales comme preuves suffisantes des infractions en cause dans les actions en dommages et intérêts engagées par la suite.

Le livre vert de 2005 et le livre blanc de 2008 ont été complétés par un autre livre vert en 2008⁷³. Celui-ci ne concerne pas les violations du droit de la concurrence mais les recours collectifs en matière de consommation.

B) La consultation publique de 2011

Finalement, la Commission lance en 2011 une consultation publique visant à renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs⁷⁴. Les formes de recours collectifs au sein de l'Union étant multiples (actions en justice, règlements extrajudiciaires à l'amiable, modes alternatifs de règlement des litiges, désignation d'un représentant pour la défense

⁷³ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, 27 novembre 2008, COM(2008) 794 final, site de la Commission européenne, trouvé le 20 mai 2016 : <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/FR/1-2008-794-FR-F1-1.Pdf>.

⁷⁴ Document de travail des services de la Commission, Consultation publique : *Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs*, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final, Site de la Commission européenne, trouvé le 20 mai 2016 : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/fr.pdf.

de droits en justice...), la consultation avait pour but de recenser les principes juridiques communs aux Etats membres, sur lesquels devraient ensuite reposer les recours collectifs dans toute l'Union. Il s'agissait d'étudier l'effectivité et l'efficacité des systèmes nationaux, l'information apportée aux citoyens ou encore les différentes garanties contre les procédures abusives.

La Commission précise à cette occasion la dimension double du recours collectif⁷⁵ : ce dernier ne comprend pas uniquement les actions en réparation mais également les actions en cessation qui visent à mettre un terme aux comportements illégaux. Or d'après la Commission, les actions collectives en cessation sont déjà bien ancrées dans la législation de l'Union relative à la protection des consommateurs. C'est pour cette raison que la Commission insiste davantage sur les actions collectives en réparation qui ne sont possibles que dans certains Etats membres. Par la consultation publique, la Commission entend déterminer dans quels domaines les différentes formes de recours collectif (action en cessation et/ou action en réparation) seraient en mesure d'améliorer le contrôle de l'application de la législation de l'Union et la protection des droits des victimes.

Le résultat de cette consultation a contribué à la prise de position finale de la Commission européenne en matière de recours collectifs. Les avis de près de 300 instituts et experts ainsi que de 10 000 citoyens de l'Union ont alors été pris en compte. Mais déjà à cette époque se sont fait sentir les premières difficultés : les prises de position du côté des Etats membres ont alors été complètement différentes. Si la France s'est montrée plutôt conciliante⁷⁶, le projet Hamon étant déjà en marche à l'époque, on pouvait en revanche remarquer l'opposition claire du Parlement fédéral allemand⁷⁷. La longue phase d'analyse et de réflexion de la Commission européenne sur l'introduction de recours collectifs a finalement abouti à la publication de deux documents fondamentaux et complémentaires : la recommandation du 11 juin 2013 relative aux mécanismes de recours collectifs et la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts contre les pratiques anticoncurrentielles.

⁷⁵ *La Commission sollicite des avis sur l'avenir des recours collectifs en Europe*, communiqué de presse du 4 février 2011, IP/11/132, site de la Commission européenne, trouvé le 20 mai 2016 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-132_fr.htm.

⁷⁶ Réponse de Trans Europe Experts à la Consultation publique de la Commission européenne : « Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs », SEC (2011)173 final, p. 25 et suivantes, site de la Commission européenne, trouvé le 27 mai 2016 : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/tee_fr.pdf.

⁷⁷ Deutscher Bundestag, *Stellungnahme im Rahmen eines Konsultationsverfahrens der EU-Kommission*, 25 mai 2011, BT-DR 17/5956.

III/ L'aboutissement de la réflexion : complémentarité de la recommandation du 11 juin 2013 et de la directive du 26 novembre 2014

A) Des documents complémentaires

Le 11 juin 2013, la Commission européenne publiait à la fois une recommandation 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'Union⁷⁸ et une proposition de directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁷⁹. La directive sera finalement adoptée le 26 novembre 2014⁸⁰. La coordination temporelle de ces deux documents montre déjà leur caractère complémentaire. Le vice-président de la Commission chargé de la concurrence, M. Joaquín Almunia s'était expliqué ainsi⁸¹ : la directive, qui régit les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence, a pour but d'aplanir les difficultés liées à l'obtention d'une réparation effective au sein des États membres. Mais les victimes étant relativement nombreuses, il conviendrait, en plus, d'introduire des mécanismes de recours collectifs. Ainsi, si la directive elle-même n'incite pas directement les États membres à instaurer des procédures de recours collectifs en droit de la concurrence, elle est « porteuse d'un message clair »⁸² et apparaît comme un « complément utile »⁸³ à la recommandation. En effet, la recommandation, bien que non contraignante, incite les États membres à instaurer des procédures de recours collectifs au sein de leurs systèmes juridiques respectifs. Son champ d'application, contrairement à la directive, ne se limite pas au droit de la concurrence, mais englobe également le droit de la consommation, de l'environnement, des investisseurs, mais aussi des données à caractère personnel⁸⁴. Il convient d'analyser plus en détails les dispositions de ces deux documents pour mieux comprendre leur impact en droit français et en droit allemand.

⁷⁸ Recommandation 2013/396/UE du 11 juin 2013.

⁷⁹ Proposition de directive du 11 juin 2013, COM (2013) 404.

⁸⁰ Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014.

⁸¹ Communiqué de presse de la Commission européenne, *La Commission recommande aux États membres de se doter de mécanismes de recours collectifs pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice*, IP/13/524, 11 juin 2013, Site de la Commission européenne, trouvé le 27 février 2016 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_fr.htm.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Recommandation 2013/396/UE, considérant 23.

B) La recommandation du 11 juin 2013

La recommandation envisage deux types différents d'actions collectives : d'une part l'action en cessation (du comportement illégal) et d'autre part l'action en réparation⁸⁵. Pour éviter tout usage abusif de l'action collective, préoccupation déjà mentionnée dans le Livre blanc, la Commission recommande d'importantes garanties procédurales. Ainsi, il s'agirait de favoriser le modèle de l'*opt-in*⁸⁶ en obligeant les justiciables à se manifester expressément pour rejoindre l'action. Il serait de plus primordial d'informer suffisamment les demandeurs potentiels qui souhaiteraient se joindre ultérieurement à l'action. La Commission exprime en plus le souhait d'interdire les honoraires de résultat pour les avocats et de confier la mission de représentation aux seules entités à but non lucratif⁸⁷. Pour s'assurer que les entités susceptibles de représenter les consommateurs disposent d'une capacité suffisante (financière et personnelle), ces dernières doivent être agréées selon des conditions bien déterminées⁸⁸. Un autre moyen d'éviter les dérives du système américain consisterait à interdire les dommages et intérêts punitifs. Enfin, la Commission encourage les parties à recourir à des modes alternatifs de règlement de litiges avant de saisir le juge national.⁸⁹ En matière de concurrence, l'ensemble de ces indications doit être complété par la directive du 26 novembre 2014.

C) La directive du 26 novembre 2014

La directive du 26 novembre 2014 vise à indemniser équitablement toute personne physique ou morale (qu'il s'agisse de consommateurs, entreprises ou autorités publiques) en cas d'infraction au droit de la concurrence. Si son champ d'application s'étend aussi bien aux actions individuelles, qu'aux actions collectives⁹⁰, elle n'oblige pas les Etats membres à mettre en place des actions collectives⁹¹. L'objectif poursuivi par la directive est double : garantir la réparation intégrale des victimes au droit de la concurrence (manque à gagner, pertes subies, intérêts)⁹² tout en consolidant la fonction essentielle et le rôle dissuasif des autorités de concurrence pour enquêter et sanctionner

⁸⁵ Recommandation 2013/396/UE, II 3. a.

⁸⁶ Recommandation 2013/396/UE, V 21.

⁸⁷ Recommandation 2013/396/UE, V 29.

⁸⁸ Recommandation 2013/396/UE, III 4.

⁸⁹ Recommandation 2013/396/UE, V. 25.

⁹⁰ *Ententes et abus de position dominante: la Commission se félicite de l'adoption par le Conseil de la directive relative aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence*, Communiqué de presse de la Commission européenne, 10 nov. 2014, IP/14/1580, Site de la Commission européenne, trouvé le 29 mai 2016 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_fr.htm.

⁹¹ Directive 2014/104/UE, considérant 13.

⁹² Ibid. art. 3.

les infractions⁹³. Ainsi, est prévue toute une série de mesures visant à faciliter les actions en dommages et intérêts. Les principales mesures sont les suivantes : faciliter l'accès aux preuves, essentiel pour permettre aux victimes de prouver le dommage subi, grâce à un mécanisme de divulgation des preuves⁹⁴. De cette manière, l'asymétrie de l'information entre les parties devrait être évitée et l'égalité des armes garantie. Afin d'éviter les abus, il convient cependant de ne pas imposer des obligations de divulgation trop étendues ou trop coûteuses. Par ailleurs, les décisions des autorités nationales de concurrence devraient constituer des preuves réfragables de l'infraction. La directive prévoit également l'allongement des délais de prescription (article 10 de la directive). Elle prévoit aussi un système de responsabilité solidaire (article 11), ainsi que la facilitation du règlement consensuel des litiges (articles 18 et 19).

Les mesures qui conduisent à plus ample réflexion concernent l'équilibre recherché dans la directive entre *public* et *private enforcement*. La Commission affirme en effet le rôle essentiel joué par elle-même et par les autorités publiques nationales, et estime que ce rôle doit à l'avenir rester inchangé⁹⁵. Ainsi, il serait inapproprié de privilégier les procédures contentieuses privées pour exercer des fonctions répressives et dissuasives. Au contraire, il s'agit de réparer intégralement et équitablement les victimes après constat et sanction par une autorité publique. Les actions privées et publiques étant des outils complémentaires, la directive tend en conséquence à les renforcer mutuellement⁹⁶. L'enjeu est d'affiner leur interaction, tout en préservant notamment l'attractivité des programmes de clémence⁹⁷. La clémence est un outil accordant un traitement favorable aux entreprises qui dénoncent l'existence d'ententes et qui coopèrent à la procédure engagée⁹⁸. Les programmes de clémence sont donc fondamentaux dans la détection et la répression des ententes secrètes puisque sans eux, nombre d'infractions ne seraient jamais découvertes. La Commission affirme ainsi que la mise en œuvre réussie des règles de concurrence par une autorité publique permettra aux victimes de demander et obtenir réparation⁹⁹. La directive cherche ainsi à éviter que

⁹³ Ibid., considérant 15.

⁹⁴ Ibid., art. 5.

⁹⁵ *Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations – frequently asked questions*, 17 avril 2014, MEMO 14/310, Site de la Commission européenne, trouvé le 29 mai 2016 : [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-310_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm).

⁹⁶ *Ententes et abus de position dominante: la Commission se félicite du vote du Parlement visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles*, Communiqué de presse de la Commission européenne, 17 avril 2014, IP/14/455, Site de la Commission européenne, trouvé le 29 mai 2016 : [http://europa.eu/rapid/press-release IP-14-455_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-455_fr.htm).

⁹⁷ IP/14/1580.

⁹⁸ *Autorité de la concurrence, Les procédures négociées*, mars 2009, Site de l'Autorité de la concurrence, trouvé le 29 mai 2016 : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=292&id_article=712

⁹⁹ *Ententes et abus de position dominante: la Commission se félicite du vote du Parlement visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles*, Communiqué de presse de

les entreprises soient dissuadées de coopérer avec les autorités de concurrence du fait de la facilitation des actions en dommages et intérêts. Elle prévoit notamment une protection absolue pour les déclarations faites par les entreprises aux fins d'une demande de clémence : celles-ci ne sont pas soumises au système de divulgation des preuves¹⁰⁰.

La directive renforce donc la logique indemnitaire retenue depuis le Livre blanc¹⁰¹. Les dispositions du Livre vert qui voulaient faire des victimes de dommages concurrentiels une véritable garantie de l'efficacité du droit de la concurrence, au même titre que les actions publiques, avaient déjà été abandonnées (cf. supra). Avec la directive, la Commission se concentre à présent uniquement sur la fonction indemnitaire des actions en réparation. Le principe de la réparation intégrale consacré dans la directive ne s'inscrit plus dans une logique punitive.¹⁰²

Cela suscite néanmoins quelques critiques. En effet, la sanction civile à la suite d'une pratique anticoncurrentielle a été perçue comme « un instrument régulateur de l'économie de marché »¹⁰³ et le Conseil de la concurrence avait même vu dans le développement du *private enforcement* un moyen de faire de la victime de pratiques anticoncurrentielles « un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles »¹⁰⁴. De plus, protéger autant les entreprises coupables parce qu'elles ont souscrit à des programmes de clémence suscite des problèmes d'équité et d'efficacité des procédures¹⁰⁵. Il s'ensuit que le bon équilibre entre *public* et *private enforcement* n'est pas vraiment réalisé, et ce au détriment des victimes.

Malgré tout, la directive constitue un pas important dans le développement du *private enforcement* en droit de la concurrence, même si son efficacité dépend encore de la mise en œuvre

la Commission européenne, 17 avril 2014, IP/14/455, Site de la Commission européenne, trouvé le 29 mai 2016 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-455_fr.htm.

¹⁰⁰ Directive 2014/104/UE, considérant 26.

¹⁰¹ Grangeon J., La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du *private enforcement* dans l'Union ?, Revue Lamy Droit des affaires, 2015.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Canivet G., *L'expertise en droit de la concurrence*, L'expertise, Dalloz, 1995, p. 51 et s., spéc. p. 53, n°3.

¹⁰⁴ Cons. conc., avis relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, 21 sept. 2006, Site de l'Autorité de la concurrence, trouvé le 31 mai 2016 : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>.

¹⁰⁵ Vogel J., *Private enforcement – Le paquet législatif prévu par la Commission pour renforcer les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles est-il suffisant et cohérent ?*, 28 juin 2013, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/le-paquet-legislatif-prevu-par-la-commission-pour-renforcer-les-droits-des-victimes-de-pratique>.

concrète dans les Etats membres¹⁰⁶. Ce sont les exemples de cette mise en œuvre en France et en l'Allemagne qui seront traités dans la suite de ce travail.

Titre 2 : Des réticences partagées en France et en Allemagne ou la pénible réforme des systèmes nationaux

Les mesures engagées par la Commission ne font pas l'unanimité auprès des Etats membres et suscitent en particulier des difficultés en France et en Allemagne. Il convient d'étudier respectivement la situation de ces deux pays : si la France a vu aboutir une nouvelle loi, la loi Hamon (chapitre 1), le débat politique est toujours bloqué en Allemagne (chapitre 2). Les difficultés soulevées amèneront à s'interroger sur les écueils de la réflexion européenne (chapitre 3).

Chapitre 1 : Le fastidieux aboutissement de la loi Hamon

L'introduction d'une action collective de concurrence a longtemps été débattue en France (I). Introduite récemment par la loi Hamon, elle n'est finalement pas complètement conforme à l'action collective « européenne » (II).

I/ L'introduction de l'action collective en droit français, une volonté ancienne longtemps débattue

Si elle a malgré tout fini par être introduite, l'action collective de concurrence a, en France, longtemps suscité de nombreuses réticences et a mis du temps à émerger.

A) La multiplication de projets peu concluants

Déjà avant la prise de conscience européenne sur la nécessité d'introduire une action collective, la législation française était dotée de mécanismes visant à défendre l'intérêt collectif des consommateurs (action civile, action en cessation de pratiques illicites, action en suppression de clauses abusives ou illicites). La défense des intérêts individuels a cependant longtemps été laissée

¹⁰⁶ Pietrini S., *La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques enticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n°10, 2015, étude 12.

de côté, même si le législateur a, pendant trente ans, été tenté d'introduire l'action collective dans notre système juridique. Si de nombreuses propositions de lois se sont succédées, elles n'ont pour la plupart jamais abouti.

Le 18 janvier 1992, la loi n° 92-60¹⁰⁷ a instauré l'action en représentation conjointe (art. 422-1 C. consomm.). Mais celle-ci s'est finalement avérée être un échec. L'action en représentation conjointe permet à une association de consommateurs agréée, à laquelle il a été donné mandat, d'agir au nom de plusieurs consommateurs ayant subi des préjudices découlant d'une même origine. Or, l'action essuie de nombreuses critiques à cause de ses nombreux défauts. Non seulement l'identification préalable des consommateurs s'avère assez difficile¹⁰⁸, mais de plus, l'interdiction faite à l'association de solliciter les consommateurs par voie d'appel public ne permet souvent pas de rassembler un nombre suffisant de consommateurs¹⁰⁹.

Il a donc fallu conclure à l'inexistence d'une forme d'action collective qui permette, de manière effective, la prise en charge des intérêts individuels des consommateurs qui sont victimes en masse des pratiques illicites et abusives. A cela se sont ajoutés la croissance de la demande en produits et en services ainsi que le développement de l'offre de nouvelles technologies (téléphonie mobile et internet) qui complexifient les contrats de consommation¹¹⁰. Il a donc fallu faire face à un besoin de réguler les pratiques commerciales restrictives de concurrence. Pour cela, on a recherché de nouveaux outils de régulation économiques qui rééquilibrent les pouvoirs entre consommateurs et professionnels et réparent les préjudices économiques résultant de pratiques anticoncurrentielles. La volonté d'inclure les pratiques anticoncurrentielles dans le champ d'application de l'action de groupe s'inscrit dans le mouvement de « privatisation » du droit de la concurrence, lui-même influencé par les réflexions de la Commission européenne¹¹¹.

A partir des années 2000 se sont succédés six propositions¹¹² et un projet de loi¹¹³, visant à instaurer une action collective en droit français. Si toutes les propositions confiaient la

¹⁰⁷ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

¹⁰⁸ Bazin-Beust D., *Droit de la consommation*, 1^{ère} ed., Issy-les-Moulineaux : Lextenso, 2014, p. 304.

¹⁰⁹ Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, p. 6.

¹¹⁰ Homobono N., *L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France*, Colloque « Les réformes du droit de la concurrence en question », 2013, *Revue Concurrences* n° 3-2013.

¹¹¹ Pietrini S., *Une mise en perspective du projet français avec les expériences étrangères*, Colloque Les réformes du droit de la concurrence en question, 2013, *Revue Concurrences* n° 3-2013.

¹¹² Proposition de loi n° 3055 du 26 avril 2006 visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs présentée par le député L. Chatel ; proposition de loi n° 324 du 30 octobre 2007 relative à l'introduction de l'action de groupe en France du député A. Montebourg ; proposition de janvier 2008 issue du Rapport Coulon sur la dépénalisation du droit des affaires ; propositions d'amendements à LME en mai 2008 ;

représentation des intérêts des consommateurs à des associations agréées, les premières favorisaient le système de l'*opt-out*, tandis que les dernières préféraient l'*opt-in*. De plus, si la plupart réduisait le champ d'application au domaine de la consommation, d'autres prévoyaient un champ plus large incluant la concurrence, ou encore la santé et le domaine boursier.

La volonté du législateur français d'introduire une action collective étant relativement ancienne, il convient de s'interroger sur les raisons qui ont fait que l'émergence ait en fait été si lente et difficile, et les projets de loi si nombreux. Il est donc pertinent d'étudier les principaux arguments des opposants à l'introduction d'une action de groupe.

B) Les freins à l'introduction d'une action collective

C'est en raison de la résistance du MEDEF et des compagnies d'assurances, ainsi que des nombreuses controverses doctrinales qu'aucune des propositions ne fut d'abord adoptée. Aux arguments juridiques s'ajoutent les arguments économiques.

1) Les arguments juridiques

L'action collective a souvent été perçue comme incompatible avec les principes juridiques d'Europe continentale. Elle se heurte tout d'abord au grand principe de droit processuel selon lequel « nul ne plaide par procureur »¹¹⁴. En effet dans notre conception du système juridique de droit privé, il est interdit de prendre à sa charge un litige qui ne nous concerne pas personnellement. Ce principe renvoie surtout à une exigence de transparence du procès¹¹⁵. Or le regroupement de plusieurs actions en une seule, portée par une association, intègre les différents membres à un groupe. Il en résulte que les membres de ce groupe ne sont pas nommés distinctement¹¹⁶. La

proposition de loi n°277 du 9 février 2010 présentée par les sénateurs N. Bricq et R. Yung ; proposition de loi n° 657 du 9 juillet 2010 portant réforme de la responsabilité civile présentée par le sénateur L. Béteille ; voir également Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, 2012, p. 35 et s.

¹¹³ Projet de loi n° 3430 du 14 novembre 2006 en faveur des consommateurs (chapitre IV).

¹¹⁴ Raymond G., *Droit de la consommation*, Litec, 2ème édition, Lexis Nexis, Paris, 2011, p. 464.

¹¹⁵ « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Discours prononcé par le Premier président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », site internet de la Cour de Cassation, trouvé le 6 juin 2015 : https://www.courdecassation.fr/publications/26/discours_publications_diverses_2039/publications_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html.

¹¹⁶ Piedelièvre S., *Droit de la consommation*, Corpus de droit privé, Economica, Paris, 2008, p. 570.

question a donc été de savoir s'il convenait de faire céder cette exigence du droit français devant l'objectif d'efficacité porté par l'action collective¹¹⁷.

L'action collective porterait ensuite atteinte au principe de l'égalité des armes. On entend par là le droit, pour chaque partie d'un procès, de se battre à armes égales. C'est l'une des garanties essentielles du procès équitable, prévue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Or l'action collective privilégierait la plupart du temps, unilatéralement et injustement, l'une des parties au procès dans les coûts ou les moyens de preuve. Une rupture d'égalité résulterait, en outre, du fait que le défendeur ne connaisse pas tous ses adversaires, contrairement au représentant du groupe, qui lui, fait face à un unique défendeur.

L'action collective a également fait craindre l'octroi d'honoraires excessifs aux avocats. On parle de pacte de *quota litis* quand le client s'engage à verser une quote-part à son avocat sur les dommages et intérêts obtenus dans le cas d'un procès remporté. Ces pactes sont interdits par les articles 1984 à 2010 du Code civil. L'action collective risquerait d'aboutir au système américain des *contingency fees*, qui rémunèrent les avocats sur la base d'une quote-part du montant total de dommages et intérêts alloué au groupe de victimes. Non seulement les avocats américains perçoivent une part importante des dommages et intérêts alloués par le juge, mais ils conservent en plus de cela, les dommages et intérêts non réclamés par les victimes.

Enfin, l'action collective serait susceptible de provoquer l'engorgement des tribunaux.

2) Les arguments économiques

Aux arguments juridiques s'ajoutent plusieurs arguments économiques. L'action collective, dans le cas où elle ne serait pas suffisamment encadrée, risquerait d'entraîner une multiplication des recours. Cette multiplication ouvrirait la porte à d'éventuels détournements et au développement d'une « industrie de *class action* » à l'image de ce qu'il se passe aux Etats-Unis. Il est effet fréquent aux Etats-Unis que justiciables et avocats s'entendent afin de mettre en place des actions de veille dans les médias et de trouver de nouvelles causes d'actions collectives.

L'impact économique de l'action collective sur les entreprises, serait en outre conséquent et négatif pour celles-ci. En particulier, les PME risqueraient la faillite dans le cas où elles devraient payer des coûts de procédure judiciaire ou bien des coûts de transaction élevés. Le système de

¹¹⁷ « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Discours prononcé par le Premier président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », site internet de la Cour de Cassation, trouvé le 6 juin 2015 : https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/publications_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html.

l'action collective fragiliserait par conséquent les entreprises, faisant baisser leur compétitivité et l'attractivité du territoire français. Par crainte d'être attaquées en justice, les entreprises seraient moins dynamiques.

Enfin, les actions collectives étant la plupart du temps accompagnées de campagnes médiatiques de grande ampleur, les entreprises pourraient voir leur image et leur notoriété dégradées, y compris dans le cas où l'action se verrait être en réalité non fondée.

L'ensemble de ces arguments a longtemps bloqué le débat en France. Mais ce sont finalement les avantages de l'action collective qui l'ont emporté sur les inconvénients et potentiels risques soulevés par les opposants. L'action collective a été introduite en France par la loi Hamon de 2014.

II/ La loi Hamon, un compromis partiellement conforme à la volonté européenne

L'action de groupe est finalement entrée en vigueur en France avec la loi Hamon en 2014¹¹⁸. On note tout d'abord la coordination temporelle entre la loi et les textes européens (recommandation de juin 2013 et directive de novembre 2014). Il peut donc être considéré que la Commission a contribué à clore le débat et a impulsé l'introduction de l'action collective en France. On note de plus, que l'adoption de la loi Hamon s'est faite relativement rapidement : Benoît Hamon, à l'époque ministre en charge de la communication, ayant déposé son projet auprès de l'Assemblée nationale au premier semestre de l'année 2013, il ne fallut qu'un an pour que la loi soit adoptée, le 13 février 2014. Le dispositif de l'action collective est finalement en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2014. Bien que la France se soit donc plutôt montrée conciliante vis-à-vis de la Commission européenne, la loi Hamon n'est pourtant que partiellement conforme à l'action collective « européenne ». Elle apparaît en fait comme un compromis, non seulement entre opposants et partisans, mais aussi à l'égard des institutions européennes. Le nouvel art. L 423-1 C.consomm. permet donc à une association de consommateurs agréée de demander au juge civil, la réparation de préjudices individuels subis par des consommateurs. Ces derniers doivent être placés dans une situation similaire et les préjudices doivent avoir pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations, lors de la vente de biens ou la fourniture de services ou du fait de pratiques anticoncurrentielles. L'objectif sera ici de présenter les principales spécificités de l'action collective de concurrence française, tout en mettant en évidence les points d'accord et les divergences avec l'action « européenne » au sens où l'entend la Commission.

¹¹⁸ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

A) Le choix d'inclure le droit de la concurrence

Le Commission européenne préconisait dans sa recommandation une action collective commune à toutes les branches du droit¹¹⁹. On peut donc regretter que la France n'ait pas choisi le Code de procédure civile pour introduire la nouvelle procédure. Cela n'aurait pas empêché la création parallèle de dispositions spécifiques qui tiennent compte des différents particularismes¹²⁰. Le gouvernement français a pourtant limité la procédure collective aux domaines de la consommation et de la concurrence, introduisant la loi Hamon dans le Code de la consommation. Ce choix s'inscrit en fait dans une démarche expérimentale et progressive. Une éventuelle extension du champ d'application de l'action n'est par conséquent pas exclue à l'avenir. Les motivations qui ont poussé le gouvernement à introduire une action collective en droit de la concurrence rejoignent celles de la Commission : imposer une contrepartie à l'élargissement de l'espace de libre concurrence et à la liberté entrepreneuriale, réduire l'asymétrie entre les grands groupes d'entreprises et les consommateurs isolés, compléter l'action publique qui n'indemnise pas le consommateur, et enfin renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle en faisant du consommateur un acteur. La loi Hamon sanctionne donc les atteintes au droit de la concurrence à la fois nationales et communautaires¹²¹. Il s'agit concrètement des ententes horizontales et verticales ainsi que des abus de positions dominantes.

B) Les bénéficiaires et les acteurs de l'action

Le bénéfice de l'action est strictement réservé aux consommateurs, c'est-à-dire à « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »¹²². Sont donc exclus, les entreprises et les professionnels. Il en résulte une contrariété avec la recommandation de la Commission européenne qui voyait en l'action collective un « mécanisme juridique garantissant la possibilité pour une ou plusieurs personnes physiques ou morales de demander collectivement réparation »¹²³ et qui visait ainsi expressément les personnes morales.

Pour défendre les intérêts des consommateurs, seules sont habilitées à agir les associations de

¹¹⁹ Recommandation 2013/396/UE du 11 juin 2013, considérant 7.

¹²⁰ Prieto C., Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère privée, *JurisClasseur Europe Traité*, 2015, Fasc. 1455.

¹²¹ Nouvel article L 423-1 C. consomm.

¹²² Nouvel article préliminaire C. consomm.

¹²³ Recommandation 2013/396/UE du 11 juin 2013, point 3-a-i.

défense des consommateurs représentatives au niveau national et dûment agréées (L 423-1 C. consomm.), comme le recommandait la Commission. Il existe une quinzaine d'associations en France à ce jour. Ce monopole serait justifié par le statut et l'objet des associations agréées : la défense de l'intérêt collectif des consommateurs. Elles satisferaient de plus les deux conditions procédurales nécessaires pour introduire l'instance qui sont l'intérêt pour agir et la qualité pour représenter le groupe des consommateurs sans besoin préalable d'identifier les victimes¹²⁴. Par ailleurs, confier à des associations expérimentées le soin d'évaluer l'opportunité d'une action d'ampleur permettrait de réduire le risque des actions fantaisistes¹²⁵.

Mais la place considérable accordée aux associations de consommateurs se fait au détriment de l'avocat¹²⁶. Sans toutefois être exclu de la procédure, ce dernier voit son rôle diminué. Le gouvernement français partage donc les craintes de la Commission relatives aux éventuelles dérives provoquées par les avocats à l'image du système de *class action* américain. Cette méfiance a été très mal accueillie par les avocats eux-mêmes, estimant que de telles dérives « ont très peu de chances de se produire en France, tout simplement parce que le pacte de *quota litis* total, attribuant pour seule rémunération aux avocats un pourcentage du montant des indemnités, n'existe pas en France »¹²⁷. L'avocat n'est pour autant pas exclu de la nouvelle procédure collective. Il représente l'association, dans la mesure où la représentation devant un tribunal est obligatoire, et il peut également l'assister (à condition que l'association le souhaite) dans la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et dans la représentation des consommateurs lésés auprès des professionnels (art. L.423-9 et R.423-5 C. consomm.).

C) Une frontière floue entre *opt-in* et *opt-out*

Comme évoqué précédemment, le système de l'*opt-in* oblige le consommateur à effectuer une démarche active pour adhérer au groupe, tandis que l'*opt-out*, l'incluant à ce groupe

¹²⁴ Coursière-Pluntz V., Pétrignet N., Redon D., *Loi Hamon - Volet « Action de groupe en matière de concurrence »* | *Flash info Concurrence*, 7 avril 2014, Site du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.cms-bfl.com/Loi-Hamon---Volet--Action-de-groupe-en-matiere-de-concurrence---Flash-info-Concurrence-07-04-2014>.

¹²⁵ Censier M., Wilhelm P., *L'introduction de l'action de groupe par la loi Hamon du 17 mars 2014*, 5 janvier 2015, Site internet du cabinet Wilhlem & associés, trouvé le 10 juin 2016 : http://www.wilhelmassociés.com/CENSIER-Maud-et-WILHELM-Pascal-L-introduction-de-l-action-de-groupe-par-la-loi-Hamon-du-17-mars-2014--cabinet_a777.html.

¹²⁶ Le Plénier R., *L'action de groupe : un dispositif juridique tant attendu qui réduit le rôle des avocats*, 25 septembre 2014, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/class-action>.

¹²⁷ *Ibid.*

automatiquement, l'oblige à se manifester pour renoncer au bénéfice de l'action.

Conformément à la recommandation de la Commission, la nouvelle action collective française suit le modèle de l'*opt-in*, d'avantage compatible avec le modèle processuel français. L'*opt-out* porterait en effet atteinte au principe selon lequel nul ne plaide par procureur¹²⁸. Ainsi, il est prévu que le juge définisse le groupe de consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée, fixe les critères de rattachement au groupe et prévoit encore le délai dont disposent les consommateurs pour y adhérer. L'information des consommateurs sur la possibilité de rejoindre le groupe est facilitée par des mesures de publicité, ordonnées également par le juge (par exemple des messages radio ou télévisés, par le biais d'internet, d'affichages, tracts ou encore courriers personnalisés).

Mais la loi Hamon innove, en introduisant parallèlement à la procédure de droit commun, une procédure simplifiée (L 423-10 C. consomm.). Etonnement, cette procédure emprunte, elle, les traits de l'*opt-out*. Le rapporteur du projet devant la Commission des lois avait déjà mentionné que la loi visait à « dépasser la logique binaire de l'*opt-in* et de l'*opt-out*, même si la procédure relève plutôt de l'*opt-in* »¹²⁹. Mais ce choix n'en reste pas moins peu compréhensible. Non seulement cela contredit les principes processuels français, mais le dispositif étant de plus, peu précis, il suscite de nombreuses interrogations et insécurités juridiques. Ainsi, pour déclencher la procédure simplifiée, il suffit que l'identité et le nombre des consommateurs soit « connus ». La loi ne donne pas d'autre précision même si elle sous-entend que les consommateurs soient connus du professionnel. Le procès se déroulera alors sans la présence du consommateur, et sans qu'il n'accepte la procédure ou même qu'il ne soit informé de celle-ci¹³⁰.

D) La spécificité du *follow-on*

La règle dite de l'action consécutive (ou du *follow on*) constitue la nouvelle particularité de l'action collective de concurrence. Le juge civil saisi de l'action collective devra statuer sur la responsabilité du professionnel. Or, l'article L 423-17 C. consomm. précise que cette responsabilité ne peut être établie que sur le fondement d'une « décision prononcée à l'encontre du professionnel

¹²⁸ Outin-Adam A., Delacroix C., *L'action de groupe : un mécanisme à circonscrire*, Colloque du 20 juin 2013 sur les réformes du droit de la concurrence en question, Revue Concurrences n°3-2013.

¹²⁹ Mitchell M., *Le point de vue de l'avocat*, Colloque du 20 juin 2013 sur les réformes du droit de la concurrence en question, Revue Concurrences n°3-2013.

¹³⁰ Molfessis N., *L'exorbitance de l'action de groupe à la française*, Recueil Dalloz, 2014, p. 947.

par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements ». Ainsi, pour engager une action de groupe en droit de la concurrence, il est nécessaire de justifier d'une décision prononcée par une autorité instituée, qui constate au préalable les pratiques anticoncurrentielles du professionnel. Dès lors que cette décision est définitive, les manquements du professionnel, réputés irréfragables, s'imposent au juge civil saisi dans le cadre de l'action. Ainsi, plus aucune preuve visant à renverser la faute du professionnel n'est admissible. Cette règle, en accord avec les préconisations de l'Union européenne¹³¹, vise à accélérer la procédure et à faciliter la preuve. Si l'Union n'impose pas à proprement parler la procédure de *follow-on*, elle considère que lorsqu'une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence existe, celle-ci a un effet probatoire qui lie les actions en dommages et intérêts engagés devant les tribunaux civils. Cette règle engendre une rupture par rapport au droit français classique car jusqu'à présent, seule une décision de la Commission valait présomption de faute. L'Autorité de la concurrence étant une simple autorité administrative, ses décisions ne s'imposaient nullement aux juridictions civiles. Le juge doit cependant encore estimer si préjudice et lien de causalité sont établis.

E) La subordination au *public enforcement*

Bien que l'ait au départ envisagé la Commission, l'action indemnitaire ne suit plus une logique punitive ou dissuasive dans la directive de 2014. Il s'agit essentiellement de faciliter l'indemnisation des victimes, une fois l'autorité publique ayant joué son rôle répressif. Or, bien que la loi Hamon introduise l'action collective également dans un but indemnitaire, elle est conçue, en matière de concurrence, comme une manière de renforcer l'efficacité de la sanction concurrentielle. Certains parlent alors de « détournement de la philosophie de l'action de groupe » qui devrait, par principe, se contenter d'offrir aux victimes un accès facilité à la justice¹³². En droit français, ce nouveau moyen d'indemnisation sert en fait à sanctionner le comportement anticoncurrentiel en ce qu'il participe à une politique de dissuasion. Le juge judiciaire est subordonné à l'Autorité de la concurrence et ne peut se prononcer qu'à l'issue de la procédure devant cette dernière et sur la base d'une décision rendue par elle (cf. supra). Le but n'est donc plus de protéger le consommateur, mais de l'utiliser au service de la répression.

¹³¹ Recommandation 2013/396/UE, V. 33 ; Directive 2014/104/UE, considérant 34.

¹³² Molfessis N., *L'exorbitance de l'action de groupe à la française*, Recueil Dalloz, 2014, p. 947.

F) L'alternative de la médiation

La recommandation européenne incite fortement les Etats-membres à prévoir des modes alternatifs de règlement des conflits collectifs en vue d'aboutir à un accord indemnitaire¹³³. Si la loi Hamon prévoit aussi un recours à cette alternative, celle-ci n'est que facultative. La médiation a pourtant toute son importance, notamment du point de vue des entreprises, qui par peur des actions médiatiques d'ampleur susceptibles de dégrader leur image, pourraient préférer cette voie. Les articles L 423-15 et suiv. C.consumm. prévoient donc la possibilité d'un recours à la médiation à tout moment de l'action. L'accord trouvé et négocié au nom du groupe, est soumis à l'homologation du juge. Ce dernier vérifie alors sa conformité aux intérêts de chacun et lui donne force exécutoire. Tout comme le jugement sur la responsabilité, l'accord doit préciser les mesures de publicité nécessaires afin d'informer les consommateurs concernés de la possibilité d'adhérer et des délais et modalités de cette adhésion. Le jugement d'homologation a autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure.

La loi Hamon est ainsi en grande partie conforme à la recommandation et à la directive européenne mais diffère sur des points non dérisoires. Elle constitue dans tous les cas une avancée importante, révélant que la France a dépassé l'étape des querelles politiques et doctrinales. L'Allemagne, elle, n'a pas encore passé ce cap.

Chapitre 2 : Des blocages persistants en droit allemand

Contrairement à la situation française, l'introduction d'une action collective fait encore l'objet d'un débat politique en Allemagne. Ainsi, la coalition majoritaire CDU/CSU/SPD, soutenue par les associations d'entreprises, se refuse toujours d'introduire une nouvelle action de groupe et reste sourde à la volonté d'évolution de l'opposition (en particulier la fraction Bündnis 90/Die Grünen soutenue par les associations de consommateurs).

¹³³ Recommandation 2013/396/UE, V. 25.

I/ Le scepticisme de la majorité politique

La coalition de la majorité CDU/CSU/FDP s'était déjà montrée sceptique lors de la consultation menée par la Commission européenne en 2011. La nouvelle coalition majoritaire CDU/CSU/SPD, au gouvernement depuis 2013, ainsi que les associations d'entreprises, défendent la même position.

A) Les arguments économiques et procéduraux classiques

Nous ne reviendrons que brièvement sur la plupart des arguments économiques et juridiques, soulevés par les opposants à l'action collective puisque ceux-ci sont identiques aux arguments ayant été avancés en France. Ainsi, les opposants craignent le danger d'une « industrie d'actions collectives », qui en plus de bloquer les voies judiciaires, mettrait en péril l'économie¹³⁴. La fraction CDU/CSU s'appuie sur l'expérience du système américain pour dénoncer un important « potentiel d'abus » et souligne encore, que les campagnes médiatiques accompagnant les actions collectives risqueraient de dégrader l'image des entreprises. Elle s'appuie enfin sur l'incompatibilité de ce type d'actions avec nos concepts juridiques d'Europe continentale : notamment la possibilité de participer activement et de par son propre consentement à un procès, ainsi que le principe de l'égalité des armes.

Ces arguments sont discutables dans la mesure où la Commission a déjà tenu compte de tous ces risques et obstacles procéduraux dans ses diverses propositions. Il ne suffit donc plus de se contenter de dénoncer les faiblesses du système américain. En revanche, il faudrait déterminer si les garde-fous prodigués par la Commission sont suffisamment aptes à limiter les dérives. La fraction majoritaire ne l'a pourtant jamais fait. Elle reste assez hermétique à la recommandation européenne, la mentionnant d'ailleurs relativement peu dans ses discours.

B) L'argument tiré de la suffisance des procédures collectives préexistantes

Mais le débat allemand se distingue du débat français, en ce que les opposants à l'action collective insistent sur un tout autre point : le droit allemand étant déjà doté de nombreuses procédures collectives, il serait inutile d'en introduire une nouvelle. C'est cet argument qui retiendra le plus notre attention. Nous nous limiterons à exposer la diversité des actions collectives liées au domaine de la concurrence, même si certaines concernent d'autres domaines. La question de savoir

¹³⁴ BT-DR 17/5956 ; *EU-Sammelklagen: Bundestag vs. Kommission*, 26 mai 2011, Site de la fondation Euractiv, trouvé le 9 juin 2016 : <http://www.euractiv.de/section/gesundheits-und-verbraucherschutz/news/eu-sammelklagen-bundestag-vs-kommission/>.

si toutes ces actions suffisent effectivement à garantir la protection des victimes de la violation des règles de concurrence fera l'objet de la deuxième partie de ce mémoire.

1) Les nombreux mécanismes d'actions collectives de concurrence en droit allemand

a) Les actions collectives en cessation

Il existe en droit allemand plusieurs actions collectives en cessation pour mettre fin aux comportements violant les règles de concurrence : l'action en cessation pour violation des règles de loyauté de concurrence (§ 8 UWG) et l'action en cessation pour violation des règles relatives aux ententes et abus de positions dominantes (§ 33 GWB). Le droit allemand réglemente en effet les règles de loyauté de la concurrence et les règles relatives aux ententes et abus de positions dominantes dans deux codes différents (respectivement le UWG et le GWB) mais les deux actions en cessation suivent la même logique. Ainsi, les associations de consommateurs agréées soit par le Bundesverwaltungsamt (office administratif fédéral), soit par l'Union européenne dans sa directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs¹³⁵, peuvent saisir le juge dans le but de faire cesser le comportement illicite.

En revanche, les paragraphes 8 UWG et 33 GWB n'ouvrent en aucun cas des droits pour les consommateurs (notamment un droit d'indemnisation). Il en va autrement des concurrents qui eux, parallèlement aux actions en cessation, peuvent intenter des actions en dommages et intérêts. Or, comme vu précédemment, la nécessité d'instaurer des procédures collectives s'est développée, au niveau européen, bien au-delà de l'action en cessation. La focalisation des opposants sur l'existence d'actions collectives en cessation n'est donc pas suffisante. Il existe néanmoins d'autres actions collectives en droit allemand :

b) L'action collective pour l'absorption illégale des bénéfices (Verbandsklage zur Gewinnabschöpfung)

L'action collective pour absorption illégale de bénéfices constitue une action sui generis¹³⁶ réglée à la fois au paragraphe 10 UWG (dans le cadre d'un acte de concurrence déloyale) et au paragraphe 34a GWB (dans le cadre d'une entente illicite ou d'un abus de position dominante).

¹³⁵ Directive 2009/22/CE du 23 avril 2009.

¹³⁶ Van Ray A., Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht, Kit Scientific Publishing, 2012, p. 107.

Introduite à l'origine dans le but de parer les déficits procéduraux et d'améliorer la mise en œuvre des droits des consommateurs dans la concurrence ; cette action vise en fait d'avantage à dissuader les entreprises de violer les règles du droit de la concurrence. Les associations agréées de consommateurs peuvent donc tenter l'action lorsqu'une entreprise, responsable d'un acte de concurrence déloyale ou d'une entente illicite, a intentionnellement absorbé un bénéfice, au détriment de plusieurs consommateurs. Le bénéfice alors absorbé illégalement sera restitué, non pas aux consommateurs ou à l'association, mais directement au Bundeshaushalt (budget fédéral). Cette action joue donc essentiellement un rôle dissuasif et répressif auprès des entreprises et non un rôle indemnitaire auprès des victimes du droit de la concurrence.

c) La Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz

Enfin, une dernière procédure collective a été introduite en 2005. Il s'agit de la « Kapitalanlegermusterverfahren »¹³⁷ (littéralement « procédure modèle relative aux investissements financiers »). Celle-ci ne relève pas du droit de la concurrence mais concerne les actions en dommages et intérêts relatives à des informations financières fausses, insuffisantes ou trompeuses. Malgré un champ d'application restreint, la Kapitalanlegermusterverfahren a toute son importance. Elle est en effet souvent désignée comme pouvant servir de modèle à la création d'une nouvelle action collective au champ d'application plus général. Cette loi plutôt atypique s'éloigne du modèle classique de l'action de groupe : après avoir déjà intenté des actions individuelles, les investisseurs lésés peuvent décider de regrouper leurs demandes dans une procédure-modèle (Musterverfahren). Il est dans ce cas nécessaire de prouver que le cas d'espèce dépasse le litige individuel et concerne plusieurs affaires similaires (au minimum dix). Après introduction de la Musterverfahren, toutes les actions individuelles seront suspendues. Un seul des demandeurs agira en tant que représentant pour l'ensemble du groupe. Les autres joueront alors un rôle passif tout au long de l'instance et pourront après jugement obtenir des dommages et intérêts.

¹³⁷ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - KapMuG) du 16 août 2005 (BGBl. I S. 2437), modifiée le 19 octobre 2012 (BGBl. I S. 2182).

2) Appréciation de l'argumentation

Il serait donc superflu, pour la CDU/CSU, d'introduire une nouvelle action collective à l'image de celle préconisée par la Commission européenne. La majorité politique ne se sent pas concernée par les diverses recommandations, car le déficit procédural mentionné par la Commission ne se retrouverait pas en droit allemand. Certes on observe en Allemagne, une variété d'actions de groupe qui concernent le droit de la concurrence, et qui s'appliquent de manière relativement vaste selon des mécanismes différents (action collective en cessation, action collective pour absorption illégale des bénéficiaires et Musterklage). Mais l'argument de la CDU/CSU se limite à insister sur le grand nombre d'actions. Or il ne peut lui être donné raison sur le seul constat que les actions collectives de concurrence seraient nombreuses. La quantité doit en effet se doubler d'une qualité et d'une efficacité certaines (cf. infra). De plus, aucune des actions citées ne vise à indemniser les consommateurs.

II/ Volonté d'évolution et proposition de loi de la fraction Bündnis 90/Die Grünen

A l'inverse de la majorité, la fraction politique Bündnis 90/Die Grünen et l'association fédérale allemande de consommateurs (Verbraucherzentrale Bundesverband) défendent l'initiative de la Commission européenne. Selon eux, il serait indispensable d'étendre les actions collectives existantes aux demandes de dommages et intérêts ainsi que de réviser les moyens de financement des actions collectives actuelles, problème majeur de leur manque d'attractivité. La dernière proposition de loi en date a été déposée au Parlement allemand le 21 mai 2014¹³⁸.

A) Présentation de la proposition du 21 mai 2014

La proposition de loi visait essentiellement à généraliser le champ d'application de la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (cf. supra), dont l'application n'est jusqu'ici que ponctuelle, et à intégrer cette nouvelle action dans le code de procédure civile (paragraphe 606 et suiv. ZPO). Le domaine d'application de la nouvelle « Musterklage », désormais dénommée « Gruppenverfahren » (procédure de groupe), aurait donc été extrêmement large, englobant toutes les litiges à l'exception de ceux liés au droit de la famille et des procédures non contentieuses. Le « Gruppenverfahren » aurait donc permis aux victimes des violations du droit de la concurrence de se voir octroyer des

¹³⁸ Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren, 21 mai 2014, BT-Dr 18/1464.

dommages et intérêts. Il se serait agi d'une procédure d'exception, d'un mécanisme subsidiaire destiné à pallier les faiblesses de l'action individuelle. En effet, l'action n'aurait pu être intentée que dans les cas où elle aurait semblé préférable à l'action individuelle (§ 606 Nr. 3).

Le nouveau paragraphe 606 Nr. 1 ZPO devait autoriser n'importe quel membre d'un groupe suffisamment déterminable à introduire une action collective. La procédure aurait été ouverte si au moins dix personnes s'étaient décidées à participer (§ 609 I ZPO) après avoir subi un préjudice découlant de la même origine (§ 606 Nr. 1). Un « plaignant principal » aurait ensuite été désigné parmi les membres du groupe pour intenter l'action (§ 606 Nr. 4). Les autres membres (dénommés « participants ») auraient alors joué un rôle passif et n'auraient pu ni instaurer d'actes de procédure, ni produire de moyens nouveaux (§ 620 III). Ils auraient en fait délégué leurs réclamations au plaignant principal. Chaque membre aurait eu la possibilité de mettre fin à sa participation en cours d'instance, et à l'inverse, toute personne concernée par des faits similaires aurait eu le droit de se joindre à l'action à tout moment (615, 621 ZPO). La proposition suivait le modèle de l'*opt-in* puisque seule une déclaration expresse de volonté aurait permis à un justiciable d'intégrer le groupe. A l'inverse du droit français qui limite le rôle de l'avocat dans la procédure, chaque participant aurait été obligé de se faire représenter par un avocat (615 S. 2 ZPO). Cette disposition avait pour but d'assurer une protection suffisante des participants. Ces derniers auraient de plus, payé les frais de procédure au prorata. Enfin, il est intéressant de noter qu'un système d'information électronique à l'intention des participants aurait été mis en place afin d'assurer une efficacité optimale (§ 620 II).

B) Rejet de la proposition

Tout comme les initiatives antérieures de la fraction, la nouvelle proposition de loi a elle aussi été rejetée par le Comité pour le droit et la protection des consommateurs (Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz) du Parlement fédéral. Le 5 novembre 2015, dans une décision relativement peu argumentée, le Comité a de nouveau avancé les arguments maintes fois soutenus par les opposants à l'action collective¹³⁹. Cette nouvelle proposition entraînerait un encombrement considérable de la justice, ouvrirait la porte à de nombreux abus et profiterait uniquement aux avocats. Le Comité a de plus, de nouveau insisté sur la suffisance des procédures collectives existantes. La proposition de loi de la fraction Bündnis 90/Die Grünen a donc été jugée disproportionnée et non conforme à la Constitution sans explication supplémentaire. On assiste ainsi en Allemagne, à un blocage politique.

¹³⁹ Communiqué du Parlement fédéral allemand, *Nein zur Einführung von Gruppenverfahren*, 5 novembre 2015, Site du Parlement fédéral allemand, trouvé le 8 juin 2016 : <http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw45-de-gruppenverfahren/393282>.

Les opposants campent sur leur position sans réelle tentative de discours. Le simple refus du Comité, sans justification nouvelle, est regrettable dans la mesure où la protection des victimes des violations du droit de la concurrence constitue un problème d'ampleur, tant au niveau européen qu'au niveau national. La nouvelle proposition de loi tentait de limiter les abus éventuels et suivait les principales recommandations de la Commission européenne (nouveaux garde-fous, modèle de l'opt-in, information des justiciables, nouveaux moyens de financement et surtout, la possibilité pour les victimes de se faire octroyer des dommages et intérêts). Dès lors, le Comité aurait dû justifier son refus de manière plus approfondie.

Un mois plus tôt, à la suite du scandale lié à l'utilisation par le groupe Volkswagen, de techniques frauduleuses visant à réduire les émissions polluantes de ses moteurs, le ministre de la justice Heiko Maas avait pourtant déclaré dans la presse la rapide création d'une nouvelle action collective en droit allemand¹⁴⁰. Cette nouvelle proposition était initialement prévue pour début 2016. Pourtant, il ne semble y avoir eu, jusqu'à maintenant, aucune suite à ces déclarations.

L'étude des situations françaises et allemandes est dans une certaine mesure similaire : bien que la France ait dépassé la querelle entre opposants et partisans à l'action de groupe, l'émergence de l'action collective en droit de la concurrence a finalement suscité nombre de réticences. La lente évolution des deux systèmes mène à s'interroger sur le point suivant : Pourquoi les Etats-membres ne sont-ils pas plus conciliants ? La mesure européenne est-elle vraiment appropriée ?

Chapitre 3 : Les écueils de la réflexion européenne dans l'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence

Malgré tous ses efforts, l'Union européenne ne lève pas tous les obstacles au développement des actions indemnitaires qui restent encore peu nombreuses. Elle n'a en fait réalisé qu'un compromis a minima (I). De plus, elle se focalise essentiellement sur la protection du consommateur, or ce n'est pas le but premier du droit de la concurrence (II). Enfin, l'Union n'apprécie pas les systèmes d'indemnisation des Etats membres de manière globale mais se contente de soulever des aspects isolés (III).

¹⁴⁰ Stehle A., *Bundesregierung will Gruppenklagen einführen*, 26 septembre 2015, Site internet du Handelsblatt, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/nach-vw-skandal-bundesregierung-will-gruppenklagen-einfuehren/12373082.html> ; Knuf T., *VW-Skandal Justizminister Heiko Maas plant Gesetzentwurf für Gruppenklagen*, 28 septembre 2015, Site internet du Mitteldeutsche Zeitung, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.mz-web.de/politik/-vw-skandal-sote-bundes-22778040>.

I/ Un compromis a minima

Comme mentionné précédemment, en matière de recours collectifs l'Union européenne ne peut réaliser qu'une harmonisation a minima. Ainsi, si les Etats membres ne coopèrent pas, la mesure échoue. La recommandation de la Commission n'a pas de valeur contraignante, puisque l'Union se doit de respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité en matière procédurale. De plus, si la directive a été annoncée comme le résultat d'une volonté politique visant un changement de mise en œuvre du droit de la concurrence¹⁴¹, son efficacité dépend aussi et avant tout de la mise en œuvre dans les Etats membres¹⁴². La directive est en effet moins ambitieuse que le Livre vert et le Livre blanc et n'apporte pas toutes les innovations que certains attendaient. Elle met notamment la question des recours collectifs de côté¹⁴³. Certes dans son communiqué du 10 novembre 2014¹⁴⁴, la Commission affirme bel et bien que la directive s'applique inclusivement aux mécanismes de recours collectifs (dans les Etats membres où de tels mécanismes existent). Mais un communiqué de presse n'a pas de valeur contraignante. Les règles ou indications énoncées apparaissent donc principalement comme le résultat d'un compromis *a minima*. Le législateur européen ne s'est pas donné tous les moyens pour faire du *private enforcement* un véritable outil de régulation de la concurrence au même titre que les autorités publiques¹⁴⁵. On peut parler d'incitation, voire de pression politique, mais pas d'obligation pour les Etats membres d'introduire des droits individuels d'indemnisation pour les consommateurs en matière de concurrence, ni de droit d'agir en justice dans ce domaine. De plus, il convient de rajouter que les Etats membres ont des traditions juridiques sensiblement différentes les unes des autres en matière de recours collectifs, traditions que la Commission a elle-même affirmé vouloir respecter¹⁴⁶. Or il ressort de ces traditions juridiques que le consommateur n'a dans certains Etat membres pas de légitimité à agir en droit de la concurrence. L'Allemagne, sur ce point, constitue un exemple, mais il ne s'agit pas non

¹⁴¹ Ales T. et Constans A., *Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne*, JCP 2014, p. 1306.

¹⁴² Pietrini S., *La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles*, Contrats Concurrence Consommation n°10, 2015, étude 12.

¹⁴³ Ales T. et Constans A., *Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne*, JCP 2014, p. 1306.

¹⁴⁴ Communiqué de presse de la Commission européenne du 10 novembre 2014, IP/14/1580.

¹⁴⁵ Grangeon J., *La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du private enforcement dans l'Union ?*, Revue Lamy Droit des affaires, 2015, n°101, p. 59.

¹⁴⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne du 11 juin 2013, IP/13/524.

plus d'une exception¹⁴⁷.

II/ La trop forte focalisation sur la protection du consommateur

A) Le consommateur au centre de la réflexion européenne

La plupart des études de la Commission sont fondées sur et limitées à la protection des consommateurs dans les systèmes respectifs des Etats membres¹⁴⁸. Il suffit de revenir à l'objectif principal poursuivi par l'introduction d'une action collective pour s'en persuader : surmonter les obstacles procéduraux auxquels se heurte le consommateur qui, découragé, a du mal à obtenir l'indemnisation de ses préjudices, et donc lui donner les moyens d'y parvenir collectivement. Si cette intention est louable, elle repose sur une présomption de malveillance généralisée des professionnels qui ne correspond pas forcément à la réalité¹⁴⁹. Cette focalisation sur la protection du consommateur amène à s'interroger sur les objectifs poursuivis par le droit de la concurrence.

B) Finalités du droit de la concurrence

L'une des finalités du droit de la concurrence consiste effectivement à préserver l'intérêt du consommateur. Il s'agit d'un objectif relativement nouveau, lié à l'émergence du *private enforcement*. On estime en effet que le consommateur est souvent une victime collatérale des comportements anticoncurrentiels. Pourtant, la protection des consommateurs ne constitue pas le but premier du droit de la concurrence. Il ne faut pas oublier que ces derniers ont déjà un statut protecteur dans le droit de la consommation, qui lui, vise spécifiquement à régler leurs rapports avec les professionnels. Il ne faut donc pas, dans le cadre de l'action collective, négliger les autres objectifs du droit de la concurrence qui sont la construction du marché intérieur, la garde du libre fonctionnement concurrentiel du marché, et la préservation de la loyauté des comportements sur le marché¹⁵⁰. Or ces dernières fonctions visent avant tout les rapports entre professionnels. Certes sous l'angle de la loyauté et de la transparence des pratiques commerciales, le droit de la concurrence

¹⁴⁷ Henning-Bodewig F., *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop ?*, GRUR, 2015, p. 735.

¹⁴⁸ Henning-Bodewig F., *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop ?*, GRUR, 2015, p. 736.

¹⁴⁹ Pour ce constat à propos de la loi Hamon : voir Vogel, *L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?*, 24 mars 2016, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/l'echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

¹⁵⁰ Frison-Roche M.-A., *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées*, Bruylant, 2012, p. 841.

tend à partager certains objectifs du droit de la consommation¹⁵¹. Mais l'action collective de concurrence, ne doit pas se concentrer exclusivement sur le consommateur au détriment des autres acteurs économiques. Elle doit en fait combiner les intérêts de chacun sans créer de déséquilibre trop profond, sinon l'objectif du droit de la concurrence se verrait entravé. Reste à déterminer comment la France et l'Allemagne réalisent cet équilibre dans leurs systèmes juridiques respectifs.

III/ L'absence d'appréciation globale des systèmes nationaux

Enfin, comme elle règle la question de l'« *enforcement* » exclusivement du point de vue de la protection des consommateurs, la Commission en oublie d'apprécier les mécanismes de régulation de concurrence nationaux de manière globale. Elle se concentre en fait sur des aspects isolés des différents systèmes des Etats membres puis les compare entre eux¹⁵². Or, cette approche n'est pas des plus adéquates. La Commission ne se demande pas si l'introduction d'une action collective est réellement utile eu égard aux mécanismes de protection déjà prévus dans les Etats membres. Pourtant, plus les mécanismes de protections individuels sont développés et efficaces, moins la nécessité d'instaurer un recours collectif se fait sentir (et inversement). C'est particulièrement ce reproche que fait l'Allemagne à la Commission en opposant autant de résistance dans l'introduction d'une action collective de concurrence. On comprend ainsi mieux les écarts de points de vue entre la Commission, qui estime que la protection des consommateurs en Europe est à améliorer d'urgence, et certains Etats membres, qui au contraire pensent que cette protection est déjà une réussite.

Il convient à présent de s'intéresser à l'efficacité réelle des mécanismes français et allemand afin de mettre en avant les faiblesses de l'action de groupe de concurrence dans ces deux systèmes juridiques.

Partie 2 : Les faiblesses de l'action de groupe de concurrence dans les systèmes français et allemand

En France, la loi Hamon est loin d'être un réel succès (Titre 1). En Allemagne, de tous les mécanismes collectifs existants, aucun ne correspond aux attentes de la Commission, et ces

¹⁵¹ Guinchart S., Debard T., *Lexique des termes juridiques*, 19^e éd. ; Paris : Dalloz, 2012, p. 331.

¹⁵² Henning-Bodewig F., *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop ?*, GRUR, 2015, p. 731.

mécanismes n'ont de plus qu'une efficacité partielle (Titre 2). La protection des consommateurs doit-elle donc réellement passer par une action collective de concurrence ? Il est permis d'en douter.

Titre 1 : Les limites à l'efficacité de la loi Hamon

L'efficacité de la loi Hamon est finalement limitée car l'action collective de concurrence présente plusieurs problèmes de conception et se heurte en pratique à plusieurs obstacles (chapitre 1). Face aux faiblesses de la loi, beaucoup sont tentés d'utiliser d'autres procédures autrement plus efficaces (chapitre 2).

Chapitre 1 : Obstacles pratiques et problèmes de conception

L'action collective de concurrence est beaucoup critiquée en ce qu'elle serait trop strictement encadrée. Son champ d'application est en effet relativement restreint (I). Par ailleurs, la longueur des procédures, renforcée par le mécanisme du *follow-on* (II), ainsi que la difficile évaluation du préjudice concurrentiel (III) limitent sensiblement son attractivité. De plus, le déséquilibre de la procédure entraîne des risques importants pour les entreprises (IV). Le bilan de l'action s'avère donc finalement décevant (V).

I/ Un champ d'application réduit

Le champ d'application matériel et personnel de l'action collective de concurrence, relativement restreint, constitue l'une de ses faiblesses.

A) Le champ d'application matériel limité aux pratiques anticoncurrentielles et aux dommages matériels

L'action collective introduite par la loi Hamon n'a pas vocation à réparer tous les préjudices concurrentiels. En effet, le texte vise uniquement les préjudices résultant de « pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (art. L423-1 C. consomm.). Il s'agit concrètement des préjudices résultant d'ententes anticoncurrentielles, d'abus de position dominante au sens des droits européens et français, ainsi que de pratiques d'abus de dépendance économique

ou de prix abusivement bas au sens des articles L. 420-2.2 et L. 420-5 C. comm., à l'exclusion du droit des concentrations (art. L.430-1 et suivants C. comm.), des pratiques restrictives de concurrence et de la concurrence déloyale (art. L.442-1 et suivants C. comm.).

Par ailleurs, seuls sont réparables les préjudices matériels. La loi exclut les dommages corporels et moraux. Benoît Hamon avait justifié ce choix en déclarant que la procédure « est, par nature, moins adaptée à la réparation de préjudices corporels ou moraux, qui nécessitent des expertises individuelles »¹⁵³. En effet, les préjudices corporels sont relativement rares en droit de la concurrence et les préjudices moraux difficiles à évaluer en raison de leur caractère personnalisé¹⁵⁴.

B) Le champ d'application personnel limité aux consommateurs

Ayant déjà constaté que le champ d'application personnel posé par la loi Hamon constituait une défaillance eu égard à la recommandation de 2013 (cf. supra), il convient encore d'insister sur les faiblesses liées voire le non-sens de ce choix. Certes, une action limitée à la défense des consommateurs est adéquate dans le domaine de la consommation. Mais les pratiques anticoncurrentielles en revanche impactent d'autres personnes, notamment les concurrents évincés et les consommateurs au sens économique du terme¹⁵⁵. Si les concurrents évincés sont peu nombreux et donc peu intéressés par les recours collectifs, les consommateurs autres que personnes physiques existent, eux, en grand nombre : il s'agit de toutes les entreprises qui consomment les biens et les services d'autres entreprises, et ce sont bien elles qui, dans le domaine de la concurrence, sont susceptibles de subir les préjudices les plus importants. L'exclusion des entreprises du champ d'application personnel de l'action a été critiquée par l'Autorité de la concurrence qui a fait remarquer que notamment les PME et les micro-entreprises n'avaient pas toujours les moyens de se défendre lorsqu'elles subissaient des dommages économiques du fait de pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁶.

Par ailleurs, le fait d'autoriser les seules associations agréées à intenter l'action collective entraîne une contradiction. Si cette limitation vise à réduire le risque d'actions fantaisistes, le

¹⁵³ Le Plénier R., *L'action de groupe : un dispositif juridique tant attendu qui réduit le rôle des avocats*, 25 septembre 2014, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/class-action>.

¹⁵⁴ Claudel E., *Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier*, RTD Com., 2014, p. 339.

¹⁵⁵ Prieto C., *Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère privée*, JurisClasseur Europe Traités, 2015, Fasc. 1455.

¹⁵⁶ Coursière-Pluntz V., Pétrignet N., Redon D., *Loi Hamon - Volet « Action de groupe en matière de concurrence »* | Flash info Concurrence, 7 avril 2014, Site du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.cms-bfl.com/Loi-Hamon---Volet--Action-de-groupe-en-matiere-de-concurrence---Flash-info-Concurrence-07-04-2014>.

législateur ne fixe pas de seuil concernant le nombre de consommateurs susceptibles d'impulser l'action. Ainsi, deux consommateurs peuvent être à l'origine d'une action collective, dès lors que l'association agréée sollicitée l'estime justifié¹⁵⁷.

II/ Des procédures rallongées par le mécanisme du *follow-on*

Les délais de l'action collective sont déjà relativement longs : cinq ans pour agir, nécessité d'attendre le jugement définitif du TGI puis la publicité du jugement, nouveau délai d'adhésion au groupe de deux mois minimum, second jugement pour les contestations éventuelles etc. Le législateur a de plus fait le choix d'opter pour le mécanisme du *follow-on*. L'action de groupe, en matière de concurrence doit donc être consécutive à une décision d'une autorité de concurrence, qui elle-même doit avoir un caractère définitif :

Le fait de disposer de la décision définitive d'une autorité de concurrence devient donc un préalable obligatoire pour l'association qui verra son action facilitée. Elle n'aura pas à supporter le fardeau de la preuve et pourra s'appuyer sur une décision qui constate des pratiques anticoncurrentielles pour établir la faute. Dans un objectif de sécurité juridique, la décision doit de plus avoir un caractère définitif, c'est-à-dire que les voies de recours doivent toutes être épuisées. Comme complément logique, le juge civil se voit lié par cette décision définitive. En effet, le mécanisme n'aurait pas d'intérêt, si le juge ou les parties étaient ultérieurement en mesure de contester la décision. La loi Hamon prévoit donc que les manquements du professionnel, tels que démontrés par la décision de l'Autorité, sont réputés établis de manière irréfragable. La responsabilité de ce dernier est par conséquent réputée démontrée.

Cette exigence est compréhensible d'un point de vue de simplicité et de sécurité juridique, mais elle constitue en même temps un frein important à l'action collective de concurrence. En effet, une procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence peut parfois durer près de dix ans, et les éventuels appels et procédures de cassation ajoutent encore des années de procédures. L'affaire dite des parfums illustre cette difficulté. Saisi de cette affaire en 1998, l'ancien Conseil de la concurrence devait juger plusieurs sociétés exploitantes de marques de parfums et cosmétiques de luxe pour s'être concertées sur les prix avec leurs distributeurs. La décision du Conseil étant intervenue en 2006¹⁵⁸, elle n'est devenue définitive qu'en 2015¹⁵⁹ suite à cassation. Si une action en

¹⁵⁷ Censier M., Wilhelm P., *L'introduction de l'action de groupe par la loi Hamon du 17 mars 2014*, 5 janvier 2015, Site internet du cabinet Wilhlem & associés, trouvé le 10 juin 2016 : http://www.wilhelmassociés.com/CENSIER-Maud-et-WILHELM-Pascal-L-introduction-de-l-action-de-groupe-par-la-loi-Hamon-du-17-mars-2014--cabinet_a777.html.

¹⁵⁸ Cons. conc. décis. du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe.

dommages et intérêts devait être engagée après dix-sept ans de procédure, elle n'aurait plus de sens eu égard à l'ancienneté des faits et à la difficulté pour les consommateurs d'apporter la justification de leurs préjudices¹⁶⁰.

Au final, l'action de groupe introduite produit l'effet inverse de celui recherché puisqu'elle ne répond pas aux objectifs d'efficacité et de célérité. Si le but initial était de surmonter le découragement des consommateurs à demander réparation, la nouvelle procédure, bien trop longue, finira finalement par les dissuader à long terme¹⁶¹.

III/ La difficile évaluation du préjudice concurrentiel

A) Enjeu

L'évaluation du préjudice concurrentiel constitue un autre obstacle majeur à l'action collective en pratique¹⁶². L'enjeu concerne l'attractivité même de la procédure : pour rallier les consommateurs à l'action, il est nécessaire de chiffrer le préjudice le plus tôt possible. Si la manière dont seront liquidés les dommages et intérêts n'est pas précisée d'emblée, le taux d'adhésion à l'action s'en voit diminué. L'indication concrète du montant de la somme qui sera perçue à l'issue de la procédure constitue donc un préalable indispensable¹⁶³.

B) Conversion en un préjudice individuel indemnisable

Or, l'évaluation du préjudice subi par les consommateurs s'avère extrêmement difficile pour le juge. C'est particulièrement le cas des ententes ayant un objet anticoncurrentiel, interdites *per se*, dont les effets ne sont pas mesurés par l'Autorité de la concurrence, ainsi que des ententes sur les prix, notamment au niveau des producteurs, qui ne produisent qu'un effet indirect sur le consommateur¹⁶⁴. L'appréhension de l'étendue du dommage à l'économie étant le fruit d'un

¹⁵⁹ Cass. Com., 9 juin 2015, 14-17.025.

¹⁶⁰ Mitchell M., *Le point de vue de l'avocat*, Colloque du 20 juin 2013 sur les réformes du droit de la concurrence en question, Revue Concurrences n°3-2013.

¹⁶¹ Vogel, *L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?*, 24 mars 2016, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/l'echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

¹⁶² Tavitian L., *Action de groupe un an après : quels sont les principaux enseignements ? Interview d'Alain Bazot, président de l'UFC-Que Choisir*, 1^{er} octobre 2015, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/Bilan-Action-groupe,20538.html>.

¹⁶³ Azar-Baud M.-J., Carval S., *L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations*, Recueil Dalloz 2015, p. 2136.

¹⁶⁴ Mitchell M., *Le point de vue de l'avocat*, Colloque du 20 juin 2013 sur les réformes du droit de la concurrence en question, Revue Concurrences n°3-2013.

raisonnement économique complexe qui vise à comparer la situation en cause avec l'hypothèse où la pratique visée n'aurait pas eu lieu, sa conversion en un préjudice individuel indemnisable ne va pas de soi. L'affaire dite des endives¹⁶⁵ constitue une illustration de ce problème. L'Autorité de la concurrence avait sanctionné plusieurs organisations et associations d'organisations de producteurs du secteur des endives pour entente visant à fixer un prix minimum de production des endives, tout en relevant que l'effet sur les prix de cette entente avait été limité par la puissance d'achat de la grande distribution. La mesure du préjudice subi par le consommateur suscite alors des interrogations : le préjudice est-il uniforme pour chaque consommateur ou proportionnel au nombre d'achats ? Il convient de noter que la Commission européenne a publié un guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du TFUE¹⁶⁶, dans le but d'uniformiser les méthodes d'évaluation du préjudice économique résultant de pratiques anticoncurrentielles. Mais ces indications, non spécifiques à l'action collective, ne sont qu'approximatives et incertaines, et n'apportent donc au juge qu'une aide limitée¹⁶⁷.

C) Répartition de la somme à réparer

Enfin le flou subsiste quant à la répartition de l'indemnisation entre les membres de l'entente¹⁶⁸. La loi Hamon ne précise pas si l'association requérante peut choisir d'introduire l'action contre l'une ou l'autre des entreprises ayant participé à l'entente. Le cas échéant, il n'est pas non plus précisé si l'entreprise poursuivie doit se voir condamner à indemniser les consommateurs au prorata de sa participation à l'entente, ou bien à les indemniser directement de la totalité du préjudice subi (pour se retourner ensuite elle-même contre les autres membres de l'entente).

IV/ Déséquilibre de la procédure au détriment des entreprises

A) Une option offerte au consommateur

On peut ensuite regretter le système retenu par la loi Hamon qui permet au consommateur de choisir ou non d'adhérer au groupe, une fois que le juge se soit prononcé et qu'il ait fixé le

¹⁶⁵ Aut. conc., décis. n° 12-D-08, 6 mars 2012.

¹⁶⁶ Annexe de la communication C(2013)3440/F1 de la Commission européenne du 11 juin 2013.

¹⁶⁷ Mitchell M., *Le point de vue de l'avocat*, Colloque du 20 juin 2013 sur les réformes du droit de la concurrence en question, Revue Concurrences n°3-2013.

¹⁶⁸ Ibid.

montant de l'indemnisation. Puisque le consommateur se décide après et non pas avant la décision définitive, le professionnel n'est pas en mesure d'identifier l'ensemble des victimes en cours d'instance et est partiellement privé de son droit de défense¹⁶⁹. Il ne peut en effet se défendre équitablement et se voit placé dans une situation d'insécurité. Ce système entraîne une dissymétrie juridique entre consommateur et professionnel : si le résultat de l'action s'impose au professionnel, le consommateur lui, bénéficie d'une option et pourra toujours préférer l'action individuelle une fois le résultat de l'action collective connu.

Les nouvelles règles de prescription introduites par la loi Hamon confortent l'idée d'option offerte au consommateur¹⁷⁰. Dorénavant, la prescription de l'action individuelle est suspendue en cas d'introduction d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence (art. L. 423-20 C. consomm.), ce qui n'était pas le cas auparavant. Le consommateur peut donc attendre l'issue de l'action de groupe pour décider s'il souhaite en bénéficier et ne verra pas son action individuelle prescrite entre-temps.

B) Risques accrus pour les entreprises

Qualifiée de « monstre juridique »¹⁷¹, cette dissymétrie est préjudiciable aux entreprises : en pratique, le professionnel est dans l'impossibilité non seulement d'anticiper le nombre de victimes à indemniser à l'issue de la procédure collective, mais également de prévoir combien d'actions individuelles, non prescrites, pourront encore être intentées ultérieurement à l'action collective. Il devient donc difficile d'évaluer les risques liés à la procédure.

L'impact négatif est avant tout financier (coût de la ou des procédures et coût de l'indemnisation), mais il se fait également sentir au sein même de l'organisation des entreprises. En effet, pour faire face à l'introduction de recours indemnitaires susceptibles d'affecter leur réputation, les entreprises doivent être en mesure de déployer efficacement une communication de crise¹⁷². La loi Hamon étant encore récente, les premières actions intentées sont davantage exposées à une couverture médiatique significative. Compte tenu de ces risques financiers et ces risques

¹⁶⁹ Molfessis N., *L'exorbitance de l'action de groupe à la française*, Recueil Dalloz, 2014, p. 947.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Catala Marty J., *Que faut-il craindre des recours indemnitaires en droit de la concurrence ?*, 11 février 2015, Site internet du magazine Décideurs de l'entreprise Leaders League, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.magazine-decideurs.com/news/que-faut-il-craindre-des-recours-indemnitaires-en-droit-de-la-concurrence>.

d'atteinte à l'image, les entreprises doivent apprendre à se préparer au mieux à gérer le contentieux et à adopter les mesures préventives nécessaires¹⁷³.

Ces risques d'imprévisibilité au détriment des entreprises sont tout de même à nuancer car c'est justement l'objectif recherché par la loi (discipliner les entreprises par la dissuasion)¹⁷⁴. De plus, ils ne se sont pas réellement fait sentir dans la réalité car l'action collective n'a finalement pas pris beaucoup d'ampleur.

V/ Un bilan décevant

L'instauration de l'action collective de concurrence a suscité beaucoup d'attentes du côté des consommateurs, notamment à cause de l'échec de l'action en représentation conjointe suite au constat de cartels¹⁷⁵. Lors de la condamnation du cartel de téléphonie mobile, l'association UFC Que Choisir s'était par exemple heurtée à l'interdiction du démarchage¹⁷⁶. L'action collective introduite par la loi Hamon apparaissait donc pour le consommateur comme une belle promesse et aurait donc dû sensiblement changer la donne. Or, les actions collectives sont restées un phénomène d'ampleur réduite. Beaucoup l'avaient déjà prévu, en raison des trop nombreuses restrictions instituées par le législateur. Il est même permis de parler d'échec¹⁷⁷ eu égard au faible nombre (un peu moins d'une dizaine) d'actions initiées près de deux ans après l'instauration de la procédure. A titre d'exemple peut être citée la toute première action collective intentée par l'association UFC Que Choisir à l'encontre du groupe FONCIA le 1^{er} octobre 2014, en raison de toute une série de frais de location indus, et dont la procédure n'a pas beaucoup avancé à l'heure d'aujourd'hui¹⁷⁸. L'action de l'association Consommation Logement et Cadre de Vie contre l'assureur AXA pour non-respect de son engagement de garantir un taux minimum de rémunération annuel dans le cadre d'un contrat d'assurance-vie, introduite le 28 octobre 2014¹⁷⁹, ou encore l'action de l'association Familles rurales

¹⁷³ Censier M., Wilhelm P., *L'introduction de l'action de groupe par la loi Hamon du 17 mars 2014*, 5 janvier 2015, Site internet du cabinet Wilhlem & associés, trouvé le 10 juin 2016 : http://www.wilhelmassocietes.com/CENSIER-Maud-et-WILHELM-Pascal-L-introduction-de-l-action-de-groupe-par-la-loi-Hamon-du-17-mars-2014--cabinet_a777.html.

¹⁷⁴ Claudel E., *Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier*, RTD Com., 2014, p. 339.

¹⁷⁵ Prieto C., *Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère privée*, JurisClasseur Europe Traité, 2015, Fasc. 1455.

¹⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, n° 10-15.676, UFC Que choisir/ Bouygues Télécom : JurisData n° 2011-009653.

¹⁷⁷ Vogel, *L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?*, 24 mars 2016, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/l'echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

¹⁷⁸ Tavitian L., *Action de groupe un an après : quels sont les principaux enseignements ? Interview d'Alain Bazot, président de l'UFC-Que Choisir*, 1^{er} octobre 2015, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/Bilan-Action-groupe,20538.html>.

¹⁷⁹ Communiqué de presse de la CLCV, 28 octobre 2014, Site internet de la CLCV, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.clcv.org/communiqués-de-presse/la-clcv-lance-une-action-de-groupe-contre-axa-et-agipi.html>.

à l'encontre de SFR pour vente de téléphones 4G sans informer les consommateurs des limites de couverture du territoire, introduite le 12 mai 2015¹⁸⁰, constituent d'autres exemples.

On peut donc s'interroger sur le destin de l'action collective de concurrence en droit français. Plusieurs réformes sont déjà préconisées en vue d'optimiser le système existant¹⁸¹ : élargir le cercle des personnes pouvant agir ou le périmètre de l'action par exemple. Il convient néanmoins d'être patient. Il a par exemple fallu dix ans au Québec, pour que le recours collectif créé en 1978 prenne toute son ampleur. Les fortes réticences manifestées à l'égard de la procédure ont fini par se dissiper progressivement¹⁸².

Chapitre 2 : Les alternatives à l'action collective de concurrence en droit français

La nécessité d'améliorer le mécanisme prévu par la loi Hamon se fait d'autant plus sentir que l'utilité de cette dernière est d'ores et déjà mise en péril par des alternatives autrement plus efficaces. Outre l'intérêt persistant d'introduire directement une action individuelle (I), les victimes ont de plus en plus tendance à recourir à des actions « groupées » (II).

I/ L'action individuelle

L'action collective introduite par la loi Hamon n'a pas pour objet de mettre fin aux actions individuelles et facilite même leur mise en œuvre dans une certaine mesure. On pense notamment à l'effet suspensif de la prescription prévue par l'article L 423-20 C. consomm. (cf. supra). Au final, les consommateurs ayant le choix entre adhérer au groupe ou engager une action individuelle, il est probable qu'ils favorisent cette dernière alternative, à cause des nombreuses restrictions imposées par la loi Hamon. La première raison à cela est qu'il est facile aujourd'hui pour les justiciables de saisir le tribunal d'instance ou de proximité pour de petits litiges¹⁸³. Ensuite, les consommateurs sont susceptibles d'obtenir gain de cause plus rapidement que par l'adhésion à une action collective. A ce

¹⁸⁰ Communiqué de presse de l'association Familles rurales, 12 mai 2015, Site internet de l'association Familles rurales, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.famillesrurales.org/Actus-1604/telecoms-familles-rurales-lance-la-premiere-action-de-groupe>.

¹⁸¹ Claudel E., *Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier*, RTD Com., 2014, p. 339. ; Rebeyrol V., *La nouvelle action de groupe*, Recueil Dalloz 2014, p. 940.

¹⁸² Azar-Baud M.-J., Carval S., *L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations*, Recueil Dalloz 2015, p. 2136.

¹⁸³ Vogel, *L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?*, 24 mars 2016, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/l'echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

sujet, on peut aussi s'interroger sur la cohérence de la loi Hamon qui affirme l'autorité de la chose jugée ou décidée des décisions définitives prononcées par les autorités de concurrence, mais limite cet effet aux actions collectives, à l'exclusion des actions individuelles. La troisième raison est que l'action individuelle permet de réparer des préjudices qui n'entrent pas dans le champ de l'action collective (préjudices moraux ou corporels par exemple). Enfin, elle a l'avantage d'inclure dans son champ d'application personnel tous les « non-consommateurs » qui eux, ne peuvent agir sur le fondement de la loi Hamon.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que l'action individuelle en matière de concurrence a déjà soulevé plusieurs problèmes, montrant alors qu'elle n'était pas la solution la plus adéquate. Les suites de la condamnation du cartel de la lysine par exemple, témoignent des difficultés rencontrées par les victimes des cartels¹⁸⁴. Ainsi, la Cour de cassation a déjà reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la victime avait répercuté une partie des surcoûts entraînés par le cartel¹⁸⁵. Une autre victime de ce cartel n'avait pas su démontrer le lien de causalité entre l'entente et le dommage¹⁸⁶. Enfin, après le constat d'une entente d'un concessionnaire commercialisant des engins et de ses filiales, une victime avait échoué dans son action en réparation en raison d'une motivation et d'une rédaction maladroites qui visaient un groupe de sociétés, et qui entraîna la censure de la Cour de cassation¹⁸⁷.

II/ L'essor des actions « groupées » en dehors du cadre légal

Le système des actions « groupées » se développe par ailleurs de plus en plus. Celles-ci permettent à un grand nombre de consommateurs de mandater un avocat ou une entité, afin d'exercer une action en justice¹⁸⁸. Le système est facilité par la création de sites internet dédiés, qui offrent la possibilité de s'inscrire en ligne¹⁸⁹. L'impact médiatique de ces initiatives a l'avantage de donner un important retentissement aux différents scandales, et les actions « groupées » englobent par ailleurs les litiges de masses exclus du champ d'application de la loi Hamon. Mais il ne s'agit pas d'actions de groupe à proprement parler. Fondé sur le Code de procédure civile, le système consiste à juxtaposer des actions individuelles, ce qui devient parfois lourd à gérer. L'avocat est donc tenu de

¹⁸⁴ Prieto C., *Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère privée*, JurisClasseur Europe Traité, 2015, Fasc. 1455.

¹⁸⁵ Cass. Com., 15 juin 2010, n° 09-15.816.

¹⁸⁶ Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-18.495.

¹⁸⁷ Cass. Com., 15 novembre 2011, n° 10-21.701.

¹⁸⁸ Vogel, *L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?*, 24 mars 2016, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/l'echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.

¹⁸⁹ Voir par exemple les sites internet www.actioncivile.com et www.demanderjustice.com.

représenter chacun de ses clients individuellement et conclut une convention d'honoraire avec eux¹⁹⁰.

Ces actions « groupées » ne font pas l'unanimité et sont critiquées par beaucoup. L'association UFC Que choisir a même décidé de contester en justice la licéité de certaines initiatives¹⁹¹. En effet, leur dénomination souvent ambiguë, sème le doute dans l'esprit du consommateur et entraîne de nombreuses dérives. Beaucoup de sites internet profitent de la méconnaissance du consommateur et l'instrumentalisent en faisant croire qu'il s'agit d'une véritable action collective. Pourtant, l'objectif se limite parfois à négocier des indemnités avec des professionnels désignés comme auteurs de fautes. Certains sites vont même jusqu'à fournir des conseils juridiques douteux, prétendent travailler en collaboration avec des avocats (ce qui n'est en fait pas le cas), ou bien se rendent coupables d'escroquerie pure et simple en usurpant l'identité de ces derniers. En plus des dérives, les actions « groupées » sont susceptibles de faire naître des espoirs infondés auprès des consommateurs, qui, en cas d'échec des négociations, doivent alors intenter des actions individuelles¹⁹². Enfin, dans le cas où la médiation aboutirait, plusieurs sites s'octroient un pourcentage de la négociation.

Quoi qu'il en soit, le succès fulgurant de ce type d'actions témoigne du réel besoin de défense commune des consommateurs et prouve que la loi Hamon ne suffit pas à le combler¹⁹³.

La France a tout de même été plus conciliante que ne l'a été l'Allemagne vis-à-vis de la Commission européenne. Le système allemand est loin d'être optimal et peut encore être amélioré. Mais il présente un potentiel certain que la Commission méconnaît.

Titre 2 : La défaillance partielle des mécanismes allemands

La Commission européenne estime clairement que le système allemand est défaillant : pour cause, les consommateurs ne peuvent obtenir de dommages et intérêts sur le terrain du droit de la

¹⁹⁰ Mucchielli J., *L'Ordre parisien lance sa plate-forme dédiée aux « actions de groupe »*, 3 février 2015, Dalloz actualité.

¹⁹¹ Azar-Baud M.-J., Carval S., *L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations*, Recueil Dalloz 2015, p. 2136.

¹⁹² Tavitian L., *Action de groupe un an après : quels sont les principaux enseignements ? Interview d'Alain Bazot, président de l'UFC-Que Choisir*, 1^{er} octobre 2015, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/Bilan-Action-groupe,20538.html>.

¹⁹³ Azar-Baud M.-J., Carval S., *L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations*, Recueil Dalloz 2015, p. 2136.

concurrence (chapitre 1) et les autres mécanismes collectifs existants ont une portée limitée (chapitre 2). Pourtant, le système allemand est moins faible qu'il n'y paraît. Le système est à apprécier de manière globale et dans cette mesure, le droit civil complète ce que le droit de la concurrence ne réalise pas (chapitre 3).

Chapitre 1 : L'absence de mécanisme d'action collective en dommages et intérêts

Le décalage entre la volonté européenne et le système allemand du droit de la concurrence est lié à l'absence de droit à agir en indemnisation pour le consommateur (I). Ce thème reste encore très débattu même au sein de la doctrine allemande (II).

I/ Décalage entre la volonté européenne et le système allemand : l'absence de droit à agir en indemnisation pour le consommateur en matière de concurrence

Indépendamment de savoir si les mécanismes de protections allemands existants sont suffisamment efficaces ou non, on observe d'emblée qu'ils ne correspondent pas aux attentes de la Commission. La volonté européenne est double en matière de recours collectifs : mettre à disposition des victimes des violations du droit de la concurrence, à la fois des actions en cessation pour mettre fin au comportement anticoncurrentiel, et à la fois des actions en réparation en vue d'accorder une juste indemnisation.

Or si l'Allemagne dispose d'actions en cessation (Unterlassungsklage) ouvertes à la fois aux concurrents et aux associations de consommateurs, les actions en indemnisation (Schadensersatzklage), elles, sont ouvertes exclusivement aux concurrents. Le consommateur, lui aussi victime de préjudices concurrentiels, ne peut pas agir en réparation sur le terrain du droit de la concurrence, que ce soit collectivement, ou individuellement.

Le droit de la concurrence allemand (en particulier le droit de la concurrence déloyale) suit en fait une approche « intégrée » (« integrierte Ansatz »), étrangère aux systèmes juridiques étrangers. L'UWG vise la protection commune de tous les acteurs du marché. La France par exemple, connaît des règles particulières axées spécifiquement sur la protection du consommateur : c'est le droit de la consommation qui n'existe pas en Allemagne. Le § 1 UWG, aussi appelé clause générale, témoigne de la triple finalité poursuivie par la loi (« Schutzzwecktrias ») : l'UWG doit protéger à la fois les entreprises (les concurrents), les consommateurs et l'intérêt général. La protection assurée

pour ces trois groupes est indivisible car les comportements anticoncurrentiels nuisent à tous de la même manière¹⁹⁴. Concurrents, consommateurs et intérêt général doivent donc équitablement bénéficier de la même protection par le droit de la concurrence. Ils sont protégés dans la même mesure et sur un pied d'égalité.

Beaucoup de normes de l'UWG visent expressément et spécifiquement le consommateur. La question se pose alors de savoir comment les moyens de protection des consommateurs sont à répartir entre le droit civil et le droit de la concurrence. La question est très débattue sous l'angle politico-juridique : ces deux branches du droit sont mutuellement très rapprochées pour ce qui est des questions matérielles et processuelles. En ce qui concerne la protection du consommateur, une « répartition des tâches » systématique convaincante est difficilement réalisable. D'un point de vue dogmatique, il faut partir du principe que le législateur de la nouvelle UWG en 2004, a voulu ancrer la protection des consommateurs comme finalité égale aux deux autres (protection des concurrents et de l'intérêt général), ce indépendamment du fait, que le consommateur ne puisse faire valoir de droits individuels en matière de concurrence¹⁹⁵. Or beaucoup ne comprennent pas pourquoi l'UWG, qui affirme expressément protéger le consommateur, n'ouvre pas à ce dernier un droit à indemnisation. Il s'ensuit un débat.

II/ Débat doctrinal sur l'introduction d'un droit à réparation pour les consommateurs en matière de concurrence déloyale

Il s'ensuit un débat en droit de la concurrence allemand relatif à la question de savoir s'il serait opportun d'offrir aux consommateurs un droit à agir pour obtenir indemnisation. Cette question n'est pas nouvelle. Déjà en 1977, suite à une initiative de la Commission européenne pour lutter contre la criminalité économique, une proposition de loi avait envisagé un droit individuel des consommateurs à indemnisation et la possibilité pour eux de se faire représenter en justice par le biais d'associations. La question est particulièrement controversée car d'un côté, l'UWG vise expressément la protection des consommateurs, mais de l'autre, elle ne prévoit pas d'action en responsabilité au bénéfice de ces derniers.

¹⁹⁴ Rittner F., Dreher M., Kulka M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*, C.F. Müller, 2014, p. 30 et suiv.

¹⁹⁵ Ibid.

A) La doctrine majoritaire contre l'octroi d'un droit à indemnisation

La doctrine majoritaire est clairement défavorable à l'introduction d'un tel droit en matière de concurrence déloyale. Elle fait notamment valoir que les actions prévues par les paragraphes 8 et suivants UWG (actions en cessation au bénéfice de tous, mais actions en indemnisation au seul bénéfice des concurrents) sont établies de manière exhaustive. Si le législateur avait voulu accorder une action en indemnisation aux consommateurs, il l'aurait expressément prévu. La protection des consommateurs, bien que poursuivie par l'UWG, n'est en fait qu'une protection de nature générale et abstraite. Ce n'est pas le cas du BGB qui protège les consommateurs de manière spéciale et concrète. Pour déterminer quels « intérêts » du consommateur doivent être protégés en droit de la concurrence, l'UWG offre moins d'indices que pour les entreprises. Mais sont explicitement mentionnés la liberté de décider et le libre comportement.¹⁹⁶ Cette protection générale serait, dans l'UWG, garantie exclusivement par l'intermédiaire des associations qui disposent d'un droit à agir pour faire cesser les comportements anticoncurrentiels.

Au demeurant, introduire des actions en réparation au bénéfice du consommateur dans le droit de la concurrence, créerait un conflit avec le droit civil général et serait susceptible de porter atteinte à la cohérence du système.

A supposer par ailleurs que de telles actions existent, la question se pose encore de savoir si les consommateurs en feraient effectivement usage. Il est permis d'en douter dans la mesure où les conditions, déjà pour les concurrents, sont difficiles à remplir¹⁹⁷. Lorsque le consommateur subit un préjudice économique en raison d'une violation du droit de la concurrence, il peut déjà agir sur le terrain du BGB grâce aux différents moyens de protection qui lui sont accordés (responsabilité contractuelle notamment). Il n'a donc pas d'intérêt à se servir de l'UWG : les actions du BGB sont pour lui déjà simples et efficaces.

B) La doctrine minoritaire pour l'octroi d'un droit à indemnisation

A l'inverse, un avis minoritaire dans la doctrine estime que les paragraphes 3 à 7 UWG (correspondant respectivement à chacune des pratiques commerciales déloyales), au même titre que le paragraphe 823 II BGB, obligent celui qui viole l'un des buts poursuivis par la loi à indemniser la victime à laquelle cette violation aura porté préjudice. Or, la protection des consommateurs est précisément l'un des buts de l'UWG, comme en atteste le paragraphe 1 : « La présente loi vise la

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Henning-Bodewig F., *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop ?*, GRUR, 2015, p. 738.

protection des concurrents, des consommatrices et des consommateurs (...) ». Il s'agirait donc plus que d'une protection abstraite comme le fait valoir la majorité.

Par ailleurs, le fait d'attribuer des droits individuels aux consommateurs répondrait de manière évidente à un sentiment de justice généralisé, et ce indépendamment du fait qu'il soit fait ou non usage desdites actions.

La logique selon laquelle les normes protectrices des consommateurs dans l'UWG, puissent être rendues efficaces par l'intermédiaire des seules personnes et entités en droit d'agir de lege lata (concurrents, associations et Chambres de commerce et d'industrie), est assez difficile à comprendre de l'étranger. Quoiqu'il en soit, la conclusion de la Commission européenne relative au « manque de protection des consommateurs » en droit de la concurrence déloyale allemand est tirée de l'absence de droits individuels et spécifiques pour ces derniers. La Commission ne porte pas d'attention aux autres facteurs qui seraient susceptibles d'assurer une protection effective, soit à travers l'UWG ou la GWB, soit en dehors. Il convient donc d'étudier la portée et l'efficacité des mécanismes alternatifs.

Chapitre 2 : La portée pratique restreinte des mécanismes collectifs préexistants

Il existe des mécanismes collectifs alternatifs à l'action collective en indemnisation. Si ces mécanismes sont théoriquement intéressants, il faut néanmoins admettre que leur portée pratique est jusqu'à maintenant relativement restreinte. Ils ne pallient donc pas l'action collective de concurrence au sens où l'entend la Commission européenne. L'action collective pour absorption illégale des bénéfices (I) et la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (II) seront développées ici.

I/ L'efficacité partielle de l'action collective pour absorption illégale de bénéfices (Verbandsklage zur Gewinnabschöpfung)

A) Un but préventif de dissuasion

La doctrine majoritaire s'accorde pour dire que l'action collective pour absorption illégale de bénéfices ne suit pas une logique punitive et ne constitue pas non plus une action contre l'enrichissement sans cause. Surtout, elle n'a pas un but indemnitaire et, dans ce sens, elle ne répond pas réellement aux attentes de la Commission européenne en matière de recours collectifs.

Pour autant, l'action n'est pas dénuée d'intérêt. Il s'agit d'une action civile sui generis qui vise notamment à prévenir et dissuader la survenance de préjudices concurrentiels. De cette manière, elle protège les consommateurs en amont, évite le dysfonctionnement du marché et diminue les atteintes au droit de la concurrence. En effet, l'un des enjeux de la vie des affaires consiste à rapidement et efficacement anticiper les violations, pour éviter que s'ensuivent des dommages irréparables. Bien que les paragraphes 10 UWG et 34a GWB visent expressément la protection des « acheteurs » (Abnehmer), il est incontestable que l'action vise à renforcer la protection des consommateurs. Elle ne se limite pas aux rapports B2B mais englobe également les relations B2C. Concrètement, il s'agit de lutter contre les bénéfices obtenus illégalement par les entreprises, suite à une violation intentionnelle des règles de concurrence qui entraînent, pour les consommateurs, des préjudices diffus d'un faible montant.

L'efficacité de l'action n'est pourtant que partielle. Les paragraphes 10 UWG et 34a GWB sont en effet délicats à interpréter et peu mis en application. Ainsi, s'ils visent les violations du droit de la concurrence « au détriment d'un grand nombre d'acheteurs », il est par exemple difficile de d'interpréter à partir de quel moment les bénéfices du professionnel ont été réalisés « au détriment de » l'acheteur. A ce sujet peut être mentionnée la motivation du Tribunal de grande instance de Francfort¹⁹⁸ qui illustre ce flou juridique : il est partiellement soutenu par la doctrine que la condition est remplie, dès lors que les intérêts de l'acheteur ont été violés par une transgression des règles du droit de la concurrence. D'autres estiment qu'un désavantage de l'acheteur sur le plan économique est nécessaire. Ce désavantage peut être avéré dès la conclusion involontaire d'un contrat. Après avoir présenté ces différents points de vue doctrinaux, les juges estiment « qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu de décider lequel de ces points de vue est le plus juste, car une interprétation stricte du § 10 UWG suffit à établir que toutes les conditions sont remplies ». Le Tribunal ne tranche donc pas sur l'interprétation et laisse persister les incertitudes.

Les associations de consommateurs agissent peu sur ce terrain, mais parmi les actions intentées, il est tout de même possible d'identifier un domaine d'application principal. Il s'agit de la publicité trompeuse et notamment celle réalisée sur internet. Beaucoup de cas recensent des tests obsolètes de marchandise ou bien des offres « gratuites » qui en fait ne le sont pas. De plus, les affaires mettent souvent en cause les opérateurs de télécommunication (opérateurs internet ou de téléphonie mobile).

Mais le mécanisme, bien qu'il soit théoriquement intéressant, est en fait loin d'être optimal. Il fait face à deux obstacles qui limitent son efficacité en pratique.

¹⁹⁸ OLG Frankfurt, 20 mai 2010, Az. 6 U 33/09.

B) Les principales difficultés

L'action collective pour absorption illégale des bénéfices est souvent décrite comme « bien pensée mais sans effet pratique »¹⁹⁹. Il est unanimement établi que cette action a rarement abouti au succès pour les victimes du droit de la concurrence.

1) La preuve d'un acte illégal intentionnel

Le premier obstacle auquel se heurtent les plaideurs consiste à prouver un agissement intentionnel du professionnel. La loi prévoyait initialement d'établir une « escroquerie avérée ». Une première réforme le 23 janvier 2003, modifia cette exigence en une « négligence grave ou intentionnelle ». Enfin, de nouvelles modifications apportées quelques mois plus tard (le 22 août 2003) limitèrent les faits à une « violation intentionnelle ». Ces différentes réformes en un laps de temps relativement court traduisent l'hésitation du législateur. Désormais, les victimes doivent prouver l'intention du professionnel. Cela signifie que ce dernier ait connaissance de l'intervention du dommage et qu'il la veuille également. Or, il est extrêmement difficile pour une association de consommateurs qui a peu de moyens d'inquisition, de prouver une telle condition. En effet, énormément d'actions échouent en pratique à cause de ce critère. Pour n'en donner qu'un exemple, le Tribunal de grande instance de Munich avait eu à se prononcer sur une affaire opposant une association de consommateurs à l'opérateur O2²⁰⁰. Dans le cas d'espèce, il était reproché à O2 d'avoir mal converti les anciens Deutsche Mark en euro. Ne parvenant pas à prouver le caractère intentionnel de l'agissement de l'opérateur, l'association de consommateurs n'a finalement pas obtenu gain de cause.

2) L'octroi des bénéfices absorbés au budget fédéral

Par ailleurs, l'argent absorbé illégalement est en fait attribué au budget fédéral allemand sans but précis. Cela enlève à l'action toute sa signification pratique puisque les victimes n'ont pas d'intérêt personnel à sa mise en œuvre. Il serait en effet plus sensé d'employer les bénéfices au

¹⁹⁹ Henning-Bodewig F., *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop ?*, GRUR, 2015, p. 731.

²⁰⁰ OLG München, 15 avril 2010, Az. 6U4400/08.

service de la protection des victimes. En plus de renforcer l'effet préventif de l'action, cela augmenterait sa mise en œuvre. Si les associations faisaient d'avantage usage de l'action, cela donnerait également une chance à la jurisprudence d'en préciser les différentes conditions et de donner des directives d'interprétation. En effet, du faible nombre d'actions intentées s'ensuit un cercle vicieux, car beaucoup d'incertitudes persistent et persisteront toujours tant que les tribunaux n'auront pas eu l'occasion de se prononcer pour préciser les contours de l'action. Les auteurs préconisent donc une nouvelle utilisation des bénéfices absorbés illégalement pour inciter les associations à agir : soit en mettant directement les bénéfices à disposition des associations pour financer l'exercice de leurs missions statutaires, soit en les plaçant dans un fond destiné à financer les procédures collectives²⁰¹.

II/ La Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz : un mécanisme limité mais prometteur

Le bilan de la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz est mitigé selon le même schéma : à cause de ses faiblesses, la loi n'a été que très peu appliquée en pratique. Il s'agit pourtant d'un mécanisme prometteur si son champ d'application venait à être élargi.

A) Les faiblesses actuelles

On reproche essentiellement à la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz son cadre trop strict. Son champ d'application est en effet limité à deux égards. Temporellement tout d'abord, car introduite en 2005, la loi n'a vocation à s'appliquer que jusqu'au 1^{er} novembre 2020²⁰². Matériellement ensuite, puisqu'elle se limite à protéger les investisseurs financiers²⁰³. Ainsi il ne s'agit pas d'une loi générale mais bel et bien d'une réglementation spéciale qui n'a vocation à s'appliquer que dans des cas très particuliers, ce qui limite sensiblement son intérêt.

Par ailleurs, le système de financement de la procédure pose un problème d'équité. En effet, il revient au seul représentant de supporter l'ensemble des frais et de rembourser la partie adverse en cas d'échec de procès. Or, c'est bien la totalité des actionnaires participant à l'action qui profite de son éventuel succès et se verra attribuer une part des dommages et intérêts le cas échéant.

²⁰¹ Voir par exemple : Kessler J., *Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage ?*, ZRP, 2016, p. 2.

²⁰² § 28 KapMuG.

²⁰³ § 1 KapMuG.

Enfin, il est reproché à la loi son absence de portée générale, dans le sens où la force obligatoire de la décision modèle rendue ne s'étendra pas automatiquement aux cas similaires (aux actionnaires concernés par les faits, mais n'ayant pas participé à la procédure modèle).

Ces critiques restent pourtant essentiellement théoriques. La plus grosse faiblesse de la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz réside en fait dans le fait que celle-ci ne soit pas assez développée²⁰⁴. Pour cause, elle n'a connu que peu d'applications en pratique (cf. infra). Elle a par ailleurs été réformée en 2012, entraînant de nouvelles incertitudes. Dans l'une des affaires introduites, une question prioritaire de constitutionnalité a notamment été soulevée (Verfassungsbeschwerde)²⁰⁵. L'actionnaire représentant du Musterverfahren estimait que les tribunaux de Francfort avaient mal interprété et mal appliqué la nouvelle loi. La Cour constitutionnelle fédérale ne s'est, à l'heure actuelle, pas encore prononcée sur le sujet. Le représentant de l'action reproche notamment aux juges de ne pas avoir considéré la KapMuG dans son ensemble, entraînant une violation de son droit à une protection juridictionnelle effective. La question prioritaire de constitutionnalité fait essentiellement référence aux § 8 (effet suspensif) et § 15 KapMuG (effet extensif) qui n'auraient, en l'espèce, pas été appliqués. Le problème est finalement identique à celui soulevé par l'action pour absorption illégale des bénéficiaires : les incertitudes persistent car la loi étant rarement appliquée, les tribunaux sont peu à l'aise avec le mécanisme et n'ont pas ou peu l'occasion d'en expliciter les conditions.

Quoi qu'il en soit, les procédures restent assez lourdes. A titre d'exemple, l'affaire mentionnée ci-dessus avait été introduite en 2007. Le premier tribunal ne l'a jugé qu'en 2012 et suite à plusieurs appels, elle a duré jusqu'en 2014. La loi ayant entre-temps été réformée et une question prioritaire de constitutionnalité ayant été soulevée, l'affaire, près de dix ans plus tard, n'est toujours pas terminée.

B) Des applications pratiques limitées

Jusqu'à maintenant, seulement trois actions ont été intentées sur le fondement de la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz. L'affaire la plus médiatisée est connue sous le nom de « procès Telekom » (« Telekom-Verfahren »). Il s'agit en fait de la toute première application pratique de la procédure qui a réuni un nombre très élevé de participants, d'où son important

²⁰⁴ Tamm M., *Verbraucherschutzrecht*, Mohr Siebeck, 2011, p. 847.

²⁰⁵ Tilp A., *Musterverfahren gegen Corealcredit Bank AG*, 15 août 2014, Site internet du cabinet TILP Rechtsanwalts-gesellschaft, trouvé le 21 juin 2016 : <http://tilp.de/correalcredit-bank-ag/musterverfahren-gegen-corealcredit-bank-ag-verfassungsbeschwerde-zu-zentralen>.

retentissement. Dans le cadre de cette action, le tribunal d'instance de Francfort-sur-le-Main, avait réussi à regrouper environ 17 000 actionnaires qui, par l'intermédiaire d'un représentant, ont attaqué la société Deutsche Telekom AG. La société était en fait suspectée d'avoir publié de fausses indications lors de son entrée en bourse en 2000, entraînant alors des pertes pour beaucoup d'actionnaires. Après sept années de procédures, la Cour fédérale de justice finit par donner raison aux actionnaires²⁰⁶ et renvoya l'affaire aux juges du fond pour que ceux-ci évaluent le montant des dommages et intérêts à leur attribuer.

Les autres expériences impliquaient l'Hypo Real Estate Holding AG²⁰⁷ (le tribunal donna là encore raison aux actionnaires) et la Corealcredit Bank AG²⁰⁸. C'est cette dernière affaire qui a récemment abouti à l'introduction d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Si l'on compte si peu d'exemples pour une loi introduite il y a dix ans, cela est surtout lié au caractère exceptionnel de l'action. Pour certains, comme le cadre de la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz reste trop limité, la loi n'est pas d'une grande pertinence en pratique pour faire valoir l'intérêt des consommateurs²⁰⁹. Pourtant, le modèle de la Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz apparaît comme un mécanisme prometteur en droit allemand si son champ d'application venait à être élargi pour être adapté au droit de la concurrence.

C) Un mécanisme prometteur pour indemniser les victimes du droit de la concurrence

Il n'existe donc pas d'instrument de procédure collective pour indemniser les victimes du droit allemand de la concurrence. Mais la KapMuG pourrait bien servir de structure pour faciliter ce droit à réparation. Il s'agit en effet d'un mécanisme bien pensé qui attire déjà l'attention des partisans de l'action collective (on pense notamment à la proposition de loi de la fraction Bündnis 90 / Die Grünen fondée sur ce modèle). La KapMuG aboutissant déjà à un certain succès dans son domaine d'application limité (même si peu d'actions sont intentées, les victimes concernées ont pour l'instant toujours obtenu gain de cause), il est probable que son extension au droit de la concurrence aboutisse à des résultats satisfaisants. Il s'agit donc d'un mécanisme prometteur, à condition d'y apporter des modifications structurelles significatives. L'adaptation de la procédure dans le projet de loi Bündnis 90/Die Grünen n'était en effet pas suffisant. Le Ministère pour la justice et la protection des consommateurs (Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz) est d'accord avec l'idée selon laquelle la KapMuG constitue une voie à exploiter dans les domaines de la concurrence et de la

²⁰⁶ BGH, 21 octobre 2014, Az. XI ZB 12/12.

²⁰⁷ BGH, 1^{er} décembre 2015, Az. XI ZB 13/14.

²⁰⁸ OLG Frankfurt, 20 août 2014, Az. 23 Kap 1/08.

²⁰⁹ Tamm M., *Verbraucherschutzrecht*, Mohr Siebeck, 2011, p. 852.

consommation. Mais il estime qu'il convient d'opérer des changements plus profonds²¹⁰. Il serait notamment essentiel d'étendre la force obligatoire de la « décision modèle » à toutes les affaires similaires (affaires dont les victimes, inscrites au registre des actions en justice, n'ont pas participé à la procédure modèle). De plus, il serait nécessaire de suspendre la prescription des actions individuelles pendant la durée de la procédure modèle. Ainsi, les justiciables concernés auraient le choix entre agir collectivement ou agir individuellement et pourraient, de plus, faire valoir leur droit individuel sur le fondement de la constatation judiciaire de la procédure modèle. Cela permettrait alors des gains de temps et d'efficacité conséquents. On notera ici un parallèle avec la loi Hamon qui offre également une option aux consommateurs. Suite à ces déclarations du ministère allemand, on attend donc une nouvelle proposition de loi.

Chapitre 3 : Les actions individuelles du BGB comme alternatives

Si l'UWG et le GWB n'offrent pas la possibilité au consommateur de percevoir des dommages et intérêts, cela ne signifie pas que ce dernier soit dans l'impossibilité de faire valoir ses droits : alternativement au droit de la concurrence, il peut appliquer les règles civiles de responsabilité (I). Plus avantageuses pour lui, ces règles sont complémentaires de tous les outils étudiés jusqu'à présent et s'insèrent donc dans un système de protection global (II).

I/ Une application alternative des règles de responsabilité civile

Dans la mesure où l'UWG n'offre pas de protection individuelle aux consommateurs, ces derniers, lorsqu'ils sont victimes d'un comportement anticoncurrentiel, peuvent recourir aux règles civiles de responsabilité délictuelle (§§ 823 I ff. BGB). Le § 7 UWG interdit par exemple la publicité importune. Celle-ci peut porter atteinte à la vie privée du consommateur. Mais ce dernier ne pouvant pas agir lui-même sur le terrain de l'UWG, peut, par analogie, tenter une action sur le fondement des paragraphes 823 I (action en responsabilité délictuelle) et/ou 1004 I (action en cessation) BGB. A l'inverse, lorsqu'un concurrent veut agir en raison d'un comportement anticoncurrentiel, le § 823 1 BGB ne s'applique que subsidiairement aux normes de l'UWG. Ce n'est pas le cas de toutes les actions, notamment des §§ 824 (atteinte au crédit) et 826 (préjudice intentionnel et contraire aux bonnes mœurs) BGB, qui elles, restent ouvert parallèlement à l'UWG, même pour le concurrent.

De même, les règles de responsabilité contractuelle (§§ 312 et suivants BGB) restent

²¹⁰ Kessler J., *Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage* ?, ZRP, 2016, p. 2.

alternativement applicables pour le consommateur victime. Ces dispositions, en plus de lui permettre d'obtenir des dommages et intérêts, lui offrent un droit de rétractation. L'existence d'un droit de rétractation n'exclut pas une action en cessation des associations sur le terrain du droit de la concurrence. A l'inverse, la seule violation des règles de responsabilité contractuelle du BGB n'ouvre pas le champ d'application de l'UWG. On notera encore qu'une violation du § 3 UWG ne conduit pas automatiquement à la nullité du contrat en vertu des §§ 134, 138 BGB (contrariété à l'ordre public ou aux dispositions légales). Par ailleurs, les comportements déloyaux de concurrence peuvent entraîner l'application des §§ 437 ; 434 I 3 BGB (règles relatives aux vices cachés) ou à l'annulation du contrat et à l'indemnisation du consommateur en raison de dol ou de violence (§ 123 BGB).

Enfin, les règles de prescription diffèrent sensiblement : les actions civiles sont plus avantageuses dans la mesure où elles se prescrivent en règle générale en trois ans (§ 195 BGB). Les actions de concurrence déloyales, elles, sont prescrites au bout de six mois (§ 11 I UWG).

II/ Une alternative plus avantageuse pour le consommateur et complémentaire des autres outils

Tout prêté à considérer que l'action individuelle civile constitue une alternative suffisante à l'action collective de concurrence. Le consommateur peut facilement saisir le juge de proximité pour les litiges d'un faible montant. Les actions civiles sont pour lui plus avantageuses, plus rapides et se prescrivent moins rapidement. Elles lui offrent une protection relativement étendue dans la mesure où le droit allemand connaît le principe du cumul des responsabilités, contrairement au droit français. Cela ne signifie pas que la protection du consommateur en Allemagne, est réglée uniquement par les règles responsabilité civiles. Les textes de concurrences (UWG et GWB) ont aussi leur rôle à jouer. C'est ce qu'ils font sous forme de protection indirecte : certes les actions qu'ils prévoient sont intentées par d'autres que les consommateurs et ne règlent pas les questions d'indemnisation. Mais elles assurent tout de même une protection en amont pour justement éviter que le consommateur n'ait besoin d'être indemnisé à cause de comportements anticoncurrentiels entre les entreprises. C'est donc la globalité du système qui est à prendre en compte. De ce point de vue, l'intérêt d'une action collective est douteux. D'autant plus lorsque l'on constate l'échec de la loi Hamon, puisqu'au final, les consommateurs français ont plus d'intérêt à agir directement sur le terrain du Code civil également. En réalité, le système allemand est moins défaillant qu'il n'y paraît. La protection du consommateur n'est certes pas optimale, mais il s'agit d'un objectif toujours difficile à atteindre dans la mesure où il est nécessaire de trouver l'équilibre entre les intérêts de l'ensemble des acteurs économiques. Aucun système n'aboutira à satisfaire pleinement tout le monde, tout est

une question de compromis.

Conclusion

On conclura donc sur la réflexion suivante : pourquoi à tout prix vouloir dresser la protection du consommateur comme objectif premier dans le droit de la concurrence ? Le *private enforcement* répond certes à un sentiment de justice. Mais l'intérêt est faible dans la mesure où les systèmes français et allemand disposent déjà de plusieurs outils permettant de regrouper les actions individuelles des consommateurs. Ces outils sont loin d'être optimaux, mais pourraient être mieux ciblés et améliorés au regard de l'objectif à atteindre. Dans ce cas, nul besoin d'instaurer un dispositif nouveau. La création d'une action collective en droit de la concurrence, axée presque exclusivement sur l'indemnisation du consommateur n'est pas forcément une initiative à saluer. A supposer que le consommateur soit en reste dans le système juridique, ce n'est pas au droit de la concurrence de régler son indemnisation. Le droit de la concurrence règle l'établissement et le bon fonctionnement du marché avant tout. Il doit effectivement protéger le consommateur dans un sens, mais par des moyens autres qu'indemnitaires. C'est aussi la raison pour laquelle le *private enforcement* entraîne en l'espèce autant de difficultés. L'évaluation des dommages requiert une expertise spécifique et les dommages collectifs ne correspondent pas à l'agglomération de préjudices individuels propres à l'action de groupe. De plus, une judiciarisation excessive de la vie économique aboutit à des effets néfastes dont les PME notamment, subissent les premiers effets. Eu égard aux objectifs du droit de la concurrence, ne serait-il justement pas plus sensé de se concentrer davantage sur la protection des petites entreprises que sur celle des consommateurs ? Le fait de créer une action spécifique au bénéfice des PME qui disposent de peu de moyens pour s'allier contre les gros groupes, serait déjà plus approprié, permettrait d'améliorer la compétitivité et de dynamiser l'économie. Si l'Union en est déjà consciente, la France ne le prend pas assez en ligne de compte ce qui est regrettable. L'Allemagne étant actuellement en pleine phase de réflexion, reste à voir comment la situation évoluera une fois que le pays aura été rappelé à l'ordre par la Commission européenne.

Bibliographie

Traités

- Traité sur l'Union européenne.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Législation

Législation française

- Code de commerce.
- Code de la consommation.
- Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

Législation allemande

- Bürgerliches Gesetzbuch.
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten du 16 août 2005.

Législation européenne

- Directive 2009/22/CE du 23 avril 2009.
- Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014.
- Règlement n° 220/2003 du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis).
- Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (Rome II).
- Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I).
- Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (Bruxelles I bis).

- Recommandation 2013/396/UE du 11 juin 2013.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Refonte), COM(2010) 748 final, 14 décembre 2010.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013.

Jurisprudence

Jurisprudence française

Cour de cassation :

- Cass. 1re civ., 26 mai 2011, n° 10-15.676, UFC Que choisir/ Bouygues Télécom : JurisData n° 2011-009653.
- Cass. Com., 15 juin 2010, n° 09-15.816.
- Cass. Com., 15 novembre 2011, n° 10-21.701.
- Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-18.495.
- Cass. Com., 9 juin 2015, 14-17.025.

Conseil de la concurrence :

- Cons. conc. décis. du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe.

Autorité de la concurrence :

- Aut. conc., décis. n° 12-D-08 du 6 mars 2012.
- Aut. conc., déc. n° 12-D-09 du 13 mars 2012.

Jurisprudence allemande

Bundesgerichtshof :

- BGH, 21 octobre 2014, Az. XI ZB 12/12.
- BGH, 1^{er} décembre 2015, Az. XI ZB 13/14.

Oberlandesgericht :

- OLG München, 15 avril 2010, Az. 6U4400/08.
- OLG Frankfurt, 20 mai 2010, Az. 6 U 33/09.
- OLG Frankfurt, 20 août 2014, Az. 23 Kap 1/08.

Jurisprudence américaine

- SDNY, Re Vivendi Universal SA, Securities litigation, 242 F.R.D. 76, 81 (2007).
- SCOTUS, Morrison vs. National Australia Bank, 561 U.S. 247 (2010).

Jurisprudence européenne

- CJCE, 5 février 1963, aff. 26-62, Van Gend & Loos.
- CJCE, 6 juin 1972, aff. C-94/71, Schlüter & Maack.
- CJCE, 30 janvier 1974, aff. 127/73, BRT c/ Sabam.
- CJCE 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, Francovich.
- CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage c/ Crehan.
- CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 à 298/04, Manfredi.

Lexique juridique

- Guinchard S., Debard T., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2012.

Colloque

- Colloque du 20 juin 2013 sur « Les réformes du droit de la concurrence en question », sous la direction de Laurence Idot, *Revue Concurrences* n° 3-2013.

Rapports et études

- Rapport Ashurst, Waelbroeck D., Slater D., Even-Shoshan G., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004.
- PriceWaterhouseCoopers, *2009 Securities Litigation study*, avril 2010.
- Etude du Centre Européen de la Consommation, *L'action de groupe en France : une volonté européenne*, 2013.

Publications officielles des institutions européennes

- Communiqué de presse de la Commission européenne, *Concurrence: la Commission lance des consultations sur des solutions visant à faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence de l'UE*, 20 décembre 2005, IP/05/1634.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *Ententes et abus de position dominante : la Commission présente un document d'orientation sur l'indemnisation des consommateurs et des entreprises victimes d'infractions aux règles de concurrence*, 3 avril 2008, IP/08/515.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *La Commission sollicite des avis sur l'avenir des recours collectifs en Europe*, 4 février 2011, IP/11/132.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *La Commission recommande aux Etats membres de se doter de mécanismes de recours collectifs pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice*, IP/13/524, 11 juin 2013.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *Ententes et abus de position dominante : la Commission se félicite du vote du Parlement visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles*, 17 avril 2014, IP/14/455.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *Ententes et abus de position dominante : la Commission se félicite de l'adoption par le Conseil de la directive relative aux*

actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence, 10 nov. 2014, IP/14/1580.

- Commission européenne : *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante – questions fréquemment posées*, 20 déc. 2005, MEMO/05/489.
- *Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations – frequently asked questions*, 17 avril 2014, MEMO 14/310.

- Document de travail des services de la Commission, Consultation publique : *Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs*, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final.

- Livre vert, *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 décembre 2005, COM(2005) 672 final.
- Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM(2008) 165 final.
- Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, 27 novembre 2008, COM(2008) 794 final.
- Résolution du Parlement européen sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 26 mars 2009, P6_TA(2009)0187.

- Réponse de Trans Europe Experts à la Consultation publique de la Commission européenne : « Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs », SEC (2011)173 final.

Avis

- Cons. conc., avis relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, 21 sept. 2006, Site de l'Autorité de la concurrence, trouvé le 31 mai 2016 : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>.

Publication du Bundestag allemand :

- Communiqué du Parlement fédéral allemand, *Nein zur Einführung von Gruppenverfahren*, 5 novembre 2015.
- Deutscher Bundestag, *Stellungnahme im Rahmen eines Konsultationsverfahrens der EU-Kommission*, 25 mai 2011, BT-DR 17/5956.
- Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren, 21 mai 2014, BT-Dr 18/1464.

Manuels

- Bazin-Beust D., *Droit de la consommation*, Gualino, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 1^{ère} éd., 2014.
- Frison-Roche M.-A., *Droit français et droit brésilien, perspectives nationales et comparées*, Bruylant, Bruxelles, 1^{ère} éd., 2012.
- Leclerc M., *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Larcier, Bruxelles, 1^{ère} éd., 2012.
- Prieto C. et Bosco D., *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 1^{ère} éd., 2013.
- Piedelièvre S., *Droit de la consommation*, Corpus de droit privé, Economica, Paris, 1^{ère} éd., 2008.
- Raymond G., *Droit de la consommation*, Litec, LexisNexis, Paris, 2^{ème} éd., 2011.
- Rittner F., Dreher M., Kulka M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 8^{ème} éd., 2014.
- Tamm M., *Verbraucherschutzrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1^{ère} éd., 2011.
- Thiele A., *Europarecht*, niederle media, Altenberge, 9^{ème} éd., 2012.
- Van Ray A., *Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht*, Kit Scientific Publishing, Karlsruhe, 1^{ère} éd., 2012.

Articles de revues

- Ales T. et Constans A., *Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne*, JCP 2014, p. 1306.

- Azar-Baud M.-J., Carval S., *L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations*, Recueil Dalloz 2015, p. 2136.
- Bosco D., *Une partie à un accord prohibé par l'article 81 CE doit pouvoir réclamer une indemnisation à son cocontractant s'il ne porte pas une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence*, Note sous CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage Ltd et Bernard Crehan, Droit 21, 2001, Chr., AJ 462.
- Canivet G., *L'expertise en droit de la concurrence*, L'expertise, Dalloz, 1995, p. 51 et s., spéc. p. 53, n°3.
- Canivet G., *Réflexions sur la place du citoyen dans le marché unique européen*, RTD eur, 2008, p. 119.
- Claudel E., *Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier*, RTD Com., 2014, p. 339.
- Clay T., *Class actions or not class actions ?*, Recueil Dalloz 2010, p. 1776.
- Delaunay B., *Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles*, AJDA, 2016, p. 781.
- Grangeon J., *La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du private enforcement dans l'Union ?*, Revue Lamy Droit des affaires, 2015, n°101, p. 59.
- Henning-Bodewig F., *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop ?*, GRUR, 2015, p. 735.
- Kessler J., *Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage ?*, ZRP, 2016, p. 2.
- Loy O., *L'application en France du droit communautaire de la concurrence*, RTD Eur., 1980, p. 438.
- Molfessis N., *L'exorbitance de l'action de groupe à la française*, Recueil Dalloz, 2014, p. 947.
- Montag J., *Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzentwurf zur Einführung von Gruppenklagen*, ZRP, 2013, p. 173.
- Mucchielli J., *L'Ordre parisien lance sa plate-forme dédiée aux « actions de groupe »*, 3 février 2015, Dalloz actualité.
- Neumann K., Wade Magnusson L., *Pour une action collective européenne dans le droit de la concurrence*, Revue québécoise de droit international, 2011, p. 149.
- Pietrini S., *La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques enticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n°10, 2015, étude 12.
- Prieto C., *Recours collectifs : une quête d'harmonisation ... au sein de la Commission européenne*, RTD Eur., 2011, p. 1.

- Prieto C., Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère privée, JurisClasseur Europe Traité, 2015, Fasc. 1455.
- Rebeyrol V., *La nouvelle action de groupe*, Recueil Dalloz 2014, p. 940.
- Ritleng D., *L'effectivité du droit européen de la concurrence*, Revue de l'Union européenne, 2015, p. 277.
- Rontchevsky N., *Réparation du préjudice des actionnaires victimes de manipulation ou tromperies en matière financière : des foreign-cubed class actions à une action de groupe à la française ?*, RTD Com. 2010, p. 753.

Articles issus d'internet

- Catala Marty J., *Que faut-il craindre des recours indemnitaires en droit de la concurrence ?*, 11 février 2015, Site internet du magazine Décideurs de l'entreprise Leaders League, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.magazine-decideurs.com/news/que-faut-il-craindre-des-recours-indemnitaires-en-droit-de-la-concurrence>.
- Censier M., Wilhelm P., *L'introduction de l'action de groupe par la loi Hamon du 17 mars 2014*, 5 janvier 2015, Site internet du cabinet Wilhlem & associés, trouvé le 10 juin 2016 : http://www.wilhemassociés.com/CENSIER-Maud-et-WILHELM-Pascal-L-introduction-de-l-action-de-groupe-par-la-loi-Hamon-du-17-mars-2014--cabinet_a777.html.
- Coursière-Pluntz V., Pétrignet N., Redon D., *Loi Hamon - Volet « Action de groupe en matière de concurrence » | Flash info Concurrence*, 7 avril 2014, Site du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.cms-bfl.com/Loi-Hamon---Volet--Action-de-groupe-en-matiere-de-concurrence---Flash-info-Concurrence-07-04-2014>.
- Knuf T., *VW-Skandal Justizminister Heiko Maas plant Gesetzentwurf für Gruppenklagen*, 28 septembre 2015, Site internet du Mitteldeutsche Zeitung, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.mz-web.de/politik/-vw-skandal-sote-bundes-22778040>.
- Le Plénier R., *L'action de groupe : un dispositif juridique tant attendu qui réduit le rôle des avocats*, 25 septembre 2014, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/class-action>.
- Tavitian L., *Action de groupe un an après : quels sont les principaux enseignements ? Interview d'Alain Bazot, président de l'UFC-Que Choisir*, 1^{er} octobre 2015, Site internet Village de la Justice, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.village-justice.com/articles/Bilan-Action-groupe,20538.html>.

- Tilp A., *Musterverfahren gegen Corealcredit Bank AG*, 15 août 2014, Site internet du cabinet TILP Rechtsanwalts-gesellschaft, trouvé le 21 juin 2016 : <http://tilp.de/correalcredit-bank-ag/musterverfahren-gegen-corealcredit-bank-ag-verfassungsbeschwerde-zu-zentralen>.
- Saint-Esteben R., *La réparation du préjudice économique résultant d'infractions au droit de la concurrence (point de vue « d'un juriste français »)*, 26 avril 2007, Site internet de la Cour de cassation, trouvé le 22 mai 2016 : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/26-04-2007/26-04-2007_st_esteben.pdf.
- Stehle A., *Bundesregierung will Gruppenklagen einführen*, 26 septembre 2015, Site internet du Handelsblatt, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/nach-vw-skandal-bundesregierung-will-gruppenklagen-einfuehren/12373082.html>
- Vogel J., *Private enforcement – Le paquet législatif prévu par la Commission pour renforcer les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles est-il suffisant et cohérent ?*, 28 juin 2013, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/le-paquet-legislatif-prevu-par-la-commission-pour-renforcer-les-droits-des-victimes-de-pratique>.
- Vogel, *L'échec des actions de groupe en France : pourquoi ?*, 24 mars 2016, Site internet : Vogel & Vogel, trouvé le 29 mai 2016 : <http://www.vogel-vogel.com/blog/l'echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>.
- Autorité de la concurrence, *Les procédures négociées*, mars 2009, Site de l'Autorité de la concurrence, trouvé le 29 mai 2016 : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=292&id_article=712.
- Communiqué de presse de la CLCV, 28 octobre 2014, Site internet de la CLCV, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.clcv.org/communiqués-de-presse/la-clcv-lance-une-action-de-groupe-contre-axa-et-agipi.html>.
- Communiqué de presse de l'association Familles rurales, 12 mai 2015, Site internet de l'association Familles rurales, trouvé le 10 juin 2016 : <http://www.famillesrurales.org/Actus-1604/telecoms-familles-rurales-lance-la-premiere-action-de-groupe>.
- « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Discours prononcé par le Premier président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », site internet de la Cour de Cassation, trouvé le 6 juin 2015 : https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/publications_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html.

- *EU-Sammelklagen: Bundestag vs. Kommission*, 26 mai 2011, Site de la fondation Euractiv, trouvé le 9 juin 2016 : <http://www.euractiv.de/section/gesundheit-und-verbraucherschutz/news/eu-sammelklagen-bundestag-vs-kommission/>.
- Glossaire du site officiel de l'accès au droit de l'Union européenne, trouvé le 23 mai 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/proportionality.html?locale=fr>
- *Le principe de subsidiarité*, 3 septembre 2015, Site officiel de l'accès au droit de l'Union européenne, trouvé le 23 mai 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3Aai0017>