



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

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

***Action de groupe et droit de la
concurrence***

Julie Roman

Sous la direction de Monsieur Louis Vogel

REMERCIEMENTS

J'adresse tous mes remerciements

Au Professeur Louis Vogel pour m'avoir encouragée dans l'étude de ce sujet et pour ses conseils avisés.

Je voudrais aussi remercier Madame Christine Le Saux et Monsieur Jean-Michel Corbellini pour leur disposition et soutien.

A la promotion 2015-2016 pour cette belle année.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| REMERCIEMENTS | 2 |
| SOMMAIRE | 3 |
| ABREVIATIONS | 5 |
| BIBLIOGRAPHIE | 6 |
| INTRODUCTION | 8 |
| TITRE 1. UNE PROCEDURE CIVILE AU CŒUR DE LA POLITIQUE DU PRIVATE ENFORCEMENT : UNE DYNAMIQUE EUROPEENNE | 14 |
| <u>CHAPITRE 1. LES VERTUS DE L'ACTION DE GROUPE EN DROIT DE LA CONCURRENCE EN TANT QU'ACTION PRIVÉE</u> | 15 |
| SECTION 1. L'APPROCHE SUBJECTIVE : UNE ACTION GARANTISSANT LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF POUR LES VICTIMES DES INFRACTIONS ANTICONCURRENTIELLES | 15 |
| PARAGRAHE 1. LE DROIT A REPARATION DU PREJUDCE RECONNU EN DROIT DE LA CONCURRENCE... 15 | |
| PARAGRAPHE 2. LES OBSTACLES IDENTIFIES A LA REPARATION EFFECTIVE DU PREJUDICE SUBIS PAR LES CONSOMMATEURS | 16 |
| PARAGRAPHE 3. L'ACTION COLLECTIVE, REMEDE ? | 18 |
| SECTION 2. L'APPROCHE OBJECTIVE : UN CONTROLE SUPPLEMENTAIRE DU BIEN ÊTRE DU MARCHÉ | 19 |
| PARAGRAPHE 1. SANCTION ET REPARATION | 19 |
| PARAGRAPHE 2. DISSUASION ET CONTROLE DU MARCHÉ | 20 |
| PARAGRAPHE 3. UNE REFORME S'INSCRIVANT DANS UN COURANT REPRESSIF GENERAL | 21 |
| <u>CHAPITRE 2. L'ENCADREMENT DE L'ACTION DE GROUPE PAR L'UNION EUROPÉENNE</u> | 22 |
| SECTION 1. L'INTERVENTION EUROPEENNE DANS UN SOUCI D'HARMONISATION | 22 |
| PARAGRAPHE 1. UNE REGLEMENTATION RESULTANT D'UN CHEVAUCHEMENT DE PLUSIEURS TEXTES INCOMPLETS | 22 |
| PARAGRAPHE 2 UNE HARMONISATION DANS LE BUT DE PREVENIR LES INEGALITE DE TRAITEMENT DES AUTEURS ET DES VICTIMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES | 23 |
| SECTION 2. LES PRINCIPAUX GARDE-FOUS PRECONISES PAR L'UNION EUROPEENNE POUR LUTTER CONTRE LES DERIVES AMERICAINES | 25 |
| PARAGRAPHE 1. PROIBITION DES DOMMAGES ET INTERETS PUNITIFS | 26 |
| PARAGRAPHE 2. LES CONTINGENCY FEES | 27 |
| PARAGRAPHE 3. "LOOSER DO NOT PAY WINNER'S COST" | 29 |
| PARAGRAPHE 4. OPT IN OU OPT OUT ? | 31 |
| SECTION 3. TOUR D'HORIZON DES DIFFÉRENTS SYSTEMES NATIONAUX | 32 |
| TITRE 2 L'ACTION COLLECTIVE A LA FRANÇAISE | 36 |
| <u>CHAPITRE 1. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE L'ACTION DE GROUPE PREVUE PAR LA LOI HAMON</u> | 37 |
| SECTION 1. LES CONDITIONS DE L'INTRODUCTION D'UNE ACTION COLLECTIVE EN MATIERE DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES | 37 |
| PARAGRAPHE 1. LES CONDITIONS PROCEDURALES | 37 |
| A. Procédure de « follow-on » : Le contentieux subjectif soumis au contentieux objectif | 37 |
| -1. Une procédure facilitant l'action du consommateur : la présomption de responsabilité issue de la décision de l'autorité de la concurrence | 37 |
| -2. L'inadaptation de l'action en follow-on aux principes juridiques français | 38 |
| B. Le tribunal compétent : L'action de groupe confiée à une juridiction non spécialisée | 41 |
| C. Application dans le temps de la loi Hamon | 42 |
| - 1. Délais de prescription | 42 |
| -2. Suspension de la prescription | 42 |
| -3. Interruption de la prescription | 42 |
| PARAGRAPHE 2. LES CONDITIONS TENANT AUX REQUÉRANTS | 44 |

| | |
|---|----|
| A. L'action à la charge d'une association agréée..... | 44 |
| B. Les requérants exclus..... | 46 |
| -1. Les avocats | 46 |
| -2. Les autres associations | 48 |
| C. Le consommateur et la revendication de l'appartenance au groupe | 48 |
| SECTION 2. LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE EN FRANCE : | 49 |
| PARAGRAPHE 1. LA PROCEDURE CLASSIQUE : UNE ACTION DEUX JUGEMENTS..... | 49 |
| A. La phase n° 1 du jugement : une pluralité d'objet..... | 49 |
| -2. La détermination du groupe..... | 50 |
| -3. Détermination du préjudice subi par les consommateurs..... | 51 |
| -4. Les mesures de publicité..... | 51 |
| B. La Phase n°2 : l'adhésion au groupe et l'indemnisation des victimes | 52 |
| PARAGRAPHE 2. LA PROCÉDURE SIMPLIFIÉE | 53 |
| PARAGRAPHE 3. LA MEDIATION | 54 |
| CHAPITRE 2. LES LIMITES À L'EFFICACITÉ DE L'ACTION DE GROUPE | 55 |
| SECTION 1. LES LIMITES DECOULANT DE SES CARACTÉRISTIQUES INTRINSEQUES | 55 |
| PARAGRAPHE. 1 UNE ACTION DE GROUPE AUX BENEFICIAIRES TROP LIMITÉS..... | 55 |
| A. Le consommateur direct ou indirect ?..... | 55 |
| B. Quid des PME ? | 58 |
| PARAGRAPHE 2. LES CRITIQUES LIÉES AUX PRÉJUDICES : NATURE ET QUANTIFICATION | 60 |
| A. La réparation du préjudice exclusivement matériel découlant d'entente ou de position dominante | 60 |
| - 1. Le préjudice matériel..... | 60 |
| - 2. Les domaines ouvrant à réparation | 61 |
| B. La preuve de l'existence du préjudice subi et sa quantification | 62 |
| - 1. La preuve de l'existence même d'un préjudice | 62 |
| - 2. La quantification du préjudice subi..... | 63 |
| SECTION 2. LES LIMITES EXTERNES À L'EFFICACITÉ DE L'ACTION DE GROUPE : L'ACCOMMODATION AVEC LA PROCÉDURE DE CLÉMENCE | 65 |
| PARAGRAPHE 1. LA RAISON D'ÊTRE DES PROCÉDURES DE CLÉMENCE..... | 66 |
| A. La présentation de la procédure de clémence | 66 |
| B. Le succès de procédures de clémence..... | 67 |
| PARAGRAPHE 2. L'ACCES AU DOSSIER DE L'AUTORITÉ DANS LE CADRE DES ACTIONS DE GROUPE AU REGARD DES PARTICULARITÉS ET DES ENJEUX PROPRES AUX PROCÉDURES DE CLÉMENCE..... | 68 |
| PARAGRAPHE 3. L'ACTION DE GROUPE LIMITÉE DANS LE BUT DE LA PROTECTION DES PROGRAMMES DE CLÉMENCE | 69 |
| CONCLUSION | 72 |

ABREVIATIONS

C. de Com – Code de commerce

C. de Consom- Code de la consommation

CC^o - Conseil Constitutionnel

Commission- Commission Européenne

Parlement – Parlement Européen

CJUE ou CJCE - Cour de Justice de l'Union Européenne

Cour de Justice – Cour de Justice de l'Union Européenne

La Charte – Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

TFUE- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

TUE – Traité sur l'Union Européenne

DG Concurrence – Direction générale de la concurrence

AFEC – Association Française d'Etude de la Concurrence

ADLC – Autorité de la concurrence

Autorité – Autorité de la concurrence

AAI : Autorité Administrative Indépendante

TGI – Tribunal de Grande Instance

QPC – Question prioritaire de constitutionnalité

UFC – Association UFC-Que choisir

PME – Petite et Moyenne Entreprise

FMI – Fonds Monétaire International

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- C. GALVADA et G. PARLEANI, *Droit communautaire des affaires*. LITEC. 1988
- J.M COULON. La conscience du juge d'aujourd'hui in, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, 1999. Ed. PUF
- S. HARNAY « *Les class actions, un outil juridique au service d'un accès au droit élargi ?* » *Au delà des droits économiques et des droits politiques, les droits sociaux ?* L'Harmattan 2008`
- J.CONNOR. Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009, *Competition Policy International*. Fall 2010.
- M. DUMARCAY. *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*. Lexis Nexis, FNDE,2010.
- S.PIETRINI *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationales européennes et internationales*. Bruylant.2012.
- L.ARCELIN, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et en droit communautaire*, Didact Droit, 2013 p. 10
- D.MAINGUY. *L'action de groupe en droit français*. La Gaz.Pal. Guide Pratique. 2014
- S.GUINCHARD. *Droit et pratique de la procédure civile : Droit interne et de droit de l'Union européenne, Dalloz Action*, ed.04/14

THESES ET ETUDES

- L.IDOT Rapport introductif, réforme décentralisation et stratégie d'entreprises, in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : Le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* (Dir.L IDOT et C. PRIETRO). Droit de l'Union européen. Bruylant, 2006.
- LE BOT « *Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux* » Presses Universitaires de Caen, 2010.

REVUES

-
- L.BORE, Une class action à la française ? Discours in *Pour mieux réparer les préjudices collectifs* Gaz. Pal. 28 et 29 sept 2001. p.4)
- Vers une action de groupe à la française. *Concurrences* n° 2-2008 pp 19-49
- L. NEUR. Action de groupe : atteinte au principe d'égalité. *Le Point.fr*, le 22 juillet 2013
- P.MONTFORT. Action de groupe à la française, garantir l'accès au juge, *Gaz pal* 15 et 16 mai 2013, p 27.
- Y. UTZSCHNEIDER ET C.MUSSI. L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en oeuvre complexe. *Affaire Concurrence- Distribution, AJCA* 2014 220.
- F.BRUNET, A. DUPUIS, E.PAROCHE. L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisées au détriment de la détection des cartels. *Recueil Dalloz*, 2014 p-1600
- R. SAINT ESTEBEN. L'action au civil et les droits de la défense, in *Colloque la réparation du préjudice cause par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger, bilan et perspective*
- C. MARECHAL. Le volet « concurrence » de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2014, dossier 4
- S. BEN HADJ YAHIA *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Actualisation de juin 2015
- Fasc 15- Actualité : Introduction de l'action de groupe en droit français. *Jurisqueur Concurrence – Consommation*, 20 mars 2014. p.
- D. MAINGUY et M DEPINCE. L'introduction de l'action de groupe en droit français. *SCP.E* n°12, 20 mars 2014, 1144

- L.SCHENIQUE. Action de groupe : le recours à la médiation bon point de la nouvelle loi ? *D.Affaires* du 9 avr.2014
- E.CLAUDEL. Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier. *RTD Com.* 2014. 339
- CLAIRE FAVRE in Colloque. La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux et changement à venir. Le 13 mai 2014. *Concurrences* n°3-2014

LEGISLATIONS

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, cons.37.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne C 326/01
- Livre Vert du 19.déc. 2005 « Action en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante »COM (2005)672.
- Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)
- Livre Blanc du 2 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de positions dominantes COM (2008)165
- Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs
- Recommandations de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droit conférés par l'Union. (2013/396/UE)
- Communication de la Commission du 13 juin 2013, « relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 (Joue C° 167, 13 juin 2013)

DÉCISIONS

- Décision CC° n°80-199 DC du 22 juillet 1980, relative à la reconnaissance de l'indépendance de l'autorité administrative
- Décision CC° 2010-2 QPC 11 Juin 2010 *Madame Viviane*¹
- Décision CC°, 2 déc. 2011, 2 décembre 2011
- Arrêt CE, 13 déc 1889 *Cadot*
- Arrêt CA pole 5 chambre 11, du 22 janv.2010 n° 08 09 844.
- Arrêt Cass. Civ.1 du 26 mai 2011 n°10-15-676
- Arrêt TGI Paris du 27 janv. 2016 n°15/0083
- Arrêt CJCE, du 20 sept. 2001, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd et autres.* C-453/99
- Arrêt CJCE du 13 juil. 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni Sp.A.* C-295/04.
- Décision CEDH *Edition Periscope c. France* du 26 mars 1992 requête n°11760/85
- Décision.. Comm. CE, *Verre automobile* du 12 nov. 2008, aff. COMP/39125
- Domestic Air Transportation Antitrust Litigation 137 FRD 677 (N.D ga 1991)
- Décision ADLC 05-D-38 du 5 juillet 2005, relative à des pratiques sur le marché de transport public urbain de voyageurs
- Décision ADLC 06-D-04, du 13 mars 2006
- Décision ADLC, n°12-D-24 du 13 déc.2012, relative à des pratiques de mise en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile – Décision ADLC, n°12-D-27 du 20 déc. 2012 n°12-D27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie spectacle – Décision ADLC n°13-D-20 du 17 déc. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur de la production d'électricité photovoltaïque
- Décision ADLC n° 14-D-02 du 20 fèv.2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive.

INTRODUCTION

« *La politique de la concurrence est non pas une fin mais un moyen qui doit être utilisé et mis en œuvre pour le bien être du consommateur* ». (Christine Lagarde)

Les mots de Madame la Présidente du FMI sont symptomatiques de l'évolution qu'a connue le rôle du droit de la concurrence. Cette nouvelle orientation ayant pour objectif de plus en plus marqué, le bien-être et la protection du consommateur n'a pas toujours été d'actualité. Longtemps les politiques concurrentielles n'avaient pour seul objectif que l'assainissement du marché et des interactions économiques. La Concurrence était philosophiquement entendue comme un outil de gestion et de coordination des opérateurs présents sur le marché. Seule l'instauration d'une concurrence libre, saine et loyale concernait les politiques concurrentielles. L'intervention du droit de la concurrence dans la régulation des marchés n'était donc que purement objective et strictement économique. Dans sa conception classique, le droit de la concurrence ne protège ni les consommateurs, ni même les concurrents entre eux, ils protègent l'espace dans lequel ils interfèrent : le marché. En cas d'abus, le consommateur apparaissait seulement comme une victime collatérale d'une pratique avant tout menaçante et nocive pour le fonctionnement normal du marché. Le bien-être du marché l'emportait sur le bien-être du consommateur.

Toutefois, la protection du consommateur n'est pas pour autant devenu le seul leitmotiv du droit de la concurrence. Cependant, politiques, économiques, juristes et experts ont pris conscience que le « *Marché* » et le « *Consommateur* » n'étaient pas forcément antinomiques et que la protection de l'un n'était pas exclusive de la protection de l'autre. Bien au contraire, le bien être du consommateur est symptomatique du bien-être du marché, et le bien-être du marché est indispensable à celui du consommateur. Les législateurs européens comme nationaux jusque-là très hermétiques à une éventuelle interdépendance de ces deux acteurs ont pris conscience, comme le dirait Forbach qu'il faut est préférable de « *bâtir des ponts plutôt que de construire des murs* ».

Le droit de la consommation a dessiné des contours très nets de la définition de *consommateur*¹. Le consommateur est celui qui n'agit pas dans le cadre de ses activités professionnelles. D'un point de vue du droit de la concurrence le vocabulaire varie. Le consommateur est souvent désigné par le terme *d'utilisateur*², à l'acception plus large. L'utilisation se définit comme tout individu destinataire de produits et services offerts

¹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. Art 2 « *Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

² C. GALVADA et G. PARLEANI, *Droit communautaire des affaires*. LITEC. 1988, (p. 374)- Voir également art 101 du Traité de Lisbonne (ex art. 81 du Traité CE).

par les entreprises. L'utilisateur rejoint le consommateur, en tant qu'acheteur final, « *consommateur du quotidien* ».

Il est intéressant de relever que la satisfaction du consommateur n'est pas un facteur révolutionnaire et nouveau du droit de la concurrence. Seul un changement de degré, d'importance et d'implication dans l'utilisation de ce critère est à noter. Cette approche du droit de la concurrence fondée sur les effets du bien-être du consommateur est simplement devenue plus explicite et plus symptomatique.

A titre d'illustration, aux termes de l'article 101-3 du TFUE et 420-4 du Code de commerce, l'une des conditions pouvant exempter une entreprise d'une entente réside dans la prise en considération d'effet positif de la pratique en cause, notamment si cette dernière « *réserve aux utilisateurs {consommateur} une partie équitable du profit* ». Le même ancrage dans le bien-être du consommateur est aussi revendiqué en matière de concentration³. En matière d'abus de position dominante, l'article 420-2 du Code de commerce reprend les mêmes termes.

Au niveau européen, la prise en compte du consommateur n'est pas aussi « formelle »⁴. C'est à la suite de l'affaire Microsoft que la Commission s'est posée la question de la prise en compte des éventuels effets positifs d'un abus de position dominante. Partant, les autorités se doivent d'analyser concrètement les effets de l'abus⁵. Enfin le *Discussion Paper* publié en 2005 par la Commission consacre, à la manière d'une règle de raison, ce procédé d'analyse qui impose de rechercher quels ont été les effets d'une pratique illicite. Parmi ces effets, les conséquences sur la situation du consommateur sont en prendre en compte. Cette mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels des pratiques, au niveau des consommateurs, permettrait d'évaluer le fonctionnement de la concurrence et d'établir in fine la licéité d'une pratique. A cette occasion, la Commission annonçait déjà « *que le bien-être du consommateur, et non seulement celui des concurrents, est au centre de l'objectif principal* »⁶. C'est ainsi qu'elle amorça l'introduction d'un objectif consumériste, et le glissement du point de vue « *global* » vers le point de vue « *du consommateur* »⁷.

Malgré une dynamique actuelle qui tend vers la prise en compte du consommateur, sa place en tant que facteur décisionnel reste encore incertaine. La doctrine demeure divisée entre la conception moderne et la conception classique du droit de la concurrence. Lors de la Journée Européenne de la Concurrence de 2008

³ Art L430-6 du C.Com – Voir également Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopérations horizontales du 4 nov. 2011, C11 (§48).

⁴ L.ARCÉLIN, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et en droit communautaire*, Didact Droit, 2013 p. 10.

⁵ Cela a été confirmé par l'arrêt *Téléfonica* (C-295/12P) où la Commission va même jusqu'à citer expressément l'atteinte au consommateur comme jauge de l'effet néfaste de la pratique.

⁶ Commission, Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions, point 6 « *The Commission wants to make sure that it is protecting competition and consumer welfare, not (individual) competitors who do not deliver to consumers.* »

⁷ BENZONI, *Projet de révision de l'article 82 : les écueils d'une analyse des abus de position dominante par la méthode des « effets »*. Le Rapport économique, *Tera Consultants* p.17 et suivantes.

cette dualité de conception est clairement apparue⁸. A la réponse à la question « *est ce que le consommateur doit être le standard de la politique de concurrence en Europe ?* », M Bernhardt Heitzer⁹ répondait par la négative. Selon lui la concurrence a pour but de protéger le processus concurrentiel et à terme la protection du mécanisme concurrentiel aboutira à une protection du consommateur, mais cette dernière ne doit en aucun cas se trouver en amont du processus décisionnel.¹⁰ Maître Antoine Winckler¹¹, quant à lui, raisonne aux antipodes en soutenant justement que les règles du droit de la concurrence doivent être lues, appréciées, pensées et appliquées à travers le prisme du bien-être du consommateur de telle sorte que ce dernier apparaît comme un « principe directeur d'interprétation » du droit de la concurrence.

C'est dans ce contexte de redéfinition du rôle et de la place du consommateur dans les enjeux économiques et la régulation du marché, que s'inscrit le développement des actions de groupe ou action collective. Si le consommateur doit être pris en compte en tant que sujet concerné, il peut être aussi acteur dans la protection du marché. Ainsi l'introduction de ce nouvel acteur, sous entendait l'introduction d'une nouvelle action. Le consommateur apparaît désormais comme « *un aiguillon de la concurrence dans la mesure où il peut contribuer à la rendre plus efficace* »¹².

L'action de groupe a connu un important développement simultané au sein des pays de l'Union européenne. Selon les pays et périodes sa dénomination varie considérablement : *Action de groupe, action collective, recours collectif, class action, collective action, représentative action, collective claim*. Dans un souci d'intelligibilité, seuls seront utilisés sans distinction les termes d'action de groupe, d'action collective ou de recours collectif. Le terme *class action* sera réservé au système américain.

Calay-Auloy partisan de l'introduction de l'action de groupe en droit français définit l'action de groupe comme : « *L'action qui consiste à réunir dans une seule instance, donnant lieu à un seul jugement, la réparation de préjudices individuels multiples ayant une origine commune* »¹³. Mais l'action collective n'est pas un outil spécifique au droit de la concurrence, il entre dans une « *vague d'extension des moyens d'accès judiciaire au groupe* », qui peut se noter un peu partout en Europe¹⁴. Mme Boy considère d'ailleurs que la collectivisation du droit apparaît comme « *le phénomène le plus marquant de notre époque* »¹⁵.

⁸ Journée européenne de la Concurrence. Acte de la conférence du 18 et 19 nov.2008. *Concurrences*.

⁹ Président du Bunderskartelamt allemand.

¹⁰ Journée européenne de la Concurrence, *Op.cit*.

¹¹ Avocat au sein du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

¹² C. MARECHAL. Le volet « concurrence de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. *Contrat, Concurrence Consommation* n°5, Mai 2014, dossier 4.

¹³ J.CALAY-AULOY, Pour mieux réparer les préjudices collectifs, une class action à la française ? *Gaz.Pal*, 28-29 septembre 2001, p. 13.

¹⁴ P.LAFOND. *Le recours collectif entre la commodité procédurale et la justice sociale*. R.D.U.S (1998-99) 29.

¹⁵ L.BOY, *L'intérêt collectif en droit français, réflexion sur la collectivisation du droit*, thèse, Nice 1979, p. 1.

La collectivisation constitue pour le justiciable l'un des meilleurs garants du recours effectif et de la défense de ses intérêts, tout en servant la protection de l'ordre public à l'instar de *l'actio popularis* romaine¹⁶.

Le législateur a l'intention de faciliter la réparation des préjudices causés par les pratiques illicites en permettant aux consommateurs de se regrouper pour agir. L'action de groupe se base sur le constat suivant : face à des préjudices infimes mais communs, dits *préjudice de masses*, ces derniers n'agiront que s'ils unissent leur force, leur moyen et leur temps. Ainsi l'action de groupe est avant tout un avantage procédural qui « correspond à une action de procédure civile permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer au nom d'une catégorie de personne (classe ou groupe), une action en justice : elle permet une mutualisation des moyens et une économie de coûts de procédure qui la rendent attractive quand les actions individuelles ne le sont pas »¹⁷.

En France, l'action de groupe a été introduite par la réforme 17 mars 2014 du droit de la consommation. Cette loi plus connue sous le nom de la loi Hamon, contient un « volet concurrence ». La naissance de « l'action de groupe à la française » est le résultat d'une succession de projet législatif inabouti ou insuffisant depuis 1970. Tel fut le cas par exemple de la création de l'action en représentation conjointe dont l'échec fut caractérisé par une lourdeur administrative et un manque de publicité de l'existence même de l'action. Or l'action collective sous entend forcément action populaire¹⁸.

Bien que caractéristique d'une première étape dans la défense du consommateur, la protection effective de ce dernier nécessitait une action plus franche « qui envisageait d'obtenir réparation de la somme des préjudices individuels subis par tous les consommateurs victimes et non du dommage hypothétique et collectif subi par la collectivité de consommateur »¹⁹. En 2005, sous l'impulsion du Président Jacques Chirac à la suite du rapport de Luc Châtel un nouveau débat a été relancé. Le projet de loi en date de 2006 ne fut jamais examiné par le parlement. Cette difficile acceptation peut s'expliquer par deux arguments phares.

Le premier était lié à la crainte d'éventuelles dérives des fameuses et mieux connues « class action » américaines, notamment au regard de l'importance des sommes allouées en tant que dommages et intérêts et d'une prolifération des procédures abusives. Sans qu'il y ait eu de véritable recherche sur la véracité de ces critiques, et sur les possibilités de les éviter au sein des traditions juridiques françaises et européennes, l'ombre des dérives américaines a très vite ralenti l'adoption de telles mesures.

La seconde raison est celle liée à la perte de compétitivité des entreprises du fait de leur exposition à

¹⁶ En l'absence d'intervention de l'autorité publique, l'*actio popularis* permettait à tout citoyen romain de demander la condamnation des atteintes à l'ordre public ou à des biens communs.

¹⁷ L.BETEILLE et R. YUNG. Rapport d'information. L'action de groupe à la française, parachever la protection du consommateur. 26 mai 2010, n° 499.

¹⁸ Loi Neiertz n°92-60 du 18 janvier 1992 relative à la protection du consommateur, introduisant le principe de mandat écrit et d'absence de publicité.

¹⁹ D.MAINGUY. *L'action de groupe en droit français*. La Gaz.Pal. Guide Pratique.

des sanctions supplémentaires. Dans sa consultation le MEDEF affirmait qu' « une *judiciarisation accrue de l'économie aurait des conséquences négatives sur l'innovation, la croissance et l'emploi. L'exemple américain est suffisamment éclairant de ce point de vue* »²⁰. Très vite un courant anti-action de groupe, composé de nombreuses entreprises et lobbyings, s'est formé autour de ce cheval de bataille. Les entreprises soutenaient notamment qu'il existait déjà dans l'arsenal juridique français des outils permettant la réparation du préjudice du consommateur (les actions pénales, civiles individuelles, sanctions administratives) et que cette nouvelle action pourrait être très néfaste sur la compétitivité des entreprises à l'échelle internationale. Ces partisans prenaient aussi la défense des PME en considérant que ces derniers ne pouvaient être exposés à ce type d'action²¹. Selon eux, la surprotection du consommateur aurait comme effet pervers l'endiguement des entreprises. Cette seconde critique alliant action de groupe et frein à l'essor des entreprises, a fait l'objet de nombreux désaveux la vidant de sa substance, tel que la parution en 2012 d'une étude réalisée par la Commission des Affaires Economique montrant qu'à travers huit pays européens déjà dotés d'un tel outil, il n'existait aucune corrélation entre action de groupe ou équivalent, et perte de compétitivité et de dynamise économique²².

L'entrée en vigueur de la loi Hamon en 2014 correspond à une nécessité, à une époque où l'Europe ne cesse de mettre l'accent sur les actions en dommages et intérêts (Livre Blanc)²³ dont l'effectivité peut être garantie par l'action de groupe (recommandation)²⁴. Le contentieux privé du droit de la concurrence devant les juridictions française n'a eu d'autre choix que d'évoluer pour s'adapter aux prescriptions européennes.

Ce désir d'accentuer le rôle des autorités judiciaires s'explique par « *le fait que les actions privées sont désormais perçues à côté de l'action publique comme un instrument supplémentaire de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles* »²⁵. Le législateur espère faire « d'une pierre deux coups » en faisant du consommateur « *un vecteur de l'amélioration des performances économiques* »²⁶. En plus de la protection in fine du consommateur, l'interaction entre les politiques concurrentielles et un développement du pouvoir du consommateur garantit un meilleur contrôle du marché.

²⁰ MEDEF. Position du MEDEF sur le projet de loi tenant à introduire l'action de groupe en droit français. *Commission Droit de l'entreprise*. Nov.2012.

²¹ L.Parisot, présidente du MEDEF, a rédigé une lettre ouverte à l'encontre des parlementaires : « l'appel des 100 ». « *Je découvre avec étonnement que vous êtes signataire de l'appel des 100 en faveur d'une action de groupe, lancée par sept associations de consommateurs, et je le regrette [...]. Les entreprises de votre circonscription, notamment les PME, pourraient se retrouver en difficulté si cette demande aboutissait [...]. Les conséquences peuvent aboutir, dans le pire des cas, au dépôt de bilan, sans que la responsabilité de l'entreprise ait été prouvée [...]. J'espère que ces quelques mois qui nous séparent d'échéances électorales importantes ne pousseront pas des élus responsables, dont vous êtes, à prendre des décisions mettant en péril la compétitivité des entreprises, de leur territoire et de l'emploi* » consultable sur <http://www.agoravox.fr/actualites/politique/article/le-lobbying-contre-les-class-16396>.

²² Rapport CAE, 10 sept. 2012. La documentation Française.

²³ Livre Blanc du 2 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de positions dominantes COM (2008)165.

²⁴ Recommandations de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droit conférés par l'Union. (2013/396/UE).

²⁵ Avis du 21 septembre 2006 du Conseil de la Concurrence, relatif à l'introduction d'une action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

²⁶ *Idem*.

Selon les termes de Madame Laurence Idot, l'application du droit de la concurrence est caractérisée par une « *distinction cardinale* »²⁷ : L'action des autorités publiques est une action objective, répressive et l'action civile devant le juge judiciaire est une action subjective et réparatrice. Ainsi l'action publique, dite *public enforcement*, qui avait jusqu'alors un quasi-monopole en matière de répression anticoncurrentielle, se retrouve désormais concurrencée par l'action judiciaire, le *private enforcement*.

Quel était le meilleur moyen de renforcer le *private enforcement*, que de placer directement une action effective et dissuasive entre les mains du consommateur ? Ce dernier est indéniablement le plus attentif en ce qu'il est concerné en tant que sujet concurrentiel, et peut ainsi observer de l'intérieur les dérives du marché. Le consommateur représente un mirador supplémentaire, il incarne à lui seul une police parallèle à celle des autorités de la concurrence dans la détection des pratiques illicites en ce qu'« *il est l'alpha et l'Omega de la concurrence : celui vers qui est orientée la compétition des entreprises, et celui qui la sanctionne par sa décision* ». Il est aussi un alibi aux politiques concurrentielles actuelles, qui de manière un peu opportuniste, et sous couvert de la protection de ce dernier, renforce leur politique répressive. C'est ainsi qu'à termes de nombreux économistes espèrent pouvoir constater la création d'un cercle vertueux. Le réseau s'autocontrôle, s'auto-évalue et s'auto-sanctionne, en espérant que « *l'environnement et la configuration des choses déterminent le comportement* »²⁸.

Apparaît alors la question de savoir si l'action de groupe est un dispositif efficace et satisfaisant dans l'arsenal juridique de répression des pratiques anticoncurrentielles ?

Pour répondre à cette question il s'agira de tenter de sonder les enjeux d'une telle action en France comme en Europe, son impact sur le droit des consommateurs, son rôle dans le contrôle des marchés, et son utilité en droit de la concurrence. En effet l'introduction de l'action de groupe vient renforcer le *private enforcement*, et ce mouvement est incontestable et incontesté en Europe (I). Ensuite il sera question d'étudier plus particulièrement l'action de groupe française, son fonctionnement, ses enjeux et ses limites (II).

²⁷ L.IDOT Rapport introductif, réforme décentralisation et stratégie d'entreprises, in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : Le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* (Dir.L IDOT et C. PRIETRO). Droit de l'Union européen. Bruylant, 2006.

²⁸ M.BEAULIEU, M.GARON, S.et C.BIGONNESSE. Selon le temps, la manière. *Revue canadienne de politique sociale*, (68 - 69), 10-23, 2013.

TITRE 1. UNE PROCÉDURE CIVILE AU CŒUR DE LA POLITIQUE DU PRIVATE ENFORCEMENT : UNE DYNAMIQUE EUROPEENNE

De nombreuses études ont identifié en Europe une très faible présence des sanctions judiciaires d'ordre privée. Le rapport Arshut en 2004 affirmait que seule 10% des réactions aux infractions concurrentielles était de nature privée en France²⁹. Il en concluait un certain paradoxe puisqu' « *alors que le droit communautaire exige un système efficace de traitement des demandes d'indemnisation, ce domaine du droit est caractérisé dans les vingt-cinq Etats membres par un total sous-développement* ».

Au niveau européen, la Commission explique que depuis 2006, seuls 25% des décisions prises par la Commission constatant une infraction aux articles 101 et 102 TFUE ont donné lieu à des actions en dommages et intérêts intentées par les victimes. En 2012, elle estime à 23 milliards d'euros, soit 0,18 % du PIB de l'Union européenne, le montant des préjudices subis chaque année par les victimes, dommages dont elles ne parviennent pas à obtenir réparation faute de procédures adaptées. Ainsi, l'action de groupe présente de nombreuses vertus permettant de pallier à ce manque de moyen et apparaît « *comme le fer de lance du private enforcement dans la répression des pratiques anticoncurrentielles* »³⁰.

Alors que le modèle du droit européen était basé sur la prédominance du *public enforcement* sur le *private enforcement*, il est possible de constater un renforcement des actions privées en ce qu'elles présentent un double intérêt³¹. « *Les actions en indemnisation n'ont plus seulement une fonction réparatrice, mais aussi un caractère dissuasif permettant de renforcer l'application du droit de la concurrence* »³². (Chapitre1)

Cependant la Commission a eu l'occasion de préciser qu'elle ne doit pas « *susciter de recours abusif ou produire des effets préjudiciables aux parties défenderesses* » A cette fin, et par le biais de nombreux instruments l'Union européenne a tenté d'édicter des garde-fous contre d'éventuels effets pervers en listant des règles communes (Chapitre 2).

²⁹ Contre 90% au USA.

³⁰ Y. UTZSCHNEIDER. L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en oeuvre complexe. *AJ contrat d'affaire concurrence distribution*, 2014 p.222.

³¹ Avis du Conseil de la Concurrence du 21 septembre 2006.

³² *Idem*.

CHAPITRE 1. LES VERTUS DE L'ACTION DE GROUPE EN DROIT DE LA CONCURRENCE EN TANT QU'ACTION PRIVÉE

« L'octroi de dommages et intérêts apparaît comme une sanction nécessaire qui concourt à la fois à la sauvegarde des intérêts subjectifs (Section1) et à la préservation de l'ordre public concurrentiel »³³ (Section2). S'inscrivant en plein cœur de la réforme du *private enforcement*, l'action de groupe apparaît avoir bien des mérites : Protéger les intérêts du consommateur final ou victime intermédiaire, tout en garantissant une meilleur concurrence. Cependant il est encore difficile de cerner la réelle nature de cette action. On ne saurait la qualifier, est-elle par essence réparatrice, préventive ou répressive?

SECTION 1. L'APPROCHE SUBJECTIVE : UNE ACTION GARANTISSANT LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF POUR LES VICTIMES DES INFRACTIONS ANTICONCURRENTIELLES

Alors que toute personne a droit à la réparation de son préjudice (§1), les victimes de pratique anticoncurrentielles, ont longtemps été dépourvues d'outils procéduraux effectifs. La nature même des dommages concurrentiels, c'est à dire de masse, rendait les actions individuelles inutilisables (§2). En effet aucune victime n'était prête à intenter une action pour un préjudice minime. L'action collective, en mutualisant et en regroupant les plaintes, permet de lutter contre ces obstacles et offre aux consommateurs une action effective contre les abus anticoncurrentiels (§3).

PARAGRAHE 1. LE DROIT A REPARATION DU PREJUDCE RECONNU EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Le droit à un recours effectif sous-entend que n'importe quel justiciable est susceptible de demander réparation d'un préjudice qu'il lui a été causé. L'Union consacre le recours effectif à l'Article 47 de la Charte et à l'article 19-1 al 2 TFUE tel que le rappelle la directive de 2014 relatives à la réparation du préjudice causé en matière anticoncurrentielle³⁴: « L'exigence d'effectivité implique que l'intéressé puisse accéder concrètement à un tribunal et en cas de violation avérée, obtienne le redressement de sa situation »³⁵.

³³ CHAGNY. La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles. *RLC* 2005/08. 186.

³⁴ Voir également – CEDSH, Art 13 – DDHC art 16 - CC^o Décision 2010-2 QPC 11 Juin 2010 *Madame Viviane* (cons.4).

³⁵ LE BOT « *Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux* » Presses Universitaires de Caen, 2010. p.107-116.

Ce droit à l'indemnisation a été consacré en droit de la concurrence d'abord par la CJUE³⁶. La Cour a ainsi reconnu le principe de la réparation intégrale du préjudice né de pratiques anticoncurrentielles. Quelques années plus tard, « un paquet législatif » (directive, avis, guide pratiques) est venu renforcer la protection de l'effet utile des articles 101 et 102 du TFUE en adoptant des mesures favorisant l'octroi des dommages et intérêts. Les règles du droit de la concurrence « *se prêtant par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particulier, (...) engendrent directement des droits dans le chef des justifiées* ». Elles ne peuvent être dérogoires des autres domaines, et ne peuvent se soustraire au principe de l'indemnisation. Le règlement n°1/2003 implique même que les violations du droit européen doivent être sanctionnées directement par les Etats pour garantir une réelle protection aux victimes³⁷.

PARAGRAPHE 2. LES OBSTACLES IDENTIFIES A LA REPARATION EFFECTIVE DU PREJUDICE SUBIS PAR LES CONSOMMATEURS

Les outils juridiques présents avant l'entrée en vigueur des actions de groupe n'étaient que très peu satisfaisants du fait de la nature même du dommage causé par les pratiques anticoncurrentielles et du nombre de victimes concernées. Cette dangerosité du dommage anticoncurrentiel prend essence dans « *la collectivité des rapports de marché* ». Du fait de la globalisation des échanges et de la multiplication des acteurs économiques le préjudice, pris isolément, apparaît minime et illusoire. Cependant, comme ce dernier est répété sur des millions de consommateurs, ou victimes intermédiaires (entreprise) le préjudice pris dans sa globalité apparaît extrêmement important. C'est ce que l'on appelle le *préjudice de masse*. Pour illustrer ce phénomène, il suffit d'en prendre quelques exemples :

L'affaire de l'entente relative au secteur intra-bancaire a permis aux entreprises parties au cartel d'engorger un profit illicite de 767 millions d'euros par la prise de commission illégale et coordonnée sur les chèques, dans plus de trois milliards de transactions. Ladite commission était de 4, 3 centimes d'euros pas clients et donc par victimes (consommateur et entreprise).

D'un point de vue plus général, Esteva Mosso évalua le préjudice global du consommateur à plus de 25 milliards d'euros par an³⁸. Ce chiffre laisse à penser que chaque consommateur ou victime intermédiaire accumule individuellement un amas de préjudices minimes, émanant tous de pratiques anticoncurrentielles distinctes. Ici réside la perversité des dommages anticoncurrentiels : pris à échelle individuelle, le dommage est quasi anodin. De ce fait il n'active aucune réaction sociale ou une quelconque condamnation morale de la part de la victime ou de l'opinion publique. « *Les infractions (...) sont indirectes, détournées, anonymes et*

³⁶ Arrêt CJCE, du 20 sept. 2001, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd et autres*. C-453/99 – Voir également Arrêt CJCE du 13 juil. 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*. C-295/04.

³⁷ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, cons.37.

³⁸ Journée européenne de la Concurrence. *Op.cit.*

impersonnelles ; on peut éprouver un ressentiment vague contre le système tout entier mais lorsqu'aucun individu particulier ne peut être identifié l'animosité est futile [...]». (E.P Sutherland)

Le second obstacle à la réparation intégrale du préjudice est que l'action civile classique ne permet jamais d'indemniser l'intégralité des victimes. Cette réflexion vaut aussi bien pour l'action civile individuelle, que pour les mécanismes de recours collectifs connus en France tel que la représentation conjointe. A ce jour, les actions en représentation conjointe n'ont jamais prouvé leur efficacité en ce qu'elles nécessitent la récolte de mandat exprès et écrit de chaque victime voulant agir. S'ajoute à cette lourdeur administrative, l'absence de publicité. Cette absence de transparence et d'information dans l'initiative de l'action a pour conséquence qu'un grand nombre de victime ne se manifeste jamais auprès de l'association concernée pour demander son dû. Ceci étant d'autant plus compliqué puisque le nombre de victime d'une même infraction se chiffre à échelle nationale ou mondiale. « *L'action en représentation conjointe n'a rien d'une action de groupe. Il s'agit simplement d'un procédé par laquelle l'association en lieu et place de l'avocat se charge de collecter des mandats et de juxtaposer les dossiers individuels. La gestion individuelle de ces dossiers est impossible dès lors que le nombre de victimes est important, cela explique qu'en 19 ans elle n'ait été utilisée que cinq fois* »³⁹.

C'est ainsi que lors de l'action en représentation conjointe intentée par l'association UFC Que Choisir, à propos du cartel de la Téléphonie Mobile, cette dernière affirmait que 99% des victimes n'avait pu obtenir réparation. En l'absence d'action collective, il est irrationnel de penser que chacune des victimes entamera personnellement une action, ou donnera mandat individuellement et isolément à une association.

Dans cette situation, la victime qui « *subit de manière sporadique un dommage de faible valeur [est] souvent dissuadée d'agir en raison des couts, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes* »⁴⁰. Le consommateur ainsi fait preuve d'« *apathie rationnel* ». A l'instar d'une entreprise évoluant sur un marché et rationalisant son comportement en fonction du rapport couts-bénéfice, le consommateur rationalise et « *choisit d'ester en justice dès lors que son gain espéré (...) compense la dépense juridique (...) compte tenu de la probabilité de victoire et de l'asymétrie (...) des forces et intérêts en présence. A l'inverse lorsque la dépense anticipée excède le gain espéré, le plaignant est dissuadé d'entrer dans un processus judiciaire* »⁴¹.

Du fait de cette inertie judiciaire le droit à un recours effectif apparaît comme illusoire et théorique⁴². Or « *un droit qui ne s'incarne pas, peut être jugé inutile* »⁴³. Il doit être réalisable, facilité, concret et effectif⁴⁴. Les

³⁹ Consultation de la Commission européenne sur les recours collectif, contribution de l'UFC que choisir, 2011. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/ufc_que_choisir_loire_fr.pdf.

⁴⁰ Livre Blanc. *Op.cit.*

⁴¹ S. HARNAY « *Les class actions, un outil juridique au service d'un accès au droit élargi ?* » *Au delà des droits économiques et des droits politiques, les droits sociaux* ? L'Harmattan 2008 p 281.

⁴² Arrêt CESDH du 9 oct.1979 *Airey c.Irlande*. n°6289/73.

⁴³ P.C LAFOND « *Le consommateur et le procès* » rapport général 2008 49. C. de D 131, cité dans LEHAIRE, thèse sur le droit français et québécois comparé, 2014.

⁴⁴ Arrêt CEDH *Airey c.Irlande*. *Op.cit.*

victimes des pratiques anticoncurrentielles avaient, certes, sur le papier accès aux tribunaux mais elles n'ont jamais eu accès à la justice.

PARAGRAPHE 3. L'ACTION COLLECTIVE, REMEDE ?

L'action collective, qui permet de regrouper toutes les mêmes plaintes en une unique et d'obtenir la réparation de chaque dommage individuel, vient pallier cette insécurité juridique. L'absence d'un tel recours apparaissait immorale et antiéconomique puisque le consommateur (ou autre entreprise) n'avait d'autre choix que de contracter à des conditions qu'il ne pouvait ni éviter, ni contester.

L'efficacité de l'action privée et du *private enforcement* réside dans l'économie des coûts de procédures. En effet, en mutualisant les coûts judiciaires et d'expertise pour un ensemble de dossiers identiques, le recours collectif simplifie réellement l'accès aux tribunaux.

A titre d'exemple une action collective menée en Autriche coutera en totalité, pour 16 consommateurs, 65 000 euros, là où une action individuelle reviendrait à 11 000 euros par plaignant⁴⁵. Dans *the Evaluation Study*, la réduction du coût a été estimée entre 46 et 99% par rapport à une action individuelle⁴⁶.

La collectivisation des moyens permet ainsi d'équilibrer un rapport de force jusque-là très asymétrique. Subsidièrement, l'absence d'engorgement des tribunaux garantit un meilleur traitement des dossiers. La collectivisation présente plusieurs avantages :

L'action sera intentée de manière plus systématique par les représentants du groupe (organisme, association, avocat, victime). Les victimes voulant se faire indemniser n'ont plus qu'à manifester leur volonté d'une manière ou d'une autre. En France par exemple l'article L423 du Code de la consommation permet désormais à l'association intentant l'action d'avoir recours à la publicité. A la suite d'un premier jugement statuant sur la responsabilité, diffusé et publié, les consommateurs qui n'ont pas participé à l'action de groupe disposent d'un laps de temps pour se manifester. De plus le consommateur n'a pas à s'exposer personnellement au frais de procédure à la charge de l'association⁴⁷.

C'est ainsi que « *la possibilité de joindre des prétentions individuelles et de les faire valoir collectivement, peut constituer une amélioration de l'accès à la justice* »⁴⁸. Bien qu'il reste aux actions collectives à faire leur preuve dans la pratique, elles apparaissent comme un outil susceptible de répondre aux impératifs du recours effectif. L'action

⁴⁵ S.PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationales européennes et internationales*. Bruylant.2012.

⁴⁶ European Commission, DG SANCO « *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union. Final Report.* » Submitted by Civic Consulting and Oxford Economics, Civic Consulting.

⁴⁷ Art.L423-8 C.consom « *lorsqu'il statue sur la responsabilité, le juge peut condamner le professionnel au paiement d'une provision à valoir sur les frais exposés par l'association, que celle-ci devra avancer* ».

⁴⁸ Recommandation. Cons.9 *op.cit.*

collective apparaît d'autant plus utile en ce qu'elle représente pour les entreprises une sanction supplémentaire : la réparation instantanée de plusieurs milliers de préjudices réunis.

SECTION 2. L'APPROCHE OBJECTIVE : UN CONTROLE SUPPLEMENTAIRE DU BIEN ÊTRE DU MARCHÉ

L'action collective apparaît aussi comme une sanction supplémentaire à celles prononcées par l'autorité administrative (§1). Cette sanction financière joue un rôle préventive et garantit un meilleur contrôle du marché (§2). L'action collective en tant que outil répressif supplémentaire s'inscrit dans le courant répressif actuel (§3).

PARAGRAPHE 1. SANCTION ET REPARATION

Du point de vue des auteurs de l'infraction, le dédommagement des victimes représente une sanction financière supplémentaire. En effet les dommages et intérêts évalués dans un tel contentieux correspondent aux confiscations des gains illicites. Partant, l'action de groupe permet de rétablir l'ordre concurrentiel en spoliant les auteurs des profits qui ne sont que les fruits des violations des règles concurrentielles. Il est impossible de tolérer que les entreprises prospèrent au détriment du bien être commun.

Par exemple, la Cour supérieure de Lisbonne a condamné une compagnie de téléphonie suite à une action collective à des dommages intérêts s'élevant à 70 millions d'euros.

Le département de la Justice aux Etats Unis et la Commission européenne ont poursuivi respectivement 7 et 10 producteurs de composants électroniques pour entente. Les amendes administratives déjà prononcées en Europe s'élevaient à plus de 400 millions d'euros. Seul aux USA, en plus des amendes administratives, des actions collectives ont été exercées aux bénéfices des entreprises intermédiaires victimes et des consommateurs finaux contre ces mêmes producteurs. Une transaction de 600 millions de dollars a été conclue. Ce montant s'explique par les spécificités de la *class action* américaines mais illustre l'idée qu'une action de groupe efficace peut incarner une menace conséquente pour le bien être financier des entreprises.⁴⁹

L'action de groupe vient donc compléter l'action publique dans son action répressive. Les amendes prononcées par les autorités publiques, bien que déjà très dissuasives ne couvrent que 40 à 60 % des profits résultants des pratiques anticoncurrentielles⁵⁰. Les dommages et intérêts civils viendraient pallier cette carence dans la restitution de sommes indues. C'est en cela que l'action de groupe endosse un caractère dissuasif pour les entreprises.

⁴⁹ J. VOGEL et F. JENNY, *in* La sanction du droit de la concurrence. Colloques. *Concurrences* n°1-2013.

⁵⁰ E.COMBE, D THEOPHILE, D SEVY. L'évaluation des dommages en matière de sanctions anticoncurrentielles. *Concurrences* 4-2010.

La tendance s'inverse, là où la réparation d'un préjudice individuel est indolore pour les entreprises, la réparation simultanée de plusieurs milliers de ce même préjudice constitue une sanction financière conséquente.

PARAGRAPHE 2. DISSUASION ET CONTROLE DU MARCHE

En plus d'être une sanction, elle est corollairement gardien complémentaire. Selon les systèmes juridiques qui seront étudiés par la suite, les consommateurs et/ou les entreprises ont la faculté d'agir. Ainsi, ces acteurs sont les mieux placés pour observer les dérives de marchés, et le cas échéant les corriger. Le fait de placer l'initiative de l'action dans les mains de différents acteurs, permet une meilleure surveillance du marché du fait de leur attention, observation et réaction simultanée. La surveillance ne peut être que meilleure en ce qu'elle émane des acteurs internes au dit marché. En effet « *Le taux de détection des infractions en droit de la concurrence dépend du niveau de circulation de l'information, quant à l'existence d'une action collective, de la relation existant entre la victime de la pratique illicite et son auteur, de la complexité de l'évaluation du caractère infractionnel de la pratique, et la typologie des victimes. La prise en compte de ces variables nous permet d'établir les bénéfices réels des actions exercées collectivement au regard de la détection des pratiques* »⁵¹.

Les actions simultanées de plusieurs milliers de victimes exposent les entreprises à des pressions supplémentaires. Ces pressions sont certes économiques mais aussi stratégiques. Les entreprises, économiquement rationnelles, déterminent leur comportement selon le risque de détection, l'ampleur des sanctions et l'espérance de profit. Avec l'action de groupe, ces dernières sont à même de conserver un profit beaucoup moins significatif tout en s'exposant à des frais supplémentaires. Le rapport cout- bénéfice d'une pratique anticoncurrentielle se resserre.

De plus, les consommateurs ou acteurs intermédiaires sont les premières cibles d'intérêt pour les entreprises sur les marchés... Or, toute entreprise pour être concurrentielle a besoin de l'approbation et de la confiance du consommateur. Comme il l'a été soulevé dans la doctrine, ceci peut, à long terme, inviter les entreprises à mettre en place des stratégies de réputation. La création d'une arme procédurale entre les mains des principaux acteurs concernés, favorise la confiance du consommateur (et des acteurs interdépendants) dans le marché, et cette confiance représente un stimulus pour la performance économique⁵² De plus certains auteurs espèrent la moralisation et la responsabilisation du marché. Contrairement aux amendes prononcées par les autorités qui sont objectives, économiques et qui ne réparent et protègent qu'un intérêt abstrait, (le dommage causé à la concurrence), les dommages et intérêts civils se présentent comme des sanctions

⁵¹ S.PIETRINI. *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*. p.151. *Op.cit.*

⁵² « *Access to redress by consumers when traders violate their rights promotes consumer confidence and is a stimulus for sound traders' performance* »

personnifiées. Le préjudice a été causé à des personnes identifiables. L'incarnation de la Victime, peut favoriser la prise de conscience des entreprises du caractère nocif de leur comportement. *Les auteurs « ressentent [enfin] les effets du ressentiment de leur victime »*,⁵³ et il y a alors espoir que la pratique illicite décroisse.

PARAGRAPHE 3. UNE REFORME S'INSCRIVANT DANS UN COURANT REPRESSIF GENERAL

Le *private enforcement* est perçu comme un moyen supplémentaire de mettre en œuvre une politique concurrentielle qui ne cesse de s'endurcir. En effet cette réforme s'inscrit dans une tendance à l'augmentation de la répression par les autorités publiques. L'action collective apparaît ainsi comme un moyen supplémentaire d'intensification des sanctions.

Les actions prononcées par l'autorité de la concurrence depuis les années 2000 ne cessent d'augmenter symbolisant une volonté de mettre fin aux impunités des entreprises. Les pouvoirs d'injonctions ont aussi été augmentés pour favoriser la détection d'infraction⁵⁴. Le but est de rendre les pratiques anticoncurrentielles dissuasives en augmentant la probabilité de détection (injonction et acteur supplémentaire comme les consommateurs et entreprises) corollairement à l'importance des sanctions prononcées. Cette amélioration quantitative et qualitative vise à purger le marché des pratiques illicites.

L'Autorité de la concurrence a infligé en 2014 un montant record de sanctions : un peu plus de 1 milliard d'euros⁵⁵. Le précédent record, atteint en 2005 qui était de 534 millions d'euros pour la même infraction en matière de téléphonie mobile. La pénalité des entreprises était en moyenne, en France d'un million d'euros au début des années 2000⁵⁶. Aujourd'hui le taux moyens de sanction par entreprise est de 10,8 millions. Enfin, pour le même abus de position dominante, à la lecture des guidelines européennes, TFI serait sanctionnée aujourd'hui à la hauteur de 233 millions d'euros d'amende, là où en 2001 elle était condamnée à 8 millions, soit 150 fois plus⁵⁷.

Face à des pratiques anticoncurrentielles qui ne cessaient d'accroître, il a été nécessaire de réadapter les standards de sanction⁵⁸. « *En dépit d'une augmentation depuis les années 1990, le niveau des amendes infligées par les autorités antitrust aux cartels semble encore insuffisamment dissuasif au regard du gain illicite et de la faible probabilité de détection. Nous montrons, en nous appuyant sur la théorie des sanctions optimales, que le renforcement de la dissuasion passe*

⁵³ E.H SUTHERLAND. *White collar crime*.

⁵⁴ Art. L464-2 II C.Com.

⁵⁵ Décision ADLC n° 14-D-18 du 18 déc. 2014 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps.

⁵⁶ Rapport annuel de l'autorité de la concurrence, 2004.

⁵⁷ Rapport annuel de l'autorité de la concurrence, 2011. – Voir également Décision ADLC 00-D-67 du 13 fév. 2001 relatives à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espace publicitaires visuelles) – Voir également Les sanctions du droit de la concurrence. Colloque. *Op.cit.*

⁵⁸ J.CONNOR. Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009, *Competition Policy International*. Fall 2010.

*non seulement par un accroissement des sanctions administratives, mais aussi par une(...) extension du champ d'application des lois antitrust en direction d'actions civiles (...)*⁵⁹.

L'action collective apparaît donc comme une action sui generis : Originellement purement réparatrice, l'action collective permet une réelle indemnisation des victimes jusque-là démunies. Cependant, le droit au dédommagement est aussi perçu comme un tremplin à l'augmentation de la répression et donc de la dissuasion qui se base principalement «sur la crainte des conséquences de nos actions»⁶⁰.

CHAPITRE 2. L'ENCADREMENT DE L'ACTION DE GROUPE PAR L'UNION EUROPÉENNE

L'union européenne a très activement œuvré pour le développement du *private enforcement*. Son action la plus emblématique reste la directive 2014/104 relative à la réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Dans un souci d'égalité entre les victimes nationales, l'Union a initié l'harmonisation des recours collectifs en Europe (Section 1). Bien qu'incitant au développement des actions privées et notamment des actions de groupe, l'Union a parallèlement travaillé sur les risques d'abus que pouvait présenter une telle action. Ainsi apparaissent dans ces principes communs un certain nombre de garde-fous contre d'éventuelles dérives engendrées par les recours collectifs (Section 2).

SECTION 1. L'INTERVENTION EUROPEENNE DANS UN SOUCI D'HARMONISATION

Le courant global du *private enforcement* et de l'action de groupe s'est observé au niveau des institutions européennes (§1). En effet l'Union s'est très vite emparée de cette problématique dans le but de garantir une harmonisation au niveau supranational (§2) Cette forte implication peut s'expliquer par sa compétence exclusive dans l'établissement des règles du droit de la concurrence⁶¹.

PARAGRAPHE 1. UNE REGLEMENTATION RESULTANT D'UN CHEVAUCHEMENT DE PLUSIEURS TEXTES INCOMPLETS

Déjà en 2005, la DG concurrence effectuait une première consultation sous la direction de Mario Monti concernant les « *Action et dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de*

⁵⁹ E.COMBE. The determination of optimal fines in cartel cases : Theory and Practice, *Concurrences* n°4-2011, pp.32-40.

⁶⁰ M.LAROQUE La dissuasion et le no-fault. *Health Law Journal* vol 9 2001 p171.

⁶¹ Art. 3 TFUE.

position dominante »⁶². Une seconde consultation sur le même thème, lors de la présidence de N. Kroes avait lieu trois ans plus tard.⁶³ Cette problématique du droit de la concurrence et des actions de groupe a aussi été abordée par un paquet législatif en 2013 dont l'aboutissement se symbolise par l'adoption d'une directive en 2014⁶⁴ visant à harmoniser l'articulation entre *private* et *public enforcement* en droit de la concurrence.

La directive 2014/104 concerne le droit à réparation du préjudice anticoncurrentiel sans distinguer les actions individuelles et collectives. Cependant, et c'est à déplorer, l'Union n'exige pas expressément des Etats la mise en place de mécanisme d'action collective commun. Elle se contente de fixer un droit au dédommagement borné de grands principes tels que la réparation intégrale du préjudice, ou la prise en charge par les Etats membres de la réparation des préjudices causés par des infractions à la législation européenne. La directive 2014/104 reconnaît une réelle valeur

L'incitation explicite à une telle procédure se retrouve diluée dans le « paquet législatif » de 2013. La recommandation de 2013 l'aborde particulièrement. Ici deux critiques sont à apporter : la recommandation régit certes les règles des actions collectives, mais sans forcément les lire à travers les spécificités du droit de la concurrence, là où la directive aborde la spécificité du préjudice concurrentiel sans se concentrer sur l'action de groupe. De plus, la recommandation n'est qu'une réglementation non contraignante (*soft law*).

PARAGRAPHE 2 UNE HARMONISATION DANS LE BUT DE PREVENIR LES INEGALITE DE TRAITEMENT DES AUTEURS ET DES VICTIMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

L'intention des institutions européenne était, et demeure, le développement du *private enforcement* dans le but de préserver le respect des règles du droit de la concurrence⁶⁵. Son intervention se réalise cependant dans le souci de préserver « *les traditions juridiques propres aux Etats membres* ». En 2011, la Commission organisa une consultation publique pour « *renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectif* » dans le but de dégager des principes communs et d'analyser l'enjeu d'une harmonisation dans les vingt-sept Etats membres. Elle explorait aussi les domaines dans lesquels un tel recours présentait une réelle force dans l'application du droit de l'Union et du respect de son effet direct et de sa primauté, évidemment, le droit de la concurrence en faisait partie. Il est en effet apparu que si tous les Etats membres ne disposaient pas d'un même système de réparation des préjudices de masse, cela pouvait créer des différenciations d'abord entre les consommateurs nationaux mais aussi entre les entreprises, consommateurs intermédiaires ou auteurs de pratique anticoncurrentielles.

⁶² Livre Vert du 19.déc. 2005 « Action en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante » COM (2005)672.

⁶³ Livre Blanc 2008, *Op.cit.*

⁶⁴ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne.

⁶⁵ Directive 2014/104, Cons.3 « Les autorités nationales judiciaires « *ont un rôle d'égale importance à jouer dans l'application des règles de concurrence* ».

En effet sachant que les « *infractions à grande échelle au droit de la concurrence représentent souvent un élément transfrontalier, il est nécessaire de veiller à ce que les entreprises exerçant leurs activités dans le marché intérieur bénéficient de conditions équitables et à ce que les consommateurs puissent exercer leurs droits que leur confère le marché intérieur dans les meilleures conditions* » Pour ce faire il est indispensable de réduire les disparités entre les Etats membres concernant les règles d'action en dommages et intérêt pour infraction « *à la fois au droit de l'Union et au droit national de la concurrence* » lorsque ceux-ci s'appliquent en parallèle. (considérant9). Ainsi deux intérêts sont à préserver.

C'est d'abord dans celui du consommateur ou des victimes au sens large que l'Union est intervenue (cons.11) afin qu'aucune action n'apparaisse ni plus ni moins favorable selon le système national dont il dépend. L'utilité de la directive européenne de 2014 prend tout son sens car jusqu'à présent les systèmes et mécanismes de demande d'indemnisation suites à des infractions anticoncurrentielles étaient laissés à la discrétion des Etats membres.

Ensuite, l'harmonisation des règles sur des standards communs (et l'assurance que ces dernières présentent les mêmes caractéristiques), permet de garantir, préserver et développer une libre concurrence. En effet, il ne saurait être admis que les différentes entreprises, auteur ou victime, de pratiques anticoncurrentielles ne soient traités différemment en raison de leur implantation territoriale. Ces traitements différentiels, tel que le montant des préjudices, leur mode de calcul, la capacité d'ester en justice par action collective, la longueur et le prix des procédures, la charge des coûts procéduraux, sont autant d'indices qui incitent ou non à poursuivre les auteurs d'une infraction tel qu'il a été démontré précédemment. Selon ces divergences, certaines entreprises seraient donc exposées à des pressions économiques et financières variables, changeant ainsi l'équilibre concurrentiel. Les entreprises présentes sur le marché doivent bénéficier de règles équivalentes sans quoi l'égalité des armes économiques et la libre concurrence seraient mis en péril. Le groupe de travail de la Commission relevait déjà en 2011, l'existence d'un risque de distorsion de la concurrence, dû à la différence de sanction et de traitement procédural de deux entreprises, parties à un même cartel, résidentes d'Etats membres différents.

Cette politique législative s'inscrit aussi dans le but premier de l'Union, à savoir, développer le marché intérieur. Ainsi, l'harmonisation d'une action collective, favorise le traitement similaire des victimes et par conséquent renforce la fluidité de la passation des frontières des biens et des services. Consciente que l'action collective est nécessaire au développement du *private enforcement*, l'Union européenne, tout de même inquiète des dérives qu'elles pouvaient engendrer, a très rapidement voulu dresser des garde-fous. L'opinion collective à très longterm fait rimer « action collective » et « procédure abusive » du fait du modèle américain tant médiatisé, si ce n'est diabolisé. L'harmonisation à échelle européenne se symbolise aussi par l'édiction de règles, de standards et de prohibitions venant encadrer cette procédure.

On ne peut que regretter, que seule la recommandation (soft law) s'en charge, là où la directive ne dit mot. En effet la recommandation vise expressément les actions collectives dans leur généralité, (approche horizontale) là où la directive prévoit les actions en indemnisation des préjudices concurrentielles (approche verticale). Ce choix d'instrument doit certainement s'expliquer par la consultation du 2 février 2012 du Parlement européen qui préconisait que toute proposition en matière de recours collectif prenne la forme d'un cadre horizontal « *comprenant un ensemble de principe commun* » et « *traitant spécifiquement mais non exclusivement des infractions aux droits des consommateurs* »⁶⁶. Il reste cependant regrettable de ne pas avoir un seul et unique texte, d'abord contraignant mais aussi spécifique aux actions collectives en droit des pratiques anticoncurrentielles. Les Etats noyés dans cette absence d'intelligibilité, n'ont plus qu'à composer avec cette surenchère de textes européens.

Néanmoins à la lecture croisée de ces textes, certains grands principes ont fait l'unanimité au fil de toutes ces années de réflexion.

SECTION 2. LES PRINCIPAUX GARDE-FOUS PRECONISES PAR L'UNION EUROPEENNE POUR LUTTER CONTRE LES DERIVES AMERICAINES.

La recommandation de 2013, relative à l'action de groupe de manière générale expose un ensemble de principe régissant les recours collectifs qui devraient être communs à tous les états de l'Union⁶⁷. « *Ces principes devraient permettre de garantir que les droits procéduraux fondamentaux des parties soient préservés et d'éviter les abus moyennant des garde-fous appropriés* ».

Cette crainte résulte de l'ombre du système des « class action » américaines. En effet à la lecture du considérant 15 de la recommandation de 2013, la Commission déclare qu'il convient d'éviter certains éléments pour limiter les abus, tels que les « *dommages et intérêts punitifs* » (§1), « *les procédures intrusives de communication des pièces avant le procès* », « *les jurys* », les « *Contingency fees* » (§2) qui sont autant d'éléments processuels symptomatiques et représentatifs du modèle américain. La question du financement de l'action (§3) ou du mode de revendication à l'appartenance du groupe (§4) ont été aussi débattues. Le Parlement identifia les mêmes risques en 2012.

⁶⁶ « *Des initiatives non coordonnées de l'Union européenne en matière de recours collectif ne se soldent par une fragmentation du droit procédural national et de la législation nationale en matière de réparations, affaiblissant l'accès à la justice au sein de l'Union européenne au lieu de le renforcer; demande, s'il devait être décidé, à l'issue d'un examen approfondi, qu'un régime de l'Union en matière de recours collectifs est nécessaire et souhaitable, que toute proposition en matière de recours collectif prenne la forme d'un cadre «horizontal» comprenant un ensemble de principes communs garantissant un accès uniforme à la justice au sein de l'Union par la voie du recours collectif et traitant spécifiquement mais non exclusivement des infractions aux droits des consommateurs* ».

⁶⁷ Recommandation, Cons.13, *Op.cit.*

PARAGRAPHE 1. PROBITION DES DOMMAGES ET INTERETS PUNITIFS

La question de l'interdiction des dommages et intérêts punitifs revient de manière quasi systématique. Les dommages et intérêts punitifs sont des indemnisations qui sont prononcées par la juge civil mais dans un intérêt de réparation et de sanction. Ainsi la somme allouée ne correspond pas à la seule évaluation objective du préjudice réellement subi, caractéristique des dommages et intérêts compensatoires. La nature de ces dommages et intérêts explique les montants exorbitants prononcés par les juridictions américaines. Ces pratiques américaines font l'objet d'une grande médiatisation et crée un intérêt tout particulier.

Dans la lutte contre les industries du tabac, plus de 150 milliards de dollars ont été alloués aux victimes du cancer à titre de dommages et intérêts punitifs. L'avocat Richard Scruggs, a obtenu par le biais d'un compromis 246 milliards de dollars quelques années plus tard. La class action américaine incarne le rééquilibre des rapports entre le faible et le puissant, les consommateurs et les multinationales ; parfois encensées pour leur efficacité, ou diabolisées par leur excessivité, les *class action* américaines ne cesse de faire parler d'elle jusqu'à susciter l'intérêt des cinéastes. Ainsi, le film *Thank you for smoking* s'empare de ces batailles judiciaires contre l'industrie du tabac aux enjeux économiques colossaux. Il est aussi possible de citer le film *Erin Brockovich* inspiré de la *class action* menée contre la Société *Pacific Gas and Electric Company*.

En ne se cantonnant pas au préjudice réalisé et quantifiable, mais en prononçant une sanction financière au titre d'une peine, les dommages et intérêts américains atteignent des sommes qui nécessairement font pâlir les entreprises qui s'y exposent. Une étude menée par Davis Et Lande du 7 décembre 2011 ⁶⁸ illustre ce propos en soulignant que l'affaire *Air Cargo* a donné lieu à des dommages et intérêts de 253 millions de Dollars (2011), *Intel*, 1250 Millions de dollars ou encore *VISA MC* en 2008, 6813 millions de dollars.

Or les traditions majoritaires en Europe restent, pour la plus part, fidèles au « *dogme indemnitaire* »⁶⁹. Les dommages et intérêts ne servent qu'à réparation et non à répression. Encore ici il est possible de cerner la conception dualiste du rôle des autorités publique et des autorités privées. Les systèmes judiciaires privés sont cantonnés à une pure réparation, laissant la répression à l'ordre administratif.

La victime doit obtenir la réparation intégrale de son préjudice (article 3 de la directive). Qui dit intégrale, dit complète mais non « *excessive* » (Article 3 al 2). Ainsi les indemnisations sont perçues comme telles : « *Les dommages et intérêts consistent en le paiement d'une somme d'argent visant à compenser le préjudice de la victime et à la replacer (...) dans la position qui aurait été sienne si l'atteinte dont elle se plaint n'avait pas été commise.* »⁷⁰. Cette conception très stricte du droit à la réparation a été reprise de manière ferme par la directive 2014/104 et par le règlement

⁶⁸ R.H.LAND et J.P.DAVIS « *Defying Conventional Wisdom : the Case For Private Antitrust Enforcement* » 7.déc. 2011, document consultable sur www.anitrustinstitute.org.

⁶⁹ S.CARVAL. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Thèses, LGDJ 1994 (§124).

⁷⁰ : Principles of European Tort Law. European Group of Tort of Law.

Rome 2,⁷¹ ce dernier allant jusqu'à considérer que les dommages et intérêts punitifs peuvent aller jusqu'à être contraire à l'ordre public européen⁷². Dans le cas contraire où la somme allouée surpasserait le préjudice subi, les dommages et intérêts seraient perçus comme un enrichissement sans cause.

Ainsi est consacré, dans l'action collective en droit de la concurrence, le principe de la réparation du préjudice en tant que remède au préjudice subi par le consommateur. Son seul aspect punitif réside indirectement dans confiscation des gains illicites⁷³.

Cependant, il est possible de noter que l'Union européenne ne fait pas non plus preuve d'aversion pour les dommages et intérêts punitifs. La Commission dans son livre Vert proposait de donner aux tribunaux « la possibilité automatique ou conditionnelle de doubler les dommages et intérêts dans les cas des infractions caractérisées que sont les ententes horizontales » Or comme nous le savons, si le but est la simple réparation, la gravité de la faute ne doit pas être pris en compte dans l'évaluation du dommage. Une présomption de l'existence d'un préjudice plus important serait acceptable, là où la multiplication du montant ne peut pas l'être. Ce proposition, certainement dictée par une volonté répressive, s'apparente bien que déguisée à des dommages et intérêts punitifs. C'est sans surprise qu'elle a été abandonnée par la directive 2014/104. Cependant cette dernière prévoit une présomption de préjudice en cas d'entente, s'alignant ainsi sur la nécessité de sévérité pour ce genre de pratiques⁷⁴.

L'union tente de préserver la compétitivité des entreprises. Elle refuse, et ce à juste titre, de voter pour une surprotection de la partie faible (consommateur, victime) au détriment du marché. Pour ce faire, elle maintient le pouvoir de punir dans les mains des autorités publiques, tout en offrant de manière indépendante et isolée une voie d'indemnisation aux victimes. Les entreprises récoltent ce qu'elles s'aient ni plus, ni moins.

PARAGRAPHE 2.LES CONTINGENCY FEES

La crainte de l'Union est d'aboutir à des actions abusives. C'est pourquoi elle considère que les honoraires doivent être pensés en ce qu'ils ne créent « aucune incitation d'engager des procédures qui ne soient pas nécessaires ». Il est en réalité ici question de se prémunir de ce qui est appelé aux Etats Unis les « *Contingency fees* » ou honoraires de résultat. Le second alinéa de l'article 30 de la Recommandation exprime plus clairement et

⁷¹ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

⁷² *Idem*, Cons.12.

⁷³ Réponse de *Trans Europe Experts*, à la consultation publique de la commission européenne « Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de rebours collectifs. SEC (2011)173 final, citant p. 34 B. DEFFAINS. Les effets des actions de groupe, une approche économique. Voir- également « Vers une action de groupe à la française » Colloque, *Concurrences* 2-2008 p21.

⁷⁴ Art.17. Directive 2014/104, *Op.cit*.

expressément se souhait : « *les Etats ne devraient pas permettre le versement d'honoraire de résultat qui risquent de créer une telle incitation* ».

En effet les *Contengency fees* permettent à l'avocat d'être rémunéré par un pourcentage, fixé en amont de tout résultat, prélevé sur le montant des dommages et intérêts obtenus. L'avocat dispose d'une chance d'obtenir une rémunération plus que confortable. Cependant en cas de défaite aucun honoraire ne lui sera du. L'Union a eu peur qu'un tel système de rémunération pervertisse les stratégies de défense, en ce que l'intérêt de l'avocat prédominerait au regard des enjeux économiques, sur les intérêts de ses clients. Des études ont montré que les honoraires pouvaient dépasser 30% des sommes alloués par le juge⁷⁵.

L'Union européenne a aussi craint l'observation d'un démarchage de la part des avocats près à intenter n'importe quelle action au regard du potentiel résultat, et faire naître ainsi des actions n'ont pas abusives mais fantaisistes. Elle vielle à « *éviter toute incitation économique encourageant les recours reposant sur des spéculations* »⁷⁶. Dans l'affaire précitée Air Cargo ayant donné lieu à 253 millions de dommage et intérêt le pourcentage d'honoraire était de 15%.

Une dérive supplémentaire dans la fixation des honoraires née des dommages et intérêts payables en nature. En effet par le biais de transaction les entreprises s'engagent à rembourser l'équivalent du préjudice subi en coupon de consommation. Les coupons de consommation sont très courants aux États Unis⁷⁷. Or des études américaines ont montré que les consommateurs ne sont que très rarement indemnisés. Par exemple dans l'affaire du cartel des transports américains aériens domestiques,⁷⁸ seulement 10% des membres de l'action avait réclamé son dû. Les entreprises y sont donc favorables en ce que, tout en fidélisant leur client (victime ?), elles déboursent en réalité moins que ce à quoi elles s'étaient engagées par voie de transaction. Les avocats quant à eux touchent tout de même un pourcentage sur la somme que représentent ses coupons. Dans l'affaire précitée, le montant de la transaction s'évaluait à 400 millions de dollars. Les honoraires d'avocat étaient fixés à 14,4 millions.

Une action abusive pourrait porter atteinte à la réputation des entreprises. L'Union tente de préserver leur intégrité en ne provoquant pas l'ouverture d'actions successives et illusoires. Encore une fois un juste équilibre est trouvé : les entreprises ne doivent pas être exposées à de tel scandale pour leur santé économique, alors que l'action au fond aurait très peu de chance d'aboutir.

⁷⁵ R.H.LAND et J.P.DAVIS "Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases" University of San Francisco School of Law, research Paper No.2010-07.

⁷⁶ Recommendation. opt.cit.

⁷⁷ Attorneys' Fees—CAFA § 1712(b), (c) (class action fairness act), *upons and Injunctive Relief*: If a proposed settlement provides for coupons and for equitable or injunctive relief (an agreement to withdraw or alter advertising, e.g.), attorneys' fees may be based in part on the value of the coupons redeemed and in part on the lodestar method.

⁷⁸ Domestic Air Transportation Antitrust Litigation 137 FRD 677 (N.D ga 1991).

Le danger réside dans la combinaison des deux règles précitées : les dommages et intérêts punitifs exorbitants sur lequel les honoraires des avocats sont imputés. Les *Contingency fees* n'auraient peut-être pas été si scandaleux et nocifs dans les systèmes européens en ce que les dommages et intérêts n'atteindraient jamais des sommes si alléchantes. La première interdiction aurait peut-être suffi à paralyser les dérives. Cependant en l'absence de *Contingency fees*, une question se pose : Qui finance l'action collective ? En effet les avocats sont prêts au regard du profit espéré à avancer les frais de procédure. Or le critère du financement de l'action n'est pas sans intérêt au regard de l'efficacité du *private enforcement* et de l'action collective. C'est sans doute pour cette raison qu'il a été possible de relever une hésitation de la part de la Commission dans sa recommandation de 2013 concernant ce mode de rémunération.

En ce qui concerne la problématique du financement de l'action, une troisième caractéristique du système américain doit être abordée.

PARAGRAPHE 3. "LOOSER DO NOT PAY WINNER'S COST"

Le système américain ne prévoit pas le principe européen suivant : le perdant prend en charge les frais de justice. (*loser pays winner's cost*)

Or en matière d'action collective les coûts habituellement supportés par une partie pourraient être relativement élevés, notamment au regard du nombre de demandeurs. Le rapport réalisé par le réseau européen d'expert en droit, *Trans Europe Experts*, supposait déjà que le principe du *loser pays*, était à priori un garde-fou contre les actions abusives. En effet, tant que la victime n'a pas une légitimité d'action et donc une probabilité de réussite, ce principe la dissuadera d'entrer en justice au risque de payer l'intégralité des frais de procédure (y compris ceux de son adversaire)

A contrario, il était aussi relevé que ce même principe pouvait à lui seul constituer un obstacle à la poursuite des entreprises anticoncurrentielles, pour deux raisons.

D'abord, comme l'illustre l'action de l'UFC dans l'affaire des Cartels de téléphonie mobile⁷⁹, les coûts de procédure peuvent conditionner l'action. L'UFC qui a choisi a dû prendre en compte ce critère financier comme critère déterminant la juridiction à saisir. Elle a ainsi opté pour le Tribunal de Commerce et non pour le TGI à raison du mode de calcul des dépens auxquels peuvent être condamnés l'une des parties. Devant le TGI la somme susceptible d'être allouée à ce titre était plus élevée⁸⁰.

⁷⁹ CA pole 5 chambre 11, du 22 janv.2010 n° 08 09 844.

⁸⁰ Oxford Economics p.138, (60 000 euros pour 10 000 mandants) *Op.cit*

De manière plus factuelle, il est bien connu que celui qui a moralement et actuellement raison n'a pas forcément gains de cause et que les asymétries de puissance peuvent conditionner le jugement. En effet un groupe de victime sans moyen n'aura pas la capacité matérielle et intellectuelle de rapporter la preuve de la pratique blâmable. Inversement, les entreprises avisées, affutées et habiles avec les règles économiques, peuvent parfaitement montrer patte blanche... Malheureusement « *Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* » (*La Fontaine*). En effet la question de la prise en charge des frais de justice pour le perdant peut être un frein pour les consommateurs d'agir, dans la peur de ne pas pouvoir, in fine, prouver leur préjudice. En plus d'avoir été volés par la pratique, ils se verraient dans l'obligation de déboursier des frais supplémentaires. Le risque inhibe ainsi l'intention.

Il ne faut pas pour autant lui retirer toutes ses vertus, le principe du « *looser pays* » permet de tout de même de dresser un garde-fou contre les actions abusives, de préserver la réputation des entreprises, de désengorger les tribunaux en responsabilisant l'action. Le principe du *Looser pays* peut à la fois servir ou desservir une multitude d'intérêts antagonistes. C'est au regard de ses considérations que la question du financement de la procédure a longtemps fait débat.

Le Parlement européen en 2012, évoquait cependant un avis hostile à ce principe. La Commission en 2013 était convaincue que ce principe devrait « *faire partie de l'approche européenne et recommande dès lors son application dans les actions collective* ».

Aux Etats Unis il n'existe pas la règle selon laquelle le perdant paie l'intégralité des frais (*looser do not pay*). Cependant le Clayton Act a introduit une nuance dans cette règle : la règle de « *one way cost* », qui consiste à permettre au plaignant de recouvrer ses frais de procédure s'il gagne, mais l'inverse n'est pas possible. En d'autres termes, le défendeur, donc les entreprises, ne pourront jamais prétendre au remboursement de leur frais lorsque les plaignants (victime, consommateur, entreprise intermédiaire) sont déboutés. Ainsi en cas de défaite, les victimes d'infraction concurrentielle n'ont pas à rembourser l'intégralité des frais de justice, elles sont donc incitées à agir sans crainte. Dans le cas inverse si la cause est légitime, vraisemblable, vérifiable et condamnable l'entreprise sera en charge des frais de procédure. Cette règle unilatérale à la faveur de la victime est très représentative de l'idéologie américaine. Bien que de nombreuses doctrines ne cessent de répéter les aspects néfastes de la *class action* américaine, on ne peut pas lui enlever son efficacité. Les Etats Unis ont pris parti et édictent des règles d'une efficacité extraordinaire. En effet, les coûts de procédure sont en réalité pensés pour favoriser l'action du consommateur. Peu importe de savoir si le choix est moralement acceptable ou non, il est indéniable qu'au moins il est tranchant. Le système américain préfère quelques abus au prix d'une procédure efficace, fonctionnelle, et protectrice, plutôt qu'un procédé trop timide, qui préfère inhiber tout abus au détriment de l'effectivité de l'action.

Le livre Blanc préconisait une situation intermédiaire qui consistait à laisser au juge le soin d'apprécier et de condamner aux dépens en prenant en considération les disparités financières. Cette solution apparaît la plus modérée et la plus adaptée, puisque l'on sait que les règles rigides ont forcément des effets pervers. Il faut aussi rester conscient qu'une règle trop souple laisse place à une insécurité juridique. Cette proposition apparaît ainsi comme « le pire des régimes à l'exception des tous les autres » il est regrettable qu'elle n'ait pas été retenue ... Le Conseil Economique et Social préconisait lui le recours à un fonds public alimenté par tous les dommages et intérêts alloués qui n'auraient pas été réclamés.

La dernière particularité du système américain repose dans le mode de composition du groupe.

PARAGRAPHE 4. OPT IN OU OPT OUT ?

Les enjeux financiers (fixation des honoraires ou évaluation du montant des dommages et intérêts) découlent aussi du nombre de victimes. Le nombre de victimes d'une action collective peut dépendre du mode d'adhésion à l'action. Aux USA le consommateur est défendu tacitement. Il bénéficiera de l'action tant qu'il ne manifeste pas la volonté contraire (*opt out* ou *option extérieure*). Ceci accroît donc le nombre de victimes potentielles et le montant des dommages et intérêts.

La Commission dans sa Communication de 2013, fidèle à l'avis du Parlement, défend le principe de l'adhésion expresse (*opt in* ou *action intérieure*), « *comme unique approche européenne adaptée au recours collectif* ». L'approche par consentement expresse, sous-entend que le groupe ne compte que les personnes physiques ou morales qui manifestent expressément leur volonté de devenir membres. Celle qui n'a pas revendiqué sa volonté de faire partie du groupe, conserve sa liberté d'intenter une action individuelle.

Désormais l'Union est plus nuancée. En effet, elle reconnaît que le système d'*opt out* permet une meilleure réparation et offre un recours effectif à tous les consommateurs lésés, là où le système d'*opt in* effectue un tri dans la réparation. Cependant ce dernier respecte quant à lui le principe du contradictoire, puisque les entreprises en défense sauront exactement et préalablement le nombre de victimes poursuivantes. Ainsi l'Union conclut qu'il « *est souhaitable que le système par consentement tacite existe, au moins à titre facultatif* »⁸¹ tout en faisant du système par consentement expresse la méthode principale.

A travers tous ces différents principes, l'intention de l'Union est louable en ce qu'elle a tenté d'ériger des garde-fous afin que « *le droit d'accès à la justice ne se transforme pas en une incitation au procès* »⁸².

⁸¹ Communication, point 3.4. *Op.cit.*

⁸² M.Stasi.

Cependant il est important de préciser qu'aucun de ces principes n'apparaît en soi dangereux et pervers. C'est leur interdépendance et leur imbrication qui représente une éventuelle menace à la rationalisation de telle action. Les honoraires de résultats sont dangereux en ce qu'ils sont perçus sur des sommes astronomiques dues au caractère punitif du dommage. Et ces derniers dommages sont d'autant plus importants au regard du grand nombre de victimes facilité par le système d'opt out. L'analyse de ces principes montre que pris isolément et replacer dans nos systèmes juridiques, de tels effets néfastes n'auraient peut-être jamais eu lieu. C'est le cas par exemple des honoraires de résultats, qui aurait pu servir à financer l'action sans jamais être outrageant puisque les sommes allouées se limiteraient au préjudice matériel subi. Le Parlement, quant à lui, prend acte des efforts accomplis par la Cour Suprême américaine en vue de limiter les procédures inutiles et vexatoires mais fait valoir, malgré ce, que l'Europe doit s'abstenir d'instaurer un système de procédures collectives de ce type. Malgré une culture juridique globale commune aux Etats membres, certaines nuances apparaissent dans les traditions juridiques européennes. Il est désormais question de présenter rapidement les divergences et convergences entre les Etats européens dans l'instauration des procédures collectives et la mise en œuvre des principes édictés par l' UE.

SECTION 3. TOUR D'HORIZON DES DIFFÉRENTS SYSTEMES NATIONAUX

Sur l'ensemble des treize pays européens ayant mis en place une « *class action* » seuls deux ont opté pour le système de *l'opt out*⁸³.

A titre introductif l'action de groupe est ouverte selon les recommandations européennes à « *plusieurs personnes physiques ou morales, ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation* » Ces personnes morales peuvent être des PME ou entreprises en tant que victime directes ou intermédiaires. Les personnes physiques sont en général les consommateurs finaux et les entités, sont en principe, des associations et organisations agréées. Dans ce panel de choix, différentes options ont été choisies par les Etats membres, créant ainsi des recours collectifs « *qui diffèrent largement selon les états* »⁸⁴.

Il est possible de relever que dans les treize Etats membres bénéficiant des actions de groupe, un certain développement est à noter, notamment depuis 2005. En effet, les Pays Bas ont introduit une action de groupe en 2005, suivis de la Bulgarie en 2006, de la Finlande et la Grèce en 2007, et enfin du Danemark en 2008. L'un des Etats les plus retardataires est la France qui ne s'est doté d'un tel mécanisme qu'en 2014.

L'action collective n'est pas pour autant ouverte à tous les domaines du droit. Seuls le Portugal, la Suède et l'Angleterre ont choisi de ne pas la limiter à des matières particulières.

⁸³ Autriche, Bulgarie, Danemark, France Finlande, Allemagne, Italie, Grèce, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède et Angleterre

⁸⁴ Recommandation, cons.12 *Op.cit.*

A titre d'illustration, depuis 2000, l'action de groupe anglo-saxonne a vocation à s'appliquer à **toutes** les actions civiles quel que soit leur domaine. Ainsi, l'action de groupe est ouverte pour la réparation des préjudices nés d'une infraction aux règles du droit de la concurrence constatées par l'OFT⁸⁵. L'action de groupe peut être intentée aussi bien par une association homologuée que par une ou des personnes physiques agissant au nom de plusieurs autres. Pour l'année 2011-2012, l'*Office of Fair Trading* a évalué les sommes allouées par des décisions rendues en matières de concurrence à la hauteur de 965 Millions d'euros. Le « consumer Right Bill » a introduit le mécanisme de *l'opt out* pour les actions de groupe depuis le 1^{er} octobre 2015.

L'Espagne a, elle aussi, introduit une telle action en 2000, modifiée en 2007. Cependant les victimes de pratiques anticoncurrentielles (101 et 102) sont exclues du champ d'application. L'action est limitée aux violations du droit de la consommation. De ce fait, il sera seulement possible d'agir pour les victimes de concurrence déloyale, ou de clause abusives. De plus, comme en France seul le préjudice matériel est réparable. Comme il le sera développé ci-dessous la France n'a pas permis la réparation du préjudice subjectif. A titre d'informatif, les honoraires de résultats ou *Contengency fees* sont autorisés en Espagne dans le cadre des actions collectives. Au regard de la directive européenne, et de la recommandation, l'Espagne aura certainement à revoir sa législation en la matière et à ouvrir ce recours aux victimes de violation du droit de la concurrence.

Le droit italien (2010) quant à lui a permis à toutes les sortes de victimes d'agir : consommateur, association ou professionnel. On estime que l'action de groupe italienne n'est pas satisfaisante, en ce que les coûts sont supportés par les plaignants. Plus d'une vingtaine d'actions auraient été engagées mais aucune n'aurait donné lieu à une réponse positive et à un dédommagement.

Cependant le modèle italien présente certaines règles intéressantes en ce qui concerne les moyens de publicité : elle prévoit que le ministère de l'économie peut directement procéder à la publication du recours sur son site internet. Ceci permet en effet une popularisation de l'action et facilite sa connaissance par les particuliers.

Le Portugal présente un modèle intéressant donnant la qualité d'agir à toutes les victimes, et dans tous les domaines. Ces dernières détermineront leur présence dans l'action de groupe par le système de *l'opt out*. Lors de l'introduction de l'instance aucun frais ne pèse sur le demandeur. Le financement par des tiers n'est pas interdit, mais l'on retrouve la prohibition des *Contengency fees*.

Ce bilan expose de nombreuses différences. De plus il est possible de constater que les prohibitions européennes ne sont pas toujours suivies par les Etats. Ceci s'explique par deux raisons. La première réside

⁸⁵ L'organise publique anglais, homologue de l'autorité de la concurrence française.

dans le fait que souvent, les législations nationales précèdent les textes européens, il y a donc espoir à modification. La seconde est due à l'absence de force contraignante de la recommandation. Certains principes fondamentaux, tel que la prohibition des *Contingency fees* ne sont évoqués que dans la recommandation. La directive restant muette sur ce sujet, n'a exprimé que l'interdiction des dommages et intérêts punitifs.

Une étude réalisée par *Oxford Economics* a montré qu'entre 1994 et 2008, l'année où le plus grands nombres d'action collective a été déposé est en 2004. Un déclin est à noter depuis cette date. De plus, très peu d'affaires représentent un dédommagement supérieur à 100 000 euros. La majorité des affaires européennes accorde en moyenne entre 100 et 1000 euros par consommateurs. (Ces études ont été faites sans la prise en compte des représentations conjointes françaises.) L'efficacité de l'action de groupe, et son utilisation dans les systèmes juridiques européens, reste donc encore à prouver.

Bien que la directive 2014/104 n'impose pas la mise en place d'un mécanisme d'action collective aux Etats membres, elle reconnaît et consacre le droit à réparation à toute personne physique ou morale-consommateurs, entreprises et autorités publiques, sans distinction et indépendamment de l'existence d'une relation contractuelle directe avec l'entreprise qui a accompli l'infraction. D'ailleurs le Danemark a ouvert l'action collective en Dommage et intérêt aux autorités publiques. Ce n'est que lorsque l'action est à leur initiative que le système d'opt out est possible.

Cependant certains Etats membres tels que la France ou l'Angleterre n'ouvrent pas l'action de groupe aux entreprises et notamment aux PME. Ceci n'est pas en soi contraire à la directive européenne, à condition qu'un recours aussi efficace et effectif existe au sein du système légal. Il est possible d'en douter au regard des obstacles au recours effectif de l'action individuelle qui ont déjà été exposés dans le cadre des développements précédents. Ici aussi une révision législative pourrait s'imposer.

De manière plus globale, l'AFEP, affirmait que l'un des systèmes sur lequel il aurait été souhaitable de prendre modèle pour l'élaboration d'un instrument européen de recours collectif était le modèle néerlandais en ce qu'il a « *en effet opté pour une approche globale puisqu'il s'applique à tout domaine, tant contractuel qu'extracontractuel, et surtout ne distingue pas selon le type de victime. Comme déjà indiqué, en droit de la concurrence, il apparaît opportun d'étendre le bénéfice des recours collectifs, au-delà des seuls consommateurs, aux entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'approche néerlandaise évite ainsi de fragmenter les outils procéduraux. Il a par ailleurs été mis en place un mode de règlement extrajudiciaire de type collectif pour les dommages de masse, dont le développement peut sembler opportun dès l'instant du moins où il s'effectue sous le strict contrôle du juge* ». Ce dernier système apparaît comme étant le plus abouti.

En conclusion, à trop vouloir combattre le spectre américain, où « *de l'aveu même de juges américains, la menace d'une action de groupe serait un chantage judiciaire répandu et quasiment incoercible* »⁸⁶, l'Union européenne a peut-être adopté un point de vue trop timide et trop restrictif de l'action de groupe, au risque de désamorcer l'éventuelle crainte qui pouvait en naître.

En effet au regard de nos traditions juridiques, certains abus n'auraient peut-être pas eu lieu. Il aurait été ainsi possible de limiter les restrictions apportées à l'action collective. L'Union n'a pas su s'approprier ce mécanisme. Elle s'est contentée de répondre à chaque critère de risque déjà identifié, sans se questionner sur la question de leur interdépendance. L'union a voulu contrer indépendamment et isolément chacun de ces critères sans prendre le temps de déterminer le degré d'influence que l'un avait sur l'autre. En soi et pris isolément aucun n'est aussi dangereux qu'il n'y paraît. La paralysie d'un seul critère pourrait suffire à sauvegarder de l'action de groupe de tout abus. L'action de groupe européenne n'apparaît donc pas comme une création originale, nourrie de considérations culturelles et juridiques, et adaptée à un certain besoin. Cette action de groupe n'est pas européenne, elle n'est que l'antagonisme quasi parfait du modèle américain.

De plus à trop vouloir préserver les traditions juridiques des ordres nationaux, l'Union a pris le risque de rechercher le « *plus petit dénominateur commun* » entre les vingt-sept états membres au prix de l'efficacité des recours collectifs⁸⁷.

A ce jour, bien qu'une analyse plus approfondie de l'action collective européenne reste à faire, il se dessine déjà un effet pervers dans la démarche européenne : à trop vouloir contrer les abus, l'UE n'a-t-elle pas vidé de sa substance l'action de groupe ? La réponse à cette question ne se trouvera que dans l'analyse précise et longtermiste des pratiques décisionnelles nationales.

Après avoir présenté l'environnement idéologique dans lequel les actions de groupe et notamment ses enjeux au regard de la protection des droits des consommateurs, il s'agit de consacrer la deuxième partie du raisonnement à une étude concrète de la mise en œuvre des actions de groupe. Cette étude sera réservée au modèle français de l'action de groupe instaurée par la loi Hamon en 2014. Il sera ainsi démontré à travers l'analyse de point précis de droit que l'action de groupe apparaît comme « *une intention louable à la mise en œuvre complexe* »⁸⁸.

⁸⁶ https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/publications_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html.

⁸⁷ Réponse de Trans Europe Experts. p.34. *Op.cit.*

⁸⁸ Y. UTZSCHNEIDER ET C.MUSSI. L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en oeuvre complexe. *Affaire Concurrence- Distribution, AJCA* 2014 220.

TITRE 2 L'ACTION COLLECTIVE À LA FRANÇAISE

L'action de groupe française a été l'aboutissement d'un long processus législatif. Il s'agit de présenter succinctement quelles sont les conditions précises d'introduction de l'action de groupe française. Il sera possible de retrouver certains principes émis à échelle européenne. Surtout, il s'agit d'évaluer si l'action de groupe, telle que conçue par la loi Hamon ne présente pas des difficultés de mise en œuvre. Sans aller jusqu'à proposer des solutions d'amélioration précises, il est possible d'identifier un grand nombre de mécanismes, choix, et processus procéduraux faisant défaut. Ainsi l'efficacité de l'action de groupe reste sujette à caution. (Chapitre 1).

L'efficacité de l'action de groupe doit être aussi questionnée vis à vis des procédures préexistantes, notamment au regard des procédures négociées. En effet, « *si toutefois les actions de groupes devaient connaître un réel succès et aboutir à des condamnations à des dommages et intérêts significatifs, les entreprises pourraient être moins tentées par la voie de la clémence* ». ⁸⁹ La problématique de la hiérarchie entre le *public et le private enforcement* fait de nouveau apparition (chapitre 2)

⁸⁹ F.BRUNET, A. DUPUIS, E.PAROCHE. L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisées au détriment de la détection des cartels. *Recueil Dalloz*, 214 p-1600.

CHAPITRE 1. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE L'ACTION DE GROUPE PREVUE PAR LA LOI HAMON

La *Trans Europ Experts* plaçait la France au premier rang des retardataires dans ce domaine. Après quarante ans de débats législatifs, il était ainsi temps pour la France de se doter d'un tel mécanisme. L'introduction de l'action de groupe devant le juge français est conditionnée à certaines spécificités procédurales (Section 1). De plus l'ensemble de la procédure est conditionné à plusieurs étapes, faisant de l'action collective une action originale (Section 2).

SECTION 1. LES CONDITIONS DE L'INTRODUCTION D'UNE ACTION COLLECTIVE EN MATIERE DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Il s'agira d'abord de présenter les conditions procédurales générales (§1) à l'introduction d'une action de groupe devant le juge français, pour ensuite analyser les conditions touchant plus spécifiquement aux requérants (§2). C'est en effet ce qui fait la spécificité de l'action collective française. Enfin il sera question de décrire le déroulement de la procédure dans son ensemble (§3).

PARAGRAPHE 1. LES CONDITIONS PROCEDURALES

A. Procédure de « *follow-on* » : Le contentieux subjectif soumis au contentieux objectif

-1. Une procédure facilitant l'action du consommateur : la présomption de responsabilité issue de la décision de l'autorité de la concurrence

Le législateur français a opté pour la procédure de *follow-on*, ou procédure consécutive. Le principe est que l'action civile (action subjective) ne peut être ouverte sans une condamnation préalable et définitive prononcée par le juge administratif (action objective). L'article L 423-17 du Code de commerce dispose que « *la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action de groupe que sur le fondement d'une décision déjà prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union Européennes compétentes qui constate les manquements* ». En l'absence décision définitive d'administrative, le juge civil se voit dans l'obligation de surseoir à statuer dans l'attente d'une condamnation ou d'un non-lieu.

L'action civile de groupe apparaît donc comme ne disposant d'aucune autonomie ni d'indépendance judiciaire. Cette dernière n'est que la conséquence d'une décision de condamnation prononcée par l'autorité de la concurrence. Cette dépendance de l'action subjective à l'action objective

est paradoxale au regard de la politique de développement du *private enforcement* : Ne conférer aucune autonomie et souveraineté à l'action civile, revient à la relayer au rang d'action accessoire, complémentaire ou facultative. *Le public enforcement* semble toujours considéré comme le seul gardien légitime des règles du droit de la concurrence. A priori l'assujettissement de l'action civile à l'action administrative semble compromettre son effectivité. Son exploitation automatique, et spontanée semble être impossible. « Cette action civile doit pouvoir se déployer de manière autonome sans être conditionnée par une action publique préalable dans laquelle la victime ne poursuit aucun intérêt propre »⁹⁰

Cependant, ce mécanisme n'est pas dénué de vertu pour autant : cette limitation procédurale vient servir a posteriori, l'effectivité substantielle de l'action civile. L'action en *follow-on* apparaît ainsi plus justifiée, pertinente et opérante. En effet le législateur ajoute qu'une fois la décision administrative prononcée définitivement « les manquements du professionnels sont réputés établis de manière irréfragable » (C.consom Art.L423-17 al 1^{er}). Ainsi, la décision administrative se drape d'une valeur probante inestimable pour le juge civile. En effet, de par l'autorité de la chose jugée (ou décidée) dont s'arme la décision administrative, le consommateur dispose d'une position procédurale avantageuse.

Premièrement le juge civil ne peut pas statuer en contradiction avec le juge administratif. Deuxièmement, le consommateur n'a plus à rapporter la preuve d'une faute (présomption). Seul le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le dommage reste à établir. Les règles classiques du contentieux de la responsabilité civile semblent donc allégées. En matière de pratique anticoncurrentielle ceci représente un important avantage pour le consommateur. En effet, les infractions anticoncurrentielles étant par nature secrètes, il apparaît délicat de rapporter la preuve d'un comportement fautif susceptible d'engager une responsabilité.

Cette solution avait été d'ailleurs proposée dans le Livre Blanc. Ce dernier préconisait de reconnaître une force de chose décidée aux décisions administratives après épuisement des voies de recours « *Le choix d'attribuer un effet contraignant à la décision de l'autorité de la concurrence s'explique pour le parlement européen, par la nécessité d'assurer une approche cohérente dans l'application du droit de la concurrence* »⁹¹. Cette cohérence ne peut être garantie que par une identité de la faute concurrentielle et de la faute civile

-2. L'inadaptation de l'action en *follow-on* aux principes juridiques français

Cette règle peut poser problème sur certains points fondamentaux. L'autorité de chose décidée des décisions administratives sur le juge civil questionne la règle de l'indépendance des juges, de la séparation

⁹⁰Note à la Commission européenne sur le Livre Vert du du Secrétariat général Vert
[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/secretariat_general_des_affaires_europeennes.p](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/secretariat_general_des_affaires_europeennes.pdf)
[df](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/secretariat_general_des_affaires_europeennes.pdf)

⁹¹ Livre Blanc. *Op.cit.*

des pouvoirs, et de la nature même de l'autorité de la concurrence. En effet il peut apparaître étonnant dans l'ordre juridique français qu'une décision administrative puisse tenir en état une juridiction civile. Au nom du principe de la séparation des pouvoirs, l'administration ne peut pas empiéter sur le pouvoir judiciaire (et inversement)⁹². D'ailleurs dans la réponse des autorités françaises au Livre Blanc, la France relevait déjà qu'« *une telle mesure modifierait profondément l'ordre juridique interne (...) dans lequel l'autorité de la chose jugée n'est pas accordée à un acte émanant d'une instance administrative, telle que l'autorité nationale de la régulation de la concurrence (...) où l'autorité de la chose jugée n'a d'effet qu'à l'égard des personnes qui étaient parties à la procédure* » En 2006, le Conseil Constitutionnel saisi pour avis à ce sujet répondait que « *la décision de condamnation prise par le conseil de la concurrence, même devenue définitive ne s'impose pas au juge de la réparation, celui-ci pourra utiliser cette dernière comme un élément utile qui contribuera à emporter sa conviction* » Une réserve était déjà émise.⁹³

Cependant, il est de pratique courante que certaines décisions du juge administratif puissent s'imposer au juge civil (Notamment les décisions du Conseil d'Etat). Mais vient alourdir la balance des arguments anti-action *follow-on*, le fait que l'autorité de la concurrence voit son statut de « juridiction » contesté. Ses qualités d'indépendance et d'impartialité, sont sans pour autant être remises en question, régulièrement questionnées. Le Conseil Constitutionnel affirme que « *la notion d'indépendance de l'autorité implique l'absence de toute tutelle ou pouvoir hiérarchique de la part du pouvoir exécutif, même si elle agit au nom de l'état et engage la responsabilité de ce dernier. L'indépendance garantit ainsi la liberté d'appréciation et de décision de l'autorité, et donc son efficacité* »⁹⁴. Or certains membres de l'autorité, dont son président, sont directement nommés par le président de la République. Ensuite et surtout, le fonctionnement de l'autorité sous-entend que les mêmes acteurs sont en charge de l'instruction et du jugement. Le Conseil Constitutionnel a rappelé que le principe de séparation des fonctions de poursuites et de jugement devait s'imposer aux AAI, telles que l'autorité de la concurrence.⁹⁵ Les décisions européennes considèrent que dès lors qu'un recours devant une juridiction nationale est possible cette règle n'est plus impérative. Bien que l'UE sauve le fonctionnement de la plupart des autorités nationales, par un « bricolage » intellectuel, la problématique reste entière en ce qui concerne le pouvoir qu'elles exercent auprès du juge judiciaire.

De nombreuses autres critiques sont identifiables : certains ont soutenu, à juste titre, que l'action en *follow-on* violait le principe du contradictoire et de l'égalité des armes devant le juge civil⁹⁶. D'autres contredisent cet argument en soutenant que l'effet contraignant ne porte que sur la question de la

⁹² Article 16 DDHC - Décision du CC° n°80-199 DC du 22 juillet 1980, relative à la reconnaissance de l'indépendance de l'autorité administrative – Arrêt CE, 13 déc. 1889 *Cadot*.

⁹³ Avis du Conseil de la Concurrence 2006. *Op.cit.* - Voir également Arrêt Cass.com, 15 oct. 1996, pourvoi n° n°1570.

⁹⁴ Décision CC° n°119-80DC du 22 juillet 1980.

⁹⁵ Décision CC° n°2011-200QPC du 2 déc. 2011.

⁹⁶ R. SAINT ESTEBEN. L'action au civil et les droits de la défense, in *Colloque la réparation du préjudice cause par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger, bilan et perspective*.

responsabilité. Ainsi, les auteurs des pratiques conservent « *le droit de discuter de l'étendue de leur responsabilité* »⁹⁷

De plus une dernière série de question apparaît : L'action civile est ouverte lorsque une décision administrative a prononcé une décision de condamnation classique ; Quid des autres décisions, par exemple lorsque l'autorité estime que le seuil de sensibilité n'a pas été atteint, quand bien même l'existence d'une faute est avérée ? Quid des pratiques néfastes mais sauvées par une décision d'exemption ?

In fine, l'action dite de *follow-on* présente bien des critiques et des questionnements. Cependant son leitmotiv premier est de lutter contre « *le découragement* » qui « *gagne les plaideurs même les plus déterminés* »⁹⁸.

La mission première de faciliter l'action des consommateurs tout en garantissant une certaine sécurité pour les auteurs des pratiques, semble largement remplie, comme le résume parfaitement Sylvia Pietrini. En effet « *l'octroi d'une force contraignante de la décision de l'autorité de concurrence sur le juge [permet] d'accroître la sécurité juridique des acteurs du marché contre le risque de décision contradictoire et d'éviter la duplication de l'analyse des éléments factuels et des questions juridiques déjà examinés par une autorité publique spécialisée et une instance de recours. En outre l'efficacité de l'action des plaignants serait améliorée considérablement en leur facilitant la preuve de l'infraction anticoncurrentielle* »⁹⁹

Cependant il semble regrettable tout de même que cette action civile ne puisse prospérer, voir exister, sans une action administrative. Consacrer l'autonomie de l'action civile aurait permis d'ancrer un peu plus dans la pratique les résolutions prises par l'Union Européenne sur le développement du *private enforcement*. On aurait pu envisager une action ouverte à tous, à tout moment et sans condition particulière, soumise à la discrétion du juge, qui lui seul aurait décidé par diligence de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision administrative. Peut-être aurait-on pu inciter le juge à rester cohérent avec la décision administrative, ou à attendre une telle décision pour favoriser la démonstration des fautes et des préjudices par voie de soft law. Ainsi, par principe, le *private enforcement* se serait vu, au moins sur le papier, renforcé.

Le système actuel n'est pas inutile, ni inefficace, mais si l'on prend le temps de lire entre les lignes, il témoigne d'un favoritisme pour l'action publique. Comme une habitude, inconsciemment, les législateurs ont encore une fois sous-estimé l'importance des sanctions civiles

⁹⁷ M.DUMARÇAY. La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles (§354) *Op.Cit.* – Voir également S.PIETRINI *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationales européennes et internationales* p.584. *Op.Cit.*

⁹⁸ VOGEL ET VOGEL. L'échec des actions de groupe en France, Pourquoi? *Consommation*, 20 mar. 2016. <http://www.vogelvogel.com/blog/l%E2%80%99echec-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi>

⁹⁹ S.PIETRINI *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationales européennes et internationales* p.584. *Op.cit*

B. Le tribunal compétent : L'action de groupe confiée à une juridiction non spécialisée

Selon l'article 423-1 du code de la consommation, l'association représentant le groupe de victime doit agir devant une **juridiction civile**. En l'absence de précision, il convient d'en déduire que l'action collective peut être portée devant n'importe quelle juridiction civile de droit commun, à savoir les tribunaux de grande instance.¹⁰⁰ A titre de rappel, les actions civiles individuelles sont portées devant des tribunaux spécialisés¹⁰¹. C'est le principe de la spécialisation des juridictions de droit commun consacré par l'article 420-7 du Code de commerce. Ainsi depuis le 1^{er} janvier 2006 seuls quelques TGI bénéficient d'une compétence exclusive en matière de pratique anticoncurrentielle. La Cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions de l'autorité.

Une première critique est ici visible. La spécialisation d'une juridiction sous-entend des compétences approfondies et complètes dans un domaine complexe et technique. Les magistrats de ces juridictions sont donc plus armés pour appréhender les difficultés techniques d'une matière : L'embarras né du caractère secret des pratiques mais principalement que toute démonstration, qu'elle soit de la preuve ou de lien de causalité, nécessite indiscutablement des connaissances en matière de économique. Or, le magistrat statuant sur l'action de groupe est un magistrat lambda qui n'est pas formé à cet exercice. Ses connaissances économiques et juridiques ne sont pas forcément adaptées ou aiguisées au droit de la concurrence. Ce défaut de formation du tribunal peut apparaître comme un facteur de risque pour la sécurité juridique en ce qu'il reste la question, qui n'est pas des plus anodine, de la quantification du dommage. (*Voir infra*)

D'ailleurs, dans le rapport Bételle et Yung¹⁰² il avait été recommandé et conseillé de donner compétence aux mêmes tribunaux spécialisés. A tort ou à raison, la pratique en fera foi, la loi du 17 mars 2014 n'a pas souhaité retenir cette règle.

Or seul le juge civil est investi du pouvoir d'indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il apparaît regrettable que ce dernier ne puisse remplir pleinement sa mission par défaut de qualification. En effet, les autorités spécialisées du droit de la concurrence, ignorent « *par nature ou par conviction* » la question de l'indemnisation des victimes¹⁰³. Leur démarche est purement fondée sur des considérations économiques. Elles excluent de leur analyse toute considération morale ou subjective.

¹⁰⁰ Article 6 de la directive 2014/104, *Op.cit.*

¹⁰¹ TGI de Paris, Lyon, Nantes, Rennes Bordeaux, Marseille, Lille, Nancy.

¹⁰² L.BETEILLE et R. Yung. Rapport d'information 26 mai 2010, n° 499.

¹⁰³ C. MARECHAL. Le volet « concurrence » de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2014, dossier 4.

Ceci étant, l'absence de compétence précise des magistrats ne constituera pas une carence, en ce que justement l'établissement de la preuve (*voir infra*) et la constatation de la responsabilité (*voir supra*) seront facilités par le mécanisme d'interdépendance entre l'autorité de la concurrence, autorité spécialisée et le juge civil.

C. Application dans le temps de la loi Hamon

Cette nouvelle loi obéit au droit commun de l'application de la loi dans le temps. Ainsi en vertu de l'article 2 du code civil, cette loi ne disposera que pour l'avenir. Cette loi ne peut pas être appliquée à des situations antérieures mais sera appliquée immédiatement après son entrée en vigueur. Plus précisément, l'action de groupe s'appliquera aux pratiques anticoncurrentielles perpétrées avant l'entrée en vigueur de la loi, n'ayant pas fait l'objet d'une décision définitive. Toutes pratiques dont l'analyse est encore pendante devant l'autorité de la concurrence le 17 mars 2014, pourra faire l'objet d'un recours collectif, même si ces dernières ont été perpétrées bien avant l'entrée en vigueur du texte.

D. Prescription

- 1. Délais de prescription

L'action de groupe est régie par les dispositions de droit commun. Elle répond ainsi à la prescription quinquennale prévue à l'article 2224 du code civil.¹⁰⁴ Le dies a quo commence à courir à compter de la décision définitive rendue par l'autorité de la concurrence. Dès lors les victimes disposent d'un délai de cinq ans pour intenter leur action en justice. (Article 423-18)

-2. Suspension de la prescription

Par ailleurs, l'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles. Le délai de prescription de ces actions recommencera à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter de la date à laquelle le jugement statuant sur la procédure d'action de groupe est définitif ou l'accord issu de la médiation est homologué.

-3. Interruption de la prescription

¹⁰⁴ Lors des travaux complémentaires une prescription biennale avait été envisagée pour le droit de la concurrence.

Pour favoriser l'action en réparation des victimes en masse, le législateur a introduit des causes d'interruption supplémentaire à celle du droit commun dans l'hypothèse de pratique anticoncurrentielle. (Article 462-7 du code de commerce). Ainsi l'ouverture d'une action devant l'autorité de la concurrence française, devant la Commission européenne ou devant une autorité de la concurrence étrangère interrompra la prescription. Cette interruption sera maintenue jusqu'à que la décision devienne définitive.

Au regard de la longueur des procédures devant l'autorité de la concurrence, cela confère à l'association protectrice des victimes une très large marge de manœuvre.

A titre d'illustration une relative aux transports publics urbains¹⁰⁵, il s'est écoulé un délai de 10 ans entre les premières opérations de visites et saisines et la notification des griefs. (Sans compter les délais supplémentaires nécessaires au prononcé de la décision). Enfin, l'affaire des Parfums a fait l'objet d'un duel judiciaire interminable, cumulant, sur plus de huit ans, quatre arrêts de Cour d'appel et trois arrêts de Cassation¹⁰⁶.

L'interprétation connue de l'article 6 de la CEDH, sous-entend que les procédures judiciaires doivent être conclues dans un délai suffisamment court afin de garantir le droit à un recours effectif. Ce point de vue se place souvent du côté du celui qui en fait la demande. Or, le principe du délai raisonnable, vient aussi en garde-fou des droits du défendeur. A trop allonger les délais de prescription, ce dernier se voit inlassablement sujet à reproche, explication ou condamnation. La prescription est un principe essentiel de notre droit fondée sur l'idée que l'écoulement du temps confère une fonction profondément extinctive¹⁰⁷. Ceci est révélateur de la conviction selon laquelle la prescription en la matière « *répond conjointement à trois impératifs classiques : elle a pour fonction, par l'interdiction d'actions tardives, de dispenser le débiteur d'apporter la preuve de sa libération (fonction probatoire), mais aussi et surtout de consolider les situations de fait (fonction sécuritaire) et de sanctionner le créancier (ou le titulaire d'un droit) négligent* » voire opportuniste.¹⁰⁸

Deux reproches sont ici à apporter : d'abord, les Etats européens et la France ont été aveuglés par les abus des voisins transatlantiques, sans avoir l'intelligence de prévenir les leurs. Ainsi ils viennent d'en créer un de toute pièce : exposant les entreprises aux poursuites civiles pendant plus de 15 ans.

Le législateur en voulant trop protéger la victime n'a pas répondu pleinement à ses fonctions. Il a dû sacrifier une partie pour une autre, alors que son rôle réside dans l'exemplarité de l'équilibre. Le

¹⁰⁵ Décision ADLC 05-D-38 du 5 juillet 2005, relative à des pratiques sur le marché de transport public urbain de voyageurs.

¹⁰⁶ Décision ADLC 06-D-04, du 13 mars 2006 - CA Paris du 27 juin 2007 – Cass du 10 juillet 2008 CA, Paris du 10 nov.2009- Cass du 23 nov.2010, CA Paris du 26 janv.2012- Cass du 11 Juin 2013 – CA du 10 avr. 2014.

¹⁰⁷. Rapport d'information n° 338 (2006-2007) de MM. Jean-Jacques HYEST, Hugues PORTELLI et Richard YUNG, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, du 20 juin 2007. Pour un droit de la prescription moderne et cohérent.

¹⁰⁸https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2014_7040/livre_3_etude_temps_7047/emprise_droit_7193/fonction_extinctive_7196/delais_prescription_31946.html

défendeur se voit surexposé. Il n'est pas question de lui garantir une quelconque immunité, mais il s'agirait de le placer dans une situation d'égalité.

Ensuite, la prescription apparaît comme une sorte de droit à l'oubli. Il y a des temps où il est bon de punir et de réparer, mais passer un certain délai il semble « *inopportun d'entreprendre des poursuites tardives (...) ces dernière seraient contreproductive, et perdrait en efficacité et à fortiori de leur sens* »¹⁰⁹. De fait ceci desservirait le but premier de la class action : prévenir, dissuader et réprimer. Dès lors qu'une peine n'est pas comprise, elle ne peut être une peine utile.

PARAGRAPHE 2. LES CONDITIONS TENANT AUX REQUÉRANTS

A. L'action à la charge d'une association agréée

L'action collective n'est pas attribuée à tout groupement, elle ne vise que les groupements de consommateurs. Déjà elle apparaît limitée en choisissant une catégorie de victimes. De plus, un second filtre apparaît en ce que les consommateurs ne peuvent pas eux même agir directement. Même si cette loi est pensée pour aider le consommateur, ce dernier n'est pas l'initiateur de l'action, il n'en est que le bénéficiaire. Le consommateur reste étranger à la procédure ; ni il ne la déclenche, ni il ne participe à l'instruction. D'ailleurs les individus composant le dit groupe ne sont pas connus des juges au moment de l'introduction de l'action. C'est pour ces raisons que la doctrine parle de « *standardisation de la procédure* »¹¹⁰. Seule une association au nom de la défense des consommateurs, sera habilitée à agir. De plus toutes les associations n'ont pas accès à l'action, seules celles qui disposent d'un agrément et qui sont représentatives au niveau national le peuvent. (Article 423-1). Les conditions d'agrément sont posées par l'article L 411-1 et R 411-1 du Code de la consommation. L'association doit en outre justifier d'une année d'existence, mener une activité effective et publique, et disposait d'au moins 100 000 adhérents. A l'heure actuelle il existe moins de vingt associations de défense de consommateurs ayant la possibilité d'intenter une action de groupe dont la plus populaire est l'UFC-Que choisir¹¹¹.

Les groupes de consommateurs doivent donc se rapprocher des associations nationales pour faire valoir leur prétention. Cependant, les associations n'ont pas l'obligation de donner suite aux plaintes qui leur sont formulées. Ceci éloigne d'autant plus le consommateur de l'initiative de l'instance. Les demandes des consommateurs n'entraînent donc pas automatiquement l'ouverture d'une action civile collective. Le droit au recours effectif semble en danger, en ce que l'action collective échappe au contrôle du consommateur. L'action tombe sous la coupe d'une entité autre que celle pour qui elle est pensée. Ainsi l'association dispose à l'instar

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰S. BEN HADJ YAHIA *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Actualisation de juin 2015.

¹¹¹ Confédération nationale du logement – Fédération nationale des associations d'utilisateur des transports – Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur – Association force ouvrière consommateur – Association Léo Lagrange pour la défense des consommateurs – Conseil national des associations familiales laïques

d'un ministère public, de l'opportunité des poursuites. Or l'association agréée, aussi fameuse soit elle, n'a aucune légitimité dans la prise d'une telle décision. Les associations de consommateurs n'ont pas à justifier d'une quelconque qualification juridique ou économique. De plus d'un point de vue plus légal, elles n'ont aucune autorité pour décider du bien fondé ou non d'une action en justice.

Il eut été plus respectueux, des principes et de l'intention législative que le consommateur puisse intenter une action à sa guise, au risque d'être débouté, en aval, par le juge et en vertu de son appréciation souveraine.

Même s'il apparaît que théoriquement, la protection des consommateurs peut être mise à mal par cette expropriation de l'action au bénéfice des associations, dans la pratique, les associations concourant à la protection des mêmes intérêts n'auront aucune raison de refuser l'action.

Ce choix se justifie dans la doctrine par l'idée de limiter les abus, en limitant les conditions d'ouverture et par conséquence leur nombre. En ôtant l'initiative de l'action aux consommateurs eux-mêmes, il a fallu désigner un substitut : Les associations. On considère que l'association a pour seul office de défendre l'« *intérêt général de consommer* »¹¹². Ainsi la protection d'intérêts consuméristes étant en cause « *il faut que le représentant soit digne de la tâche qu'il souhaite assumer et soit capable d'assumer, il faut donc qu'il ait des intérêts identiques ou similaires aux membres du groupe* »¹¹³. Pour faciliter l'action de l'association le législateur a repris la proposition de M.CALAIS AULOY, selon laquelle, l'association doit pouvoir agir sans la récolte préalable de mandat. « *Ainsi l'action pourrait s'adapter aux très grand groupes dans lequel il y a des milliers, des centaines de milliers, voire des millions de victimes. On ne peut pas obliger l'association à avertir individuellement chacune des victimes*¹¹⁴. Or si l'association ne récolte pas de mandat, au nom de quoi agit elle ? A-t-elle qualité pour agir ? Quid du principe « *nul ne plaide par procureur* » ? Ce problème est contourné par l'introduction dans la loi, de la désignation expresse des associations susceptibles d'agir. En effet l'article 31 du code de Procédure Civile dispose que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ». Ainsi pour sauver l'action de groupe, il est possible de se rattacher au principe selon lequel, la loi peut exceptionnellement reconnaître à des tiers le droit d'agir en justice pour défendre l'intérêt d'autrui tel que les actions portées par les syndicats ou les actions du ministère public protégeant l'intérêt général. L'action collective, contrairement à l'action conjointe qui était assujettie à la récolte de mandat, s'inscrit dans ce mouvement libéral.

¹¹² S.GUINCHARD. Droit et pratique de la procédure civile : Droit interne et de droit de l'Union européenne, *Dalloz Action*, ed.04/14.

¹¹³ L.BORE, Une class action à la française ? Discours in *Pour mieux réparer les préjudices collectifs* Gaz. Pal. 28 et 29 sept 2001. p.4.

¹¹⁴ *Idem* (p13).

Dans la doctrine, ce monopole conféré aux associations, a été vivement et fermement critiqué. D'abord, de nombreux auteurs ont revendiqué l'absence de légitimité des associations pour agir, aussi bien par rapport aux individus qu'aux professionnels du droit. Puis, leurs absences de moyens techniques et financiers a été analysé comme l'un des facteurs susceptibles de mettre en échec l'action de groupe à la française.

B. Les requérants exclus

L'action de groupe est limitée à l'action des associations représentatives des intérêts des consommateurs, ainsi certains acteurs juridiques en sont exclus à l'instar des avocats. En effet, le législateur a craint que le « *demandeur soit manipulé par un tiers dont les intérêts ne coïncident pas nécessairement avec ceux des consommateurs* » (voir note corse point 24). Il a donc exclu un certain nombre d'individu ou groupe, gravitant dans la sphère de l'action et qui auraient pu être perçus comme des acteurs naturels de l'action de groupe.

-1. Les avocats

En ce qui concerne l'exclusion des avocats, le législateur français a voulu éviter les dérives américaines. Comme il l'a été expliqué, les avocats transatlantiques s'octroient des rémunérations plus que confortables, en fixant par voie de convention le pourcentage qu'ils obtiendront des sommes allouées au titre de dommages et intérêts. Ainsi il a été démontré que l'action de groupe a pu servir à rémunérer les avocats sans toujours permettre aux victimes d'être indemnisées de leur préjudice¹¹⁵. L'aspect lucratif d'une telle action, avait pour risque, que les actions intentées le soient au nom d'intérêt personnel de l'initiateur, au détriment de l'intérêt collectif des bénéficiaires de l'action. Ainsi, les exclure permettait de réaffirmer que « *l'action de groupe vise la protection des intérêts consommateurs non ceux des professionnels* »¹¹⁶.

De plus, ce risque semble accru du fait que la loi Hamon, pour la première fois en France a autorisé le recours à certaines formes de publicités pour les avocats. Un décret permet désormais à un avocat de démarcher personnellement un client, pratique strictement prohibée jusqu'à présent¹¹⁷. Les deux réformes de la loi Hamon apparaissent donc antagonistes. L'avocat ayant une plus grande couverture publicitaire et médiatique, pourrait d'autant plus tenter « de démarcher » des groupes de consommateurs victimes, et de faire de l'action de groupe, un simple commerce fructueux. Le Barreau c'est violemment opposé à cette prise de position. Selon une majorité de la profession, l'avocat était représenté comme un opportuniste diabolisé, et facteur premier de l'insécurité juridique au détriment des règles de déontologie, conçues pour faire barrière à ces types de dérives. Me Kami Haeri, a d'ailleurs précisé qu'il n'y avait aucune chance de dérive du à « l'appât

¹¹⁵ MONTFORT. Action de groupe à la française, garantir l'accès au juge, *Gazpal* 15 et 16 mai 2013, p 27.

¹¹⁶ S.BEN HADJ YAHIA, p 44. *Op.cit*

¹¹⁷ Décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats -Article 3 bis de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par l'article.

du gain » puisque « *tout simplement le pacte de quota litis total attribuant pour seule rémunération aux avocats un pourcentage du montants des indemnités n'existe pas* »¹¹⁸.

Chacun prêchant pour sa paroisse, il est important de préciser que le risque n'est pas tout bonnement désamorcé. En effet, la loi interdit la fixation des honoraires sur cette seule base de pourcentage pris sur la somme allouée. Cependant, il est possible pour les membres de la profession de se faire rémunérer par un montant fixe et un montant variable. Ce dernier peut, lui, être un pacte de quota litis. Ainsi, il est possible d'envisager la pratique suivante : Une rémunération fixe, parce qu'elle est obligatoire, symbolique et insignifiante, cumulée à une rémunération variable exorbitante. Le client ne peut qu'accepter, et l'avocat contourne le texte tout en s'exposant à une rémunération importante.

Il peut d'ailleurs apparaître étrange que des avocats, professionnels du droit, soient exclus d'une action en justice au détriment d'une association, en situation de monopole sans aucune compétence affirmée. D'autant plus que les règles de déontologie prévoient déjà et sans avoir attendu l'introduction de l'action de groupe des prescriptions veillant à lutter contre les conflits d'intérêt. L'avocat n'est jamais censé, que ce soit en action individuelle ou collective inciter à des procès perdu d'avance. Cette distance préconisée pour l'avocat est déjà prescrite¹¹⁹. Ainsi, « *la mise en œuvre de l'action de groupe suppose, par conséquent que celle-ci ne soit pas justifiée par la recherche d'un intérêt personnel incompatible avec l'indépendance nécessaire de l'avocat, il est donc surprenant que le législateur écarte les avocats alors que leur fonction, leur responsabilité et leur organisation les désignent comme les acteurs naturels de l'action de groupe* »¹²⁰.

L'exclusion des avocats n'est pas exacte, ces derniers peuvent effectivement jouer un rôle dans le cadre d'une telle action, en ce que l'association se retournera elle-même vers des praticiens professionnels pour supporter son action. Seule l'initiative de l'action leur est interdite. Ils peuvent participer indirectement à l'action en représentation l'action de l'association

Il est possible de noter dans le travail préparatoire une réflexion intéressante par sa nuance : il a été suggéré de conférer l'initiative de l'action aux avocats, mais à titre Pro Bono. Ces derniers contrairement à l'association auraient d'abord des capacités techniques et intellectuelles, puis pourraient avancer les frais de l'action. Cette solution aurait pu être envisageable. De plus dans les faits rien n'interdit à un avocat connaissant l'existence d'un préjudice et de victimes de proposer à une association de consommateur d'engager une procédure.

¹¹⁸ LE PETIT JURISITE «Action de groupe : le nouveau fer de lance de la protection des consommateurs » 10 fév.2015.

¹¹⁹ COULON. La conscience du juge d'aujourd'hui in, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, 1999. Ed. PUF p 336.

¹²⁰ Maître VATIER, Le Petit Juriste.

-2. Les autres associations

Les associations qui ne sont pas agréées ou ne défendant pas spécifiquement les intérêts consommateurs sont elles aussi exclues de l'action. Certains d'entre elles sont allées jusqu'à soutenir que le monopole conféré aux associations agréées constitue une rupture du principe de l'égalité. Il est, en effet, considéré que cette différence de traitement, entre associations classiques et associations « spéciales » n'est justifiée, comme le requiert la Constitution, par aucune différence de situation. Des QPC ont été annoncées se fondant sur l'atteinte au recours juridictionnel et à la liberté d'association, au motif qu'une telle action serait soumise à une autorisation administrative (l'agrément)¹²¹. En l'état du droit, aucune QPC n'a encore eu l'occasion d'être soulevée.

Le monopole conféré aux associations exclut aussi les PME. Cette exclusion sera traitée dans les paragraphes suivants.

C. Le consommateur et la revendication de l'appartenance au groupe

Le groupe n'est pas précisément défini dans les termes de la loi. La loi fait référence aux victimes « *placées dans une situation similaire ou identique* »¹²². Il est aussi obligatoire qu'il y ait plus de deux victimes.

Il existe, comme exposé précédemment (faire référence) deux modèles de revendication de l'appartenance à l'action. Le législateur français a opté pour le système de l'*opt in*. Il est question d'un système où le groupe est défini de manière abstraite, dont les membres peuvent se faire reconnaître par le biais d'une revendication volontaire à l'appartenance du groupe. Le juge va d'abord définir le groupe théoriquement, en précisant les conditions nécessaires à ce que le consommateur l'intègre, ensuite il sera constitué concrètement par les consommateurs qui individuellement adhéreront au groupe, et donc à l'action. Il est dit dans la doctrine que le groupe est d'abord constituer *objectivement* puis *subjectivement*¹²³.

Il est possible d'identifier un avantage et un inconvénient à ce choix. D'abord, le système de l'*opt in* apparaît plus restrictif que le système opposé de l'*opt out*. Dans ce dernier, le groupe est défini de manière globale judiciairement. Tout consommateur y appartenant (selon certains critères) apparaît comme hypothétiquement créancier d'une indemnité. Chaque membre peut donc obtenir réparation du moment où il n'exprime pas la volonté contraire. « *Le groupe intègre par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié* ». ¹²⁴

¹²¹ L. NEUR. Action de groupe : atteinte au principe d'égalité. *Le Point.fr*, le 22 juillet 2013

¹²² Art. L423-1 C.Consom.

¹²³ Fasc 15- Actualité : Introduction de l'action de groupe en droit français. *Jurisclassseur Concurrence – Consommation*, 20 mars 2014. p.8.

¹²⁴ G.CERUTTI et M.GUILLAUME. Rapport sur l'action de groupe du 16 déc.2005.

Ainsi ce système apparaît quantitativement plus protecteur en ce qu'il procède à un tri moins restreint des victimes de pratiques anticoncurrentielles et que tous les individus correspondant aux critères appartiennent de facto au groupe. En l'absence de désistement exprès il y a autant de consommateur hypothétique que de consommateurs avérés. Cependant et in fine, le nombre de consommateurs agissant n'est pas forcément le même que le nombre de consommateurs indemnisés.

Dans le système de *l'opt in*, le nombre de consommateurs indemnisés et le nombre de consommateurs constituant le groupe est identique car seuls ceux qui se sont manifestés délimitent le groupe. Selon la doctrine la loi « a pris le parti d'une efficacité normative contre celui de l'efficacité substantielle au risque de perdre de son caractère préventif ». En limitant leur nombre par la nécessité d'adhésion exprès des victimes, le caractère préventif se voit affaibli. En effet, puisque les sommes imposées correspondront au montant du dommage matériel multiplié par le nombre de victimes revendiquées, plus il y a de victimes, plus il y a de craintes.

Le système de *l'opt in* apparaît tout de même très satisfaisant en ce qu'il permet de respecter indiscutablement les droits des justiciables. En effet, aucune décision de justice ne pourra faire autorité sur un consommateur –victime dès lors qu'il n'y aurait pas consenti. Le système de *l'opt out* à contrario, écorche les principes généraux de la procédure civile française, puisque un justiciable peut se voir lié par une décision de justice émanant d'une procédure à laquelle il n'a pas pris parti.

En ce qui concerne le déroulement de la procédure en France, le moment où le consommateur est en mesure de revendiquer son appartenance au groupe n'intervient que tardivement dans l'avancée de la procédure.

SECTION 2. LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE EN FRANCE :

La procédure à suivre dans le cadre de l'action collective peut revêtir deux formes : une procédure ordinaire, qui apparaît comme la procédure de droit commun (§1) et une procédure simplifiée en tant que procédure dérogatoire. (§2) La médiation a aussi sa place parallèlement et subsidiairement aux actions judiciaires classiques (§3)

PARAGPHE 1. LA PROCEDURE CLASSIQUE : UNE ACTION DEUX JUGEMENTS

A. La phase n° 1 du jugement : une pluralité d'objet

L'article L.423-1 du Code de la consommation précise que l'action de groupe « est exercée conformément aux dispositions du Code de procédure civile ». A ces principes sont apportées quelques spécificités. Dans la même

décision le juge constate la responsabilité, détermine le groupe de consommateur ainsi que les mesures de publicité pour avertir le consommateur.

-1. L'établissement de la responsabilité du professionnel

D'abord le juge statue sur la responsabilité du défendeur. Il doit rechercher si les conditions prévues à l'article L423-1 sont réunies. Le cas échéant le juge reconnaît ou non la responsabilité du professionnel. A ce stade l'association a dû en vertu de l'article L423-3 du Code de la consommation présenter de manière exhaustive « *les cas individuels au soutien de sa cause* ». A titre de rappel, le juge est amené à statuer sur l'étendue de la responsabilité du professionnel en cause mais dans une simple optique indemnitaire et non punitive. S'inscrivant dans les règles de la responsabilité civile de droit commun il est ici nécessaire de prouver la faute, le dommage et le lien de causalité. Ces preuves sont censées être avancées, rapportées, et appuyées par l'association à l'initiative de l'action. La procédure reste comme à son habitude accusatoire : *Da mihi factum tibi dabo jus*. Le juge mène le procès de manière classique.

Cependant en matière concurrentielle, la responsabilité du professionnel est déjà constatée du fait de la décision de l'autorité de la concurrence devenue définitive. Ainsi cette condamnation par l'autorité administrative constitue une preuve irréfragable des manquements du professionnel. Seul reste à établir, la gravité du manquement. Comme le précise Luc Châtel la procédure de *follow-on* (voir supra), « *présente l'avantage de la simplicité et de l'efficacité à la fois pour le plaignant et pour le juge civil puisque la question de la preuve de la pratique, toujours délicate à établir est en quelque sorte tranchée* »¹²⁵.

Dans les domaines des pratiques anticoncurrentielles la détermination de la responsabilité sous-entend, notamment en matière d'entente, d'apprécier l'étendue de la responsabilité de chaque professionnel en fonction de la participation respective de chacun à la pratique anticoncurrentielle. Ici peut apparaître une difficulté, puisque lorsque l'entreprise a procédé en amont à une procédure de transaction ou de non contestation des griefs, procédure qui vise à une diminution d'amende, le juge civil devra faire la part des choses, puisque ce n'est parce que l'amende est moindre que la responsabilité se verra atténuée.

Dans ce contexte, une fois l'étendue de la responsabilité du professionnel appréciée, le juge doit ensuite définir le groupe de consommateurs à indemniser (par exemple, tous les clients d'une société qui lui ont acheté tel produit à telle période) et en fixer les critères de rattachement.

-2. La détermination du groupe

¹²⁵ Vers une action de groupe à la française. *Concurrences* n° 2-2008 pp 19-49.

Le groupe n'est pas défini précisément par la loi Hamon. Feront partie du groupe, les victimes « *placées dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles* » (Art. L423-1). C'est envers ce groupe, tel que reconnu par le juge au cas par cas, que le professionnel verra sa responsabilité engagée. Le juge fixe les critères qui permettent à chaque consommateur individuel de se voir rattacher au groupe et à l'action. Tous les clients auxquels a eu affaire le professionnel ne feront pas forcément partie du groupe. Tous n'ont pas subi de dommage du fait des pratiques anticoncurrentielles.

-3. Détermination du préjudice subi par les consommateurs

Toujours dans ce même jugement, le juge doit déterminer les préjudices devant être réparés pour chaque consommateur composant le groupe ou chaque catégorie de consommateurs, et fixer le montant de l'indemnisation et les modalités de calcul de celle-ci¹²⁶

-4. Les mesures de publicité

Cette première décision déclenche les mesures de publicité. Les associations ont désormais le droit d'avoir recours à la publicité du jugement statuant sur la responsabilité et sur la détermination du groupe, pour diffuser l'existence de l'action et la porter à la connaissance des consommateurs victimes. Le juge indiquera donc toutes mesures à adopter pour permettre la diffusion du jugement. Ceci est l'un des principaux apports de l'action de groupe vis à vis des systèmes précédents, notamment avec le dispositif jusqu'alors le plus utilisé de la représentation conjointe. La Cour de cassation avait en 2011 refusé le recours à « *tout appel public par le moyen de communication de masse ou par lettre personnalisée* »¹²⁷. Dans le cadre d'une action de groupe, l'association pourra avoir recours à n'importe quel moyen de communication (internet, média, email, presse papier, presse radio, télévision), lui offrant ainsi une bien plus grande notoriété. A titre d'exemple un jugement prononcé dans le cadre d'une action de groupe (non spécifique au droit de la concurrence) avait été publié dans « *les magazines L'Obs, Le Point, L'Express, sur une pleine page et trois semaines de suite et en première page des journaux : Le Monde, Le Figaro, Libération, Le Parisien, L'Humanité, sur une demi page, une semaine de suite* »¹²⁸.

Ce mode de diffusion du jugement a d'ailleurs été questionné. Toujours dans un souci d'impartialité entre les victimes et les auteurs des pratiques anticoncurrentielles, il s'est posé la question de savoir si le recours au moyen technologique pour permettre la publication ne portait pas atteinte à la présomption d'innocence et aux droits du professionnel. La communication de la Commission en 2013 abordait cette problématique, en affirmant que bien qu'il soit crucial d'assurer une bonne information sur les actions collectives, « *on ne saurait*

¹²⁶ Art. L423-3 C.Consom.

¹²⁷ Arrêt Cass. Civ.1 du 26 mai 2011 n°10-15-676.

¹²⁸ Arrêt TGI Paris du 27 janv. 2016 n°15/00835.

*toutefois négliger le fait que toute annonce publique de l'intention de former une action collective en justice est susceptible de nuire à la réputation du défendeur qui pourrait avoir des effets néfastes sur sa situations économiques*¹²⁹ (communication 2013) Ainsi les parties prenantes à la communication précisait l'importance du rôle du juge dans le contrôle du respect de cette obligation. De plus elle préconisait que « *la diffusion d'information devrait assurer une équilibre entre la liberté d'expression et le droit d'accès à l'information d'une part et de la protection de la réputation de la partie défenderesse d'autre part* »¹³⁰.

Le Conseil Constitutionnel a répondu dans sa décision de 2014 que ceci « *ne constituait pas une sanction ayant le caractère d'une punition* » pour le professionnel, mais que ce mécanisme était « *destinée à permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti* ».

B. La Phase n°2 : l'adhésion au groupe et l'indemnisation des victimes

L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation donné au profit de l'association mais n'implique pas que le consommateur adhère à cette association¹³¹.

Le jugement rendu sur la responsabilité du professionnel aura 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.¹³² Une fois que le groupe est constitué d'individu ayant manifesté leur volonté d'obtenir réparation, le juge statuera sur le montant des dommages et intérêts de chaque consommateur. Ce n'est qu'à partir de la publicité du jugement et leur adhésion au groupe que les consommateurs peuvent revêtir la qualité de partie. Ils étaient jusqu'alors étrangers à l'instance.¹³³

Ce décalage temporel entre le jugement sur la responsabilité et l'adhésion au groupe peut être problématique: En effet, le juge va donc définir les conditions de la responsabilité du professionnel vis à vis d'un groupe qui n'est pas encore constitué. A titre d'information le juge américain se trouve dans une situation tout autre puisqu'il connaît à l'unité près les composantes des groupes à ce stade la procédure. Certains dans la doctrine ont soutenu que ce système amenait le juge à rendre des arrêts de règlements. En d'autres termes, à ce stade le juge ne peut que statuer in abstracto et indépendamment des parties au litige, de leurs situations et de leurs prétentions individualisées¹³⁴. D'autres considèrent qu'il ne peut y avoir d'arrêt de règlement en ce qu'en matière d'action de groupe le jugement prend un compte un certain préjudice en rapport avec un certain

¹²⁹ Communication, *Op.cit*

¹³⁰ *Idem*

¹³¹ Art.L423-5 al 3 et 4 C.consom

¹³² Art. L423-21 C.consom.

¹³³ Art.L423-21 C.consom

¹³⁴ Les arrêts de règlements sont prohibés à l'art.5 du code civil.

groupe (même si les individus qui le composent ne sont pas encore identifiés)¹³⁵. Ce jugement ne peut de fait s'appliquer qu'à une espèce donnée. La décision du juge apparaît donc circonscrite.

De plus cette dualité de jugement pose problème au regard du principe du contradictoire. En théorie, le défendeur est susceptible de voir engager sa responsabilité, sans avoir la possibilité de connaître les parties adverses. Dans cette situation le professionnel « se trouve dans une situation d'asymétrie des prétentions : il est confronté à des demandes sans savoir si, par exemple il pourra opposer à son défendeur réel des arguments, des fins de non-recevoir ou des moyens de défense au fond »¹³⁶. Le professionnel pourra soulever ses difficultés a posteriori, devant le juge ayant statué sur la responsabilité à l'occasion de la mise en œuvre du jugement¹³⁷.

La loi Hamon a aussi prévue une procédure allégée lorsque la connaissance des individus composant le groupe est plus aisée.

PARAGRAPHE 2. LA PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

En vertu de l'article L.423-10 du Code de la consommation « lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe ». Cette procédure a été introduite au cours des débats. Elle représente principalement une économie de temps. Elle permet d'accélérer la période comprise entre le premier jugement établissant la responsabilité du professionnel et les techniques d'informations des membres du groupe. En effet puisque le préjudice est identique, et les membres clairement identifiés le juge peut condamner le professionnel en une seule et même instance. En d'autres termes, il statuera sur sa responsabilité, et la condamnation directement et individuellement à réparer les préjudices subis par les consommateurs, déjà connus à ce stade. La phase d'identification du groupe n'étant pas nécessaire, un gain de temps est indéniable. Souvent, les victimes seront abonnées à un service proposé par l'auteur de l'infraction. Dans cette situation, il suffit d'avoir accès à un fichier répertoriant les abonnés ou à des archives regroupant les contrats conclus.

Le professionnel doit informer le consommateur de son intention de l'indemniser et recueillir son consentement avant de procéder au versement des dommages et intérêts. Il est ici possible de noter le maintien du système de *l'opt in* où le consommateur doit toujours exprimer son consentement.

¹³⁵ S. BEN HADJ YAHIA (Point 66) *Op.cit*

¹³⁶ D. MAINGUY et M DEPINCE. L'introduction de l'action de groupe en droit français. *SCP.E* n°12, 20 mars 2014, 1144.

¹³⁷ Art. L.423-12 C.consom.

En droit de la concurrence, cette procédure aurait pu être utilisée lors du cartel de la téléphonie mobile. Par exemple tous les abonnés à un même contrat (nombre d'heures gratuites, quantité d'accès à internet) ont tous subi le même préjudice. Le préjudice avait été évalué par le Conseil de la Concurrence autour de soixante euros par abonnés, ce qui représentait par rapport au nombre de consommateurs identifiés sur les registres un bénéfice de 1,2 milliard d'euros.

PARAGRAPHE 3. LA MEDIATION

L'action de groupe n'exclut pas la médiation. Cette dernière est prévue aux articles L423-15 et L423-16 du Code de la consommation. Une médiation peut être organisée « *afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels* ». La loi Hamon permet donc à l'association d'avoir recours à la médiation. Les consommateurs isolés ne sont pas autorisés à y avoir accès selon les termes de la loi¹³⁸.

La médiation entre l'association requérante et l'entreprise défenderesse, pourra être envisagée, si le juge l'estime opportun et ce à n'importe quel stade de la procédure. La médiation apparaît comme très adaptée et avantageuse : Le recours à la médiation « *permettra aux consommateurs de se sentir entendus, compris et surtout maîtres de la résolution de leur différend. L'association elle-même se trouvera alors valorisée car inscrite dans une démarche créative, attentive à la personne, bien loin du froid des juges et tribunaux et des considérations juridiques* »¹³⁹. Les entreprises quant à elles ne s'exposent pas à une sur-médiatisation, puisque la médiation est par nature secrète : Leur image est ainsi préservée.

Le rapport *Trans Europe Expert* vantait déjà ses mérites. Basée sur l'exemple des Pays Bas, où il existe une transaction collective, et sur la dynamique actuelle présente en France et en Europe (On peut citer la directive 2008/52 sur certains aspects de la médiation en matière civile, ou l'avis du Conseil d'Etat sur le développement de la médiation¹⁴⁰) le rapport soulignait déjà les bénéfices du règlement alternatif des litiges: Le désengorgement des tribunaux et la satisfaction immédiate des victimes. Ainsi il est souhaitable de penser que « *les recours collectifs par la voie de médiation pourront bénéficier de cette quête de cohérence et de perfectionnement du droit national pour garantir à toute résolution conventionnelle quel que soit son domaine un juste équilibre* »¹⁴¹.

L'accord sera a posteriori soumis à homologation du juge. Sans cette homologation la médiation n'aura pas de force exécutoire. Une question se pose : est-ce que les parties, après avoir eu recours à la médiation

¹³⁸ Ces derniers se verront tout de même offrir cette possibilité par le biais d'une nouvelle directive européenne, en entente de transposition, relative aux règlements extrajudiciaires des litiges de consommation.

¹³⁹ L.SCHENIQUE. Action de groupe : le recours à la médiation bon point de la nouvelle loi ? *D.Affaires* du 9 avr.2014.

¹⁴⁰ Directive 2008/52 du Parlement européen et du Conseil du 21 Mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale - CE sur certains aspect de la médiation en matière civile et commerciale du -CE. Développer la médiation dans le cadre de l'union européenne, *La documentation française*, 2010).

¹⁴¹ Réponse de Trans Europ expert. p.19. *Op.cit.*

peuvent toujours se retourner vers d'autres modes de règlement des litiges, tel que la transaction ou l'arbitrage ? Les textes restent silencieux à ce propos, la médiation n'apparaît donc pas comme exclusive des autres techniques de résolution alternative des différends.

CHAPITRE 2. LES LIMITES À L'EFFICACITÉ DE L'ACTION DE GROUPE

Après avoir brièvement présenté de manière théorique et mécanique le déroulement procédural de l'action de groupe devant les tribunaux français, il s'agit d'essayer de toucher du doigt les difficultés dans sa mise en œuvre. Il apparaît déjà, alors que nous ne disposons pas encore d'un recul, que de nombreux reproches peuvent être faits. Ces critiques sont principalement fondées sur le constat suivant : L'action de groupe a été vidée de sa substance a force de trop vouloir contrer les dérives transatlantiques. Comme disait Escobar, le législateur aurait dû faire «*attention de ne pas perdre de la substance en empoignant des ombres* ».

Pour expliquer l'ineffectivité de l'action de groupe il peut être identifié deux séries de raisons : d'abord celles découlant des caractéristiques ingresques de l'action de groupe (Section 1) puis celles résultant de sa cohabitation avec d'autres mécanismes déjà présents tels que la procédure de clémence (Section 2)

SECTION 1. LES LIMITES DECOULANT DE SES CARACTÉRISTIQUES INTRINSEQUES

Pour que l'exploitation de ce nouveau recours soit efficiente, le législateur n'aurait pas du limiter l'initiative de l'action à un nombre aussi restreint de personne (§1). La possibilité, pour une victime, de voir seul son préjudice matériel réparable vient aussi limiter l'efficacité de l'action en limitant le montant des dommages et intérêts. De plus il sera démontré, que la preuve de l'existence du préjudice et sa quantification est bien trop souvent impossible à rapporter lorsque le dommage découle de pratiques anticoncurrentielles (§2).

PARAGRAPHE. 1 UNE ACTION DE GROUPE AUX BENEFICIAIRES TROP LIMITÉS

A. Le consommateur direct ou indirect ?

La loi réserve l'action au consommateur entendu comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanales ou libérale* »¹⁴². Ainsi et conformément à l'arrêt Manfredi de CJCE « *toute personne peut demander la réparation de son préjudice devant les juridictions nationales* »¹⁴³.

¹⁴² Art. 3 de la loi Hamon, introduisant un article préliminaire dans le livre I^{er} du code de la consommation.

¹⁴³ Arrêt CJCE du 13 juillet 2006, *Incenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04).

Comme précisé dans le Livre Blanc de l'Union Européenne, bien que toujours victime finale des pratiques anticoncurrentielles, le consommateur peut apparaître comme victime directe ou indirecte. En réponse au livre blanc de l'Union Européenne, l'association UFC que choisir s'était déclarée « *satisfaite par le fait que la Commission reprenne le principe, relatif à la qualité pour agir, retenu par la jurisprudence* ». Elle ajoutait que « *La qualité pour agir doit être reconnue tant aux victimes directes qu'aux victimes indirectes des infractions* ». L'UFC Que Choisir « *ne peut que s'en féliciter puisque ce principe permet d'inclure les consommateurs finaux dans la définition des victimes pouvant obtenir réparation*».¹⁴⁴

En effet, le consommateur final peut traiter directement avec l'auteur de l'infraction ou subir un préjudice du fait de la répercussion, le long de la chaîne de distribution, d'un surcoût illégal. La répercussion des surcoûts survient lorsqu'une « *entreprise qui effectue un achat auprès d'un fournisseur dont le comportement est contraire au droit de la concurrence, a la possibilité d'atténuer sa perte économique en répercutant le surcoût subis sur ses propres clients. Le dommage causé par un comportement anticoncurrentiel peut ainsi être répercuté en aval sur la chaîne de distribution, voir être subis intégralement par le dernier acheteur, c'est à dire le consommateur final* »¹⁴⁵ (libre vert point 2.4)

Le lien de causalité entre la faute anticoncurrentielle et le dommage anticoncurrentiel est plus ou moins distendu (Voir livre blanc), et de ce fait le consommateur se retrouve plus ou moins éloigné de l'infraction. La preuve du lien causal « *peut s'avérer pratiquement impossible compte tenu du nombre de données à analyser, de leur complexité, et de l'éloignement de ces victimes par rapport à l'infraction* »¹⁴⁶.

D'ailleurs le rapporteur du projet de loi a pointé du doigt ce fait : le consommateur, a qui l'action est dédiée, est souvent consommateur indirect¹⁴⁷. Ceci présente une difficulté puisque la démonstration de son préjudice, et du lien de causalité semble alors plus complexe. Dans de nombreuses affaires récentes (*tels que le cartels des lessives, des endives, de l'alimentation pour chiens et chats*) tous les consommateurs concernées, aussi nombreux soient ils, ont subis un préjudice, résultant de pratiques portant sur des biens intermédiaires offerts sur un marché de gros¹⁴⁸. Ce constat peut être fait au niveau européen¹⁴⁹. Emmanuelle Claudel estime à ce propos que le consommateur « *se trouve dans une posture procédurale inconfortable en droit de la concurrence, en ce qu'il n'est souvent que victime indirectes des pratiques reprochées* »¹⁵⁰

¹⁴⁴ Réponse au livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, de UFC que choisir du 10 juillet 2008.

¹⁴⁵ Livre Vert, point 2.4 *Op.cit.*

¹⁴⁶ M. DUMARCAY. La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles (§ 36) *op.cit.*

¹⁴⁷ S. DENAJA, Avis du 11 juin 2013. Document Assemblée Nationale n° 1123, p. 38.

¹⁴⁸ Le conseil dans son avis de 2006 précité avait déjà identifié cette problématique.

¹⁴⁹ Décision Commission du 5 déc. 2012 sur les tubes cathodiques pour téléviseurs et écrans d'ordinateurs COMP/39.437 – Décision Commission du 28 mars 2012 sur les producteurs de quincailleries pour fenêtres – Décision Commission, du 29 janv.2014 relative aux producteurs de mousses destinées matelas, aux canapés et aux sièges pour voiture).

¹⁵⁰ E.CLAUDEL. Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier. *RTD Com.* 2014. 339.

Il n'y a que très peu d'affaire où le consommateur est identifié comme victime directe. On peut citer à titre d'illustration la décision relative au cartel de la téléphonie mobile. L'action de groupe trouve son essence dans ce genre de situation.

De plus, à l'inverse du *passing on defense*¹⁵¹, l'entreprise peut tenter de se défendre en soutenant que les surcoûts illégaux qu'elle a amorcé n'ont jamais été répétés, perpétrés, répercutés jusqu'au consommateur final. En effet, dans certaines circonstances, les surcoûts peuvent s'égrainer d'un acteur intermédiaire à un autre. Ainsi, si l'un opérateur intermédiaire n'a pas répercuté le surcoût illégal, le consommateur se voit dépourvu d'intérêt et de qualité à agir : n'ayant subi aucun préjudice du fait de l'absorption du surcoût illicite par le ou les intermédiaires, il n'a jamais été victime.

Cette difficulté semble résolue grâce à l'initiative européenne. La législation française aurait été imparfaite sans l'intervention de la directive 2014/104, qui prévoit en son article 14 une présomption de répercussion des surcoûts au bénéfice de la victime indirecte. Ce sera à l'auteur des pratiques de démontrer que le surcoût résultant de sa pratique anticoncurrentielle, n'a pas persisté jusqu'au consommateur final. Le consommateur n'a pas à démontrer l'inverse. Sa position procédurale inconfortable se voit ainsi rectifiée par un renversement de la charge de la preuve. Cependant la directive 2014/104 n'est pas encore intégralement transposée en France.

Ainsi, l'effectivité du recours collectif est due au mécanisme prévu à échelle supranationale. Le législateur français aurait pu, ou dû, prévoir de tel remède face aux complexités du droit de la concurrence. Son action de groupe en droit de la concurrence quasi calquée sur les domaines du droit plus classique, montre certaines limites. Elle apparaît ainsi détachée des considérations pratiques du droit économiques. La présomption de répercussion des coûts, apparaît comme une règle essentielle à l'effectivité de l'action de groupe et de la protection du consommateur.

Est-ce une carence de la loi Hamon, qui a omis de penser aussi loin et aussi bien, ou est-ce simplement l'anticipation de la transposition de la directive 2014, qui rendait dès lors une telle précision inutile ? De toute évidence, et quelle que soit la cause, l'effectivité de l'action ne tenait qu'à un fil. L'absence de présomption aurait éjecté le consommateur dans une position procédurale inhospitalière, position rendant l'action stérile du fait de l'impossibilité concrète de reconstituer le lien de causalité.

¹⁵¹ Le principe du *passing on defense* sous entend que l'opérateur intermédiaire a aussi élevé ses coûts pour compenser la hausse des coûts subis par l'auteur des pratiques. Dans ce cas ce dernier opérateur ne peut pas se prévaloir du statut de victime. Dans un contentieux civil, l'auteur des infractions anticoncurrentielles peut, lui, invoquer le fait qu'il n'y a pas eu de *passing on defense*, en d'autres termes, que l'opérateur intermédiaire n'a pas répercuté les coûts, et que de ce fait le consommateur ne peut être victime.

Même si cette difficulté n'apparaît pas in fine rédhibitoire, il est important de souligner, les défaillances législatives françaises, venant au coup par coup affaiblir l'intérêt, la pertinence et la viabilité du recours collectif.

B. Quid des PME ?

La critique regrettable est la suivante : l'exclusion des entreprises et notamment des PME du recours collectif. En effet, le texte consacre le recours aux « *personnes physiques* » quelles soient, comme il l'a été présenté, victimes directes ou indirectes. Mais quid des personnes morales ? Quid de l'opérateur intermédiaire subissant les violations des règles concurrentielles ?

La loi Hamon a pris le parti pris d'exclure du recours collectif les personnes morales, en contradiction d'ailleurs avec la recommandation de la Commission¹⁵². Le Parlement européen dans une résolution en date du 2 février 2012 rappelait aussi que les victimes ayant droit à réparation devaient être entendues aussi bien comme personne physique que comme personne morale¹⁵³

Or, même si le consommateur final est le plus exposé aux abus, d'une part par sa dépendance à la société de consommation, et d'autre part, par son ignorance des systèmes de marché, les pratiques anticoncurrentielles font bien d'autres victimes.

Les PME ont été exclues du recours collectifs alors que « *la plupart des pratiques anticoncurrentielles ont lieu sur des marchés intermédiaires sur lesquelles elles opèrent (...) et alors qu'elles se trouvent dans une situation d'asymétrie d'informations et de puissance économique vis-à-vis de leurs partenaires (auteur de la pratique) similaire à celle que peut subir un consommateur* »¹⁵⁴.

A titre d'illustration, dans l'affaire des Cartels de la téléphonie mobile, parmi les victimes se trouvaient certes les consommateurs finaux (60 millions) mais aussi toutes les entreprises en tant que consommateurs intermédiaires. Dans cette affaire, aucune n'a donné lieu à une action en réparation au nom des entreprises intermédiaires « *alors que la réalité des préjudices est aussi indéniable que ceux subis par le consommateur final* »¹⁵⁵. L'affaire du Cartel des chèques de banques illustre le même phénomène.

¹⁵² Art 3 de la Recommandation. *Op.cit.*

¹⁵³ Résolution du Parlement européen « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif » 2 Fév. 2012, (2011/2089(INI)).

¹⁵⁴ E.CLAUDEL, *Op.cit.* – Voir également Décision ADLC, 10-D-28, du 20 sept. 2010. *Op.cit.*

¹⁵⁵ Table ronde animée par Y.CHAPUT. La PME victime de pratiques anticoncurrentielles. *Revue Lamy de la concurrence*- 2011 29.

L'exclusion des PME va à l'encontre des objectifs premiers de l'action de groupe : l'accès à un recours effectif d'un point de vue juridique et l'assainissement du marché d'un point de vue économique.

D'abord et dans une logique plus globale, cette exclusion élimine la chance de garantir un meilleur contrôle du marché par des opérateurs évoluant en son sein. Il est universellement connu que le meilleur moyen d'influer sur un système c'est de s'y infiltrer. Ainsi les entreprises (victimes) sont plus aptes à comprendre, analyser et identifier les violations. Leur réaction a des chances d'être d'abord plus automatique, ensuite plus rapide. En effet contrairement au consommateur, qui lui ne perd que quelques dizaines d'euros, les entreprises intermédiaires, voient par ce genre de pratique toutes leurs autonomies commerciales et leur puissance économique viciées. Elles agiront d'autant plus que les enjeux sont plus grands.

Ensuite alors que les mérites de l'action de groupe au regard du recours collectif, du procès équitable, de l'accès à la justice, ont été ventés par les nombreux textes européens, il est regrettable que ces principes ne soient pas respectés au regard des personnes morales¹⁵⁶. Ce choix législatif est antinomique aux intérêts ciblés.

Pour autant, il est bon de rappeler que *« l'objectif du droit de la concurrence n'est pas de protéger le concurrent moins efficace, mais de laisser s'opérer une sélection loyale, par les mérites des opérateurs les plus efficaces... Cette sélection concurrentielle est un processus économiquement efficace, car d'une part elle incite les opérateurs à devenir plus performants, elle permet une réallocation des ressources vers les opérateurs les plus performants »*¹⁵⁷. Deux précisions sont à ajouter : L'exclusion des PME par la loi Hamon, vient empêcher les petites et moyennes entreprises d'évoluer. Le recours collectifs aurait été une arme redoutable à l'abolition de ses entraves, et aurait permis sans aller jusqu'à protéger le concurrent le moins efficace, de sanctionner celui dont la performance est artificielle. De plus l'absence de moyen effectif de plainte des entreprises victimes a un effet pervers qui est, de renforcer la position de domination. En effet, les entreprises délinquantes conscientes de la docilité, voire de l'assujettissement des PME à leurs règles concurrentielles, se permettent d'autant plus de dérives. Pour elles silence vaut acceptation.

Les PME ne se voient octroyer le droit d'agir en réparation que sur la base d'une action individuelle classique, qui comme il l'a été exposé, présente bien des inconvénients, qu'ils soient financiers ou matériels. De plus, un inertie d'autant plus grande que celle présente chez le consommateur est identifiable : *« une entreprise de taille modeste, victime ne peut de facto demander réparation parce qu'elle est obligée de continuer à vivre avec le dominant qui a fraudé, et qui peut par la suite la mettre en échec »* allant peut être jusqu'à les condamner à mort¹⁵⁸. Elle se retrouve donc en position de conflit d'intérêts.

¹⁵⁶ Décision CEDH *Edition Periscope c. France* du 26 mars 1992 requête n°11760/85 – Voir également Arrêt *Courage*. *Op.cit.*

¹⁵⁷ Y.CHAPUT. *Op.cit.*

¹⁵⁸ Table ronde, prise de parole de Monsieur P.GACHES p.2 *Op.cit.*

Le déni de droit est évident lorsque il est su que les PME représentent à elles seules 97% du parc d'entreprises. Ce choix apparaît évidemment critiquable, pour ne pas dire intrigant.

Catherine Prieto ajoute une nuance¹⁵⁹. Elle précise qu'il y a lieu de différencier les PME victimes évincées du marché et les PME victimes en tant que consommateurs intermédiaires. La question des actions de groupe n'a pas le même intérêt selon s'il s'agit de l'une ou de l'autre catégorie de victime. Pour les victimes évincées, le professeur Prieto considère, que ces dernières sont totalement conscientes de leur préjudice. Il en reste que la démonstration du préjudice et de l'existence de la pratique reste très dur à établir pour une petite entreprise. Selon le Professeur Pietro, l'éviction « *d'un marché est un préjudice individuel ou subi par un petit nombre d'opérateurs économiques : le développement des recours effectif n'est donc pas véritablement utile pour elles* ». Mme Pietro continue ainsi « *les victimes consommateurs intermédiaires, ignorent leur état et leur préjudice, ce n'est qu'à l'issue d'une condamnation par la Commission ou par une autorité nationale de concurrence que l'ampleur et les répercussions d'une pratiques sont connus* ». Elle rapproche cette seconde catégorie de la condition du consommateur.

PARAGRAPHE 2. LES CRITIQUES LIÉES AUX PRÉJUDICES : NATURE ET QUANTIFICATION

A. La réparation du préjudice exclusivement matériel découlant d'entente ou de position dominante

- 1. Le préjudice matériel

Le préjudice réparable se limite au préjudice matériel.¹⁶⁰ A contrario en est exclu, le préjudice moral et corporel. Le préjudice matériel peut être soit une perte d'argent, soit un manque à gagner¹⁶¹. Ne sera indemnisé, par exemple, que le préjudice dû à la hausse des prix. Si le prix a été gonflé artificiellement de 2 euros, le consommateur se verra octroyer la somme de 2 euros. Ceci est dû à l'idée que l'action de groupe permettrait de seulement confisquer les gains illicites. Cette règle protège indirectement les entreprises. En effet ces dernières ne sont pas exposées à une sanction financière supérieure aux bénéfiques. Ici, les entreprises, dans la pire des situations se verront amputer du profit, qu'en tout état de cause, il leur eût été impossible de réaliser sans violation des règles du droit de la concurrence. Encore une fois le rapport coût-bénéfice est raisonnable.

Benoit Hamon justifie l'exclusion des préjudices moraux ou corporels en soutenant que le recours collectif « *est, par nature, moins adapté à la réparation de préjudices corporels ou moraux, qui nécessitent des expertises*

¹⁵⁹ *Idem*, prise de parole de Madame C. Pietro p. 9

¹⁶⁰ Art L423-1 C.consom.

¹⁶¹ Arrêt CJCE Manfredi. *Op.cit.* - Voir également Livre Vert. *Op.cit.* – Livre Blanc. *Op.cit.*

individuelles »¹⁶². Le préjudice matériel apparaît comme étant susceptible d'être évalué de manière globale. Cette scission des préjudices est justifiée par des raisons pratiques de rapidité et de simplification du montant des dommages et intérêts. Sur ce point, et c'est à souligner, la loi Hamon semble en parfaite harmonie avec les prescriptions européennes qui dès l'arrêt Courage ont milité pour la réparation du simple préjudice matériel.

Deux brèves remarques : la prise en compte du préjudice moral aurait permis, d'octroyer des sommes plus conséquentes. Ainsi l'aspect préventif et dissuasif qui tend à se développer dans le private enforcement aurait été décuplé. De plus, la réparation du préjudice moral, aurait pu être un pas vers un changement de mœurs, où l'on reconnaît et consacre que les consommateurs ont « *un droit de confiance* » vis à vis des entreprises. Dès lors, un consommateur trompé, doit pouvoir être dédommagé de la confiance qui a été brisée. Le dommage moral aurait été un moyen très tenu et très indirect de se rapprocher des « punitifs damages » en tant que sanction financière basé sur des considérations morales. Cette sanction puisant son existence dans la perte de confiance et non seulement dans la perte de chance aurait pu être un moyen longtermiste de faire évoluer les rapports entre consommateur et entreprises.

- 2. *Les domaines ouvrant à réparation*

De plus, le texte a fait le choix de ne prévoir cette voie procédurale pour les seuls préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles¹⁶³. Entrent ainsi dans le champ d'application de la loi, les dommages matériels résultant d'entente, de position dominante (commun au droit européen et français). Pour la France exclusivement sont aussi pris en compte, les abus de dépendance économique ou les prix abusivement bas. En sont ainsi exclus, les contentieux résultant des aides d'Etats et des concentrations.

En ce qui concerne ces dernières, le débat reste ouvert. En effet est ce qu'une action de groupe pourrait être légitime dans une affaire de concentration, alors que les effets anticoncurrentiels ne se manifestent pas forcément au moment même de l'opération ? Le contentieux des concentrations à justement pour objectif de prévenir les éventuels effets néfastes d'une fusion. Les effets anticoncurrentiels ou les violations du droit de la concurrence ne sont pas encore apparus. De plus une fois la concentration autorisée soit par l'Autorité soit par la Commission européenne, il semble difficile de pouvoir remettre en cause cette décision devant un juge civil. Le contentieux de l'action de groupe en matière de concentration ne serait circonscrit qu'au cas où les entreprises auraient violé leur obligation de notification ou n'auraient pas respecté leur engagement, portant ainsi atteinte à la concurrence¹⁶⁴. Il faut aussi garder à l'esprit que le consommateur

¹⁶²<http://www.village-justice.com/articles/class-action#Z6vipDLjQfP5P7Ac.99>

¹⁶³ Au sens du titre II du livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 TFUE.

¹⁶⁴ Art. L430-2 C.Com.

aurait du prouver que la violation de l'obligation de notification lui créait un préjudice. Cette action ne semble ainsi pas indispensable.

Cependant quid des infractions de pratiques restrictives ou de concurrence déloyale? En effet, la concurrence déloyale, la revente à perte, la pratique des prix barrés, sont plus faciles à prouver qu'une entente qui a lieu par nature dans les sphères les plus retirées du marché. Ces infractions sont en effet peut être plus faciles à démontrer en ce que l'infraction ne résulte pas forcément de concertation. La violation est plus frontale.

Ainsi, pour ne citer qu'une seule affaire, l'élargissement du champ d'application de l'action de groupe en droit de la concurrence aurait permis d'appréhender les dommages causés par l'affaire des moteurs truqués de Volkswagen. Cette pratique a touché plus de 11 millions de véhicules dans plus de 8 Etats européens. Parmi eux, certains (Suisse et France) ont pu envisagé des poursuites pour concurrence déloyale et pratique commerciale trompeuse¹⁶⁵. Certes, dans ce cas d'espèce l'action de groupe peut être intentée sur d'autres fondements (violation des règles du droit de la consommation) mais cela illustre éventuellement le champ d'application trop restreint de l'action de groupe en droit de la concurrence. De plus, d'un point de vue idéologique on ne voit pas pourquoi, de telles pratiques n'en seraient pas moins punissables. Elles sont autant nocives qu'une hausse des prix due à une concertation entre opérateurs sur le marché.

La loi Hamon, et c'est bien dommage, ne permet pas d'envisager l'intégralité des effets anticoncurrentiels par le biais de l'action de groupe.

B. La preuve de l'existence du préjudice subi et sa quantification

Dans tout procès civil, le demandeur doit tenter d'évaluer son préjudice et d'en rapporter la preuve. Il doit aussi démontrer le lien de causalité entre le préjudice et la faute commise.

- 1. La preuve de l'existence même d'un préjudice

Comme il l'a été dit, le juge civil est tenu par la décision administrative condamnant l'entreprise en cause. Ainsi, seul reste à démontrer, la preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice et la quantification du dommage. Or il semble à première vue que la preuve de la réalité d'un dommage concurrentiel (économique) n'est pas à la portée d'une association de consommateur novice, ni à celle, d'ailleurs, du juge civil de droit commun. La preuve peut être difficile à apporter pour plusieurs raisons :

¹⁶⁵ En France une plainte a été déposée par l'association internationale des victimes de la fraude automobile.

D'abord pour une raison purement pratique. Au regard de la longueur des procédures, le temps à laissé la possibilité à la preuve de se perdre. En effet, la preuve étant réservée aux consommateurs finaux, ces derniers doivent conserver leurs factures ou preuves d'achat pendant presque 10 ans pour pouvoir espérer une preuve viable. Comme le relève très justement François Brunet« *ce laps de temps n'aurait sans doute pas été un obstacle pour les entreprises qui sont tenus de conserver les documents comptables...mais celles-ci sont précisément exclut du champ d'application de la loi* »¹⁶⁶. Encore une fois, l'action des PME ou entreprises aurait été d'autant plus aisée.

Pour faciliter le private enforcement, le règlement 1/2003 et de l'article L 462-3§2 du Code de commerce, prévoit que les autorités nationales peuvent transmettre certains éléments du dossier aux autorités civiles L'obtention de ces pièces faciliterait l'expertise du juge. Comme le relève encore une fois François Brunet, l'action de groupe prévue par la loi Hamon ne concerne que le consommateur final, or sur les 22 affaires¹⁶⁷ sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles entre 2011 et 2014, le consommateur apparaissait seulement dans 4 affaires comme victime directe¹⁶⁸. Ainsi, et dans la plupart des cas, les pièces communiquées par les autorités ne peuvent avoir aucune utilité pour le consommateur requérant.

Le juge civil n'a pas de connaissance économique. Or le droit de la concurrence touche à l'analyse du fonctionnement global du marché (Analyse économique et non juridique de la faute).

Pour prouver qu'il existe bel et bien un dommage, le juge et les parties doivent démontrer qu'en absence de la faute, le prix n'aurait pas été le même. Ainsi selon les principes de calculs des dommages et intérêts établis par la Commission, la réparation du préjudice implique « *une remise en état* ». Ainsi« *il faut reconstituer le marché qui aurait prévalu en l'absence de l'infraction anticoncurrentielle, c'est à dire établir un scénario contrefactuel* » Or « *un tel scénario est par essence hypothétique et le dommage qui en sera inféré repose sur des hypothèses* »¹⁶⁹. Au regard de l'un des grands principes cardinaux français cette situation pose problème. En effet, dans tous procès civil, pour obtenir réparation, le dommage doit être certain. Une démonstration résultant d'un postulat hypothétique, ne peut que très difficilement satisfaire ce principe.

- 2. La quantification du préjudice subi

¹⁶⁶ F.BRUNET. L'action de groupe : l'indemnisation des consommateur favorisée au détriment de la détection des cartels. *D.* 2014 p.16000

¹⁶⁷ *Idem*

¹⁶⁸ Décision ADLC, n°12-D-24 du 13 déc.2012, relative à des pratiques de mise en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile – Décision ADLC, n°12-D-27 du 20 déc. 2012 n°12-D27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie spectacle – Décision ADLC n°13-D-20 du 17 déc. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur de la production d'électricité photovoltaïque – Décision ADLC n° 14-D-02 du 20 fèv.2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive.

¹⁶⁹ Private enforcement : évaluation du dommage concurrentiel. Prise de parole de Monsieur BENZONI. Revue Concurrences, colloque du 8 juin 2015 (McDermott Will & Emery, Paris)- Voir également Livre Vert, option 17 et 19. *Op.cit.*

La Commission rappelle que le préjudice subis peut-être soit la perte subie soit le gain manqué¹⁷⁰. Cependant la CJUE a elle-même reconnu que « *le manque à gagner n'est pas le fruit d'un simple calcul mathématique, mais le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes* »¹⁷¹. Pour ce faire, la Commission préconise trois étapes, rappelé par Monsieur Benzoni¹⁷² :

- Identifier le champ de l'analyse du dommage, ce qui consiste à identifier les victimes (notamment s'il y a eu passing on défense ou non)
- Construire le scénario contrefactuel, en d'autres termes, construire une hypothèse sur l'état spéculatif du marché en absence d'infraction. Pour le scénario contrefactuel il est possible soit d'avoir recours à la méthode de la « *comparaison (temporelle, géographique, ou avec d'autres marchés de produits, ou une combinaison, en recourant à des méthodes statistiques de type économétriques), d'analyse financière (reconstruction du prix et de la quantité de concurrence à partir de plans d'affaires simulés et de modèles de coût), ou à une simulation économique (basées sur des modèles micro-économiques)* »
- Quantifier les dommages.

L'association est-elle capable de soumettre une telle démonstration au juge ? Le juge civil est-il capable de son côté d'évaluer souverainement le montant du préjudice ? Il n'est pas anodin de rappeler que le contentieux des actions collectives a été offert au juge civil de droit commun et non au juge spécialisé. Il est permis de douter que la quantification du préjudice soit abordable dans la cadre de l'action de groupe. « *Les tribunaux et les parties doivent souvent affronter ces problèmes et s'intéresser aux méthodes et techniques disponibles pour les résoudre* »¹⁷³.

C'est certainement dans cette logique, que Monsieur Claude Brunet affirmait il y a peu « *que la difficulté de prouver le dommages plusieurs années après la commission des faits limitent, dans un premier temps le développement des actions groupe, notamment dans le domaine de la concurrence et amène le législateur à revoir dispositif* »¹⁷⁴.

La directive prévoit pour contrer les difficultés présentées, (article 17 al 3) qu'à la demande du juge civil, l'autorité de la concurrence puisse intervenir et apporter de l'aide en ce qui concerne la quantification du montant des dommages et intérêts. Cette solution peut être une aide envisageable. Il reste cependant, à observer qu'elle sera la fréquence de l'utilisation de ce recours dans la pratique.

Les ententes ou cartels bénéficient d'un traitement de faveur. Pour cette infraction exclusivement l'action de groupe apparaît facilitée et favorisée. En effet la directive 2014/104 prévoit un système de présomption

¹⁷⁰ Recommandation. *Op.cit.*

¹⁷¹ Arrêt CJCE, *Mulder e.a. / Conseil et Commission* du 27 janvier 2000 C-104/ 89 et C-37/90, §79.

¹⁷² Private enforcement : évaluation du dommage concurrentiel, *Op.cit.*

¹⁷³ Communication de la Commission du 13 juin 2013, « relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 (Joue C° 167, 13 juin 2013)

¹⁷⁴ C.BRUNEL. *Op.cit.*

simple d'existence d'un préjudice du fait du caractère par essence secret de ces pratiques. La preuve du préjudice n'est plus à démontrer, mais encore faut-il le quantifier...Le serpent ne se mord-il pas la queue ?

Enfin, une dernière question vient à l'esprit : Certaines entreprises peuvent être condamnées par l'autorité de la concurrence pour des infractions anticoncurrentielle, dite par « *Objet* ». Les infractions par objet sont des comportements qui, *per se*, sont considérés comme portant atteinte à la concurrence au regard de leur gravité. L'analyse des effets néfastes et concrets sur le marché n'est pas nécessaire. Ainsi, une entreprise condamnée par l'autorité de la concurrence pour ce type de pratiques, n'est pas forcément à l'origine d'un préjudice anticoncurrentiel, puisque le comportement n'est pas automatiquement source de dommage. Quelle position doit adopter le juge civil vis à vis de cette situation ?

Ainsi, il a été démontré que l'action de groupe dans sa mise en oeuvre se confronte en droit de la concurrence, a de trop nombreuses difficultés pratiques. En effet, le droit de la concurrence apparaît à cheval entre le monde économique et juridique. L'étude d'un dossier, que ce soit pour un avocat ou l'autorité de la concurrence, nécessite une étroite collaboration avec des économistes de hauts rangs. Il est permis de douter de la capacité des victimes d'établir une démonstration sans faille. L'action de groupe apparaît limitée en ce que la victime ne pourra jamais ou que très difficilement rapporter la preuve de son dommage. Ainsi, bien que l'intention de redonner des droits aux victimes de pratiques anticoncurrentielles soit louable, leur droit au recours effectif semble encore trop imparfait.

Une dernière problématique est à traiter dans la présentation et l'analyse de l'effectivité de l'action de groupe : on peut penser que l'action de groupe ne s'imposera jamais vis à vis du *public enforcement*.

En effet et sous réserve que l'action collective se révèle efficace, il convient pour clore ces développements d'analyser quelles sont les conséquences de l'action de groupe sur les procédures de clémence et réciproquement. En effet la cohabitation entre action de groupe et procédure de clémence peut être une difficulté supplémentaire dans l'effectivité des actions de groupe. Ici, ce n'est plus le consommateur qui est directement concerné par cette problématique. La problématique a trait au débat théorique, voire philosophique, qui assiege le droit de la concurrence ces dernières années : Doit-on favoriser le *public enforcement* au détriment du *private enforcement* ?

SECTION 2. LES LIMITES EXTERNES À L'EFFICACITÉ DE L'ACTION DE GROUPE : L'ACCOHABITATION AVEC LA PROCÉDURE DE CLÉMENCE

La cohabitation entre action collective et procédure négociée peut être délicate. Il convient dès lors pour mieux cerner l'intérêt de cette réflexion de présenter brièvement l'enjeu des procédures de clémence dans la détection des pratiques anticoncurrentielles. (§1). Partant, il conviendra ensuite d'analyser comment l'action collective peut coexister avec de telles actions (§2). La cohabitation des deux actions se révélera complexe. Le constat sera sans appel: entre la répression des pratiques anticoncurrentielle et la réparation des dommages causés, la tendance actuelle favorise encore une fois l'action objective des autorités administratives (§3).

PARAGRAPHE 1.LA RAISON D'ETRE DES PROCEDURES DE CLEMENCE

La procédure de clémence est une procédure récente assez originale. En effet, cet outil juridique est le seul depuis 1945 à inciter à la délation dans le but de mieux servir la protection du marché (1). La procédure de clémence est un processus qui ne cesse de se développer (2) ses dernières années. Il est intéressant de noter que l'un des outils qui forge le plus la fierté de l'autorité nationale française est un mécanisme inspiré de bout en bout du système américain.

A. La présentation de la procédure de clémence

L'autorité de la concurrence a affirmé que « *la lutte contre les cartels constitue un priorité* »¹⁷⁵. Pour faciliter la détection de ces pratiques par nature secrète, l'autorité a développé des procédures parallèles, accessoires et alternatives. Sont ainsi présentes dans l'arsenal juridique français les procédures de transaction (anciennement connue sous le nom de non contestation des griefs) et de clémence, réunies sous l'appellation de procédure négociées.

Le programme de clémence est un outil qui permet aux autorités nationales de concurrence de détecter, de faire cesser et de réprimer plus facilement les pratiques anticoncurrentielles. Le principe est le suivant :

L'opérateur membre d'un cartel a la possibilité de se rapprocher volontairement de l'autorité, avant sa poursuite officielle, pour fournir des informations sur les pratiques mises en place. En contrepartie de quoi, un traitement favorable, pouvant aller jusqu'à l'absence totale d'amende, est accordé à l'entreprise. Toute entreprise ayant pris part dans le passé, ou participant actuellement à une entente ou un cartel est concerné par la clémence. Ainsi à l'instar d'un repentir, l'entreprise auteur des pratiques, collabore avec la justice, en mettant à prix des informations compromettantes à la seule condition qu'elles ne soient pas utilisées contre elles.

A titre d'illustration, dans l'affaire du cartel des lessives mettant en cause quatre fabricants actifs du secteur, la sanction prononcée à leur encontre était de 367 millions d'euros. Le Cartel fut sanctionné, en

¹⁷⁵ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=292&id_article=712

outre, grâce à la demande de clémence d'un des participants à l'entente. Cette entreprise a ainsi pu échapper à une sanction de 248,5 millions d'euros.

Ceci représente un choix stratégique pour l'entreprise. En effet cette dernière n'est pas toujours en mesure de connaître les éléments à charges détenus par l'autorité. Souvent la divulgation d'information qui permet une exonération totale de l'amende interviendra, d'ailleurs, lorsque l'autorité n'est pas en possession d'un dossier suffisamment probant pour permettre une poursuite avant la réception des ses informations. L'entreprise prend donc le risque de s'auto-incriminer sans savoir si à terme elle avait une chance de s'en sortir indemne. Le programme de cartel repose donc sur des concessions réciproques et une confiance mutuelle. La procédure de clémence présente des avantages essentiels : « *les autorités sont aidées dans leur travail de recherche de preuves, de détection, de déstabilisation et démantèlement des pratiques (...)* »¹⁷⁶ Le programme de clémence présente un gain de temps et une économie de ressources rares pour les autorités de concurrence. Cette procédure permet ainsi de contrer les « *contrainte de rareté des ressources, d'asymétrie d'information et de remèdes limités* » propre aux phases d'instructions concurrentielles.

Un tel mécanisme profite d'abord aux autorités de poursuites dont l'enquête est allégée, au bien être général du marché, mais aussi au consommateur. Le législateur français précisait dès l'introduction de cette procédure en 2001 qu'il était dans l'intérêt de l'économie française et notamment des consommateurs, de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises¹⁷⁷. Ceci permettait d'accroître les chances de découvrir de telles pratiques et donc corollairement de purger plus facilement le marché de comportements biaisant les relations commerciales et économiques.

B. Le succès de procédures de clémence

« *La clémence connaît un succès croissant en Europe : la Commission européenne et 26 Etats membres sont aujourd'hui dotés d'un programme de clémence, et les entreprises y font de plus en plus souvent appel en France, afin d'échapper aux sanctions financières* »¹⁷⁸ qui ne cessent d'augmenter. Le développement des procédures de clémence est dû en partie à l'augmentation considérable des montant des amendes prononcées par l'autorité. (voir infra Titre I)

A titre d'exemple, l'autorité de la concurrence a prononcé une amende record de 900 millions d'euros dans l'entente impliquant la société Saint Gobain.□¹⁷⁹ De tels chiffres incitent de plus en plus les entreprises à se rapprocher de l'autorité dans le but d'obtenir a minima, contre certaines informations,

¹⁷⁶ S.PIETRINI *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationales européennes et internationales Op.cit.*

¹⁷⁷ Loi dite NRE du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

¹⁷⁸ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_clemence_nov12.pdf page 5.

¹⁷⁹ Décis. Comm. CE, *Verre automobile du 12 nov. 2008*, aff. COMP/39125.

une réduction d'amende. C'est certainement pour cette raison principale que le rôle de la procédure de clémence dans la détection des pratiques anticoncurrentielles n'a cessé de prendre de l'importance. Entre 2010 et 2013 sur les dix huit condamnations prononcées par l'Autorité sur le fondement des articles 101 et 420-2, la procédure de clémence était à l'origine de dix-sept d'entre elles. En d'autre terme, une seule condamnation pour entente est le fruit du travail exclusif de l'autorité : Les dix sept autres poursuites n'auraient pu, soit jamais voir le jour, soit ne jamais aboutir sans l'intervention des entreprises auteurs des pratiques.

PARAGRAPHE 2. L'ACCES AU DOSSIER DE L'AUTORITE DANS LE CADRE DES ACTIONS DE GROUPE AU REGARD DES PARTICULARITES ET DES ENJEUX PROPRES AUX PROCEDURES DE CLEMENCE

« Le traitement au civil s'avère dans la pratique efficace lorsque l'affaire a préalablement été examinée par l'autorité de concurrence, la victime bénéficiant alors des pouvoirs d'enquête coercitifs de cette dernière ainsi que de son expertise économique nécessaire pour démontrer, par exemple, les effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels d'une pratique »¹⁸⁰.

Dans le but de garantir une action effective des juges civils les textes ont prévu *« que l'Autorité peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance »¹⁸¹.*

Par opposition, le succès de la procédure de clémence réside dans le fait que, l'entreprise y ayant recours se met à l'abri de toute sanction financière. Or avec l'introduction d'une action de groupe l'aspect sécuritaire de la procédure de clémence semble être en danger.

Ainsi, les participants aux cartels n'ont plus d'intérêt à se rapprocher des autorités de concurrence dès lors qu'ils encourent le risque que les informations fournies à l'autorité, *« favorisent l'aboutissement de l'action civile à leur détriment »¹⁸².* Cette remarque est, évidemment transposable à l'action individuelle. Les mêmes mécanismes sont en places. Cependant l'action individuelle, en ce qu'elle ne répare qu'un seul préjudice et non des milliers simultanément, n'apparaît pas comme une menace financière pour l'entreprise et donc ne constitue pas un répulsif de la procédure de clémence.

¹⁸⁰ CLAIRE FAVRE in Colloque. La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : Etat des lieux et changement à venir. Le 13 mai 2014. Concurrences n°3-2014.

¹⁸¹ Dans le cadre de l'adoption de la loi n°2012-1270 du 20 nov. 2012 relative à la régulation économique outremer ("loi Lurel"), l'article L462-3 du code de commerce a été modifié et précise désormais, en son alinéa 2.

¹⁸² Conseil de la Concurrence, avis 2006 point 67 *Op.cit.*

C'est pour cela qu'en ce qui concerne l'action de groupe il a été affirmé et répété que l'action civile ne s'inscrive qu'en « *complément positif des mécanismes de régulation publique des marchés déjà en place* »¹⁸³.

Comme le soulève très justement F Brunet, A.Dupuis et E.Paroché dans cette configuration où coexistent action de groupe et procédure de clémence « *les amendes infligées par l'autorité ont été d'un tel niveau que les programmes de clémence conserveront toute leur attractivité aussi longtemps que les demandeurs de clémence ne seront pas condamnés à des dommages et intérêts élevés. Cela étant si les actions de groupes devaient connaître un réel succès et aboutir à des condamnations significatives, les entreprises pourraient à l'avenir être moins tentées, voir dissuadées de dénoncer l'existence de pratiques anticoncurrentielles* »¹⁸⁴.

En plus de la passation des éléments de preuve, il est important de rappeler qu'une condamnation par l'autorité de concurrence vaut présomption irréfutable de responsabilité devant le juge civil. Or, bien que l'entreprise puisse compter sur une exemption d'amende totale ou partielle, sa responsabilité n'en reste pas moins engagée. Même si elle admet indirectement qu'il n'a plus lieu à contradiction et qu'elle renonce au débat en reconnaissant sa culpabilité devant l'autorité administrative, elle ne pourra pas plus en débattre devant le juge civil. L'entreprise ayant recours à la procédure de clémence, s'expose à une condamnation civile quasi systématique. En effet, en plus de reconnaître sa responsabilité, l'entreprise a aussi dû, en tant que condition sine qua non à l'obtention de l'allègement de la sanction, fournir des preuves précises de ses pratiques. Ces preuves seront utilisées contre elles dans la démonstration du lien de causalité et la quantification du préjudice. Ainsi, l'action collective apparaît être un frein à la pérennité des procédures de clémence.

D'un point de vue antagoniste à celui des entreprises, c'est-à-dire du point de vue des victimes, il apparaît en effet que la navette entre les deux ordres juridiques (administratif et civil) puisse être un moyen plus que pertinent pour assurer la réparation des dommages et intérêts. Certains sont allés jusqu'à prévenir que l'indemnisation des consommateurs allait être favorisée au détriment de la détection des cartels. Bien que cette situation puisse être louable pour le bien être du consommateur, elle apparaît bien opposée à la réalité.

PARAGRAPHE 3. L'ACTION DE GROUPE LIMITEE DANS LE BUT DE LA PROTECTION DES PROGRAMMES DE CLEMENCE.

Consciente que les actions de groupe pouvaient affaiblir les procédures de clémence, l'Union a pris les devants pour contourner ce problème. Alors que dans le cadre de procédure administrative classique,

¹⁸³ C.FAVRE. *Op.cit.*

¹⁸⁴ F.BRUNET-A.DEPUIS- E.PAROCHE- D. 2014.1600. *Op.cit.*

L'Union et le législateur français préconisent et imposent la mise en place d'une navette entre autorité administrative et autorité judiciaire, dans le cadre des procédures de clémence l'inverse est requis.

En effet en vertu de l'article 6.6 de la directive 2014/104, la divulgation de déclarations effectuées par les entreprises en vue d'obtenir la clémence est interdite. En droit français cette solution était déjà consacrée par l'article L462-3 du code de commerce. La directive va plus loin en prévoyant en plus « *qu'une entreprise bénéficiant d'une immunité d'amende (...) sera déchargée de la responsabilité solidaire qu'encourent en principe les participants à une entente* »¹⁸⁵.

Ainsi le choix a été fait en faveur de la procédure de clémence. L'absence d'accès au dossier et aux preuves à la disposition de l'Autorité rend le travail du juge civil quasi irréalizable. L'intérêt de la clémence est préservé en garantissant aux entreprises une certaine confidentialité. En effet, l'utilité de la clémence reste intacte, en ce que les entreprises, pour reprendre les termes de Madame Claire Favre qui « *jouent le jeu* » ne deviennent pas « *des proies faciles dans le cadre du contentieux en réparation* ».

Ainsi les deux intérêts fondamentaux gravitant autour du droit de la concurrence se confrontent encore : L'intérêt du marché et l'intérêt privé. Ces deux intérêts semblent donc encore « *inconciliables* »¹⁸⁶ sans qu'une hiérarchisation n'ait lieu. La problématique de la cohabitation entre l'action de groupe et les procédures de clémence symbolise parfaitement la dynamique actuelle de la politique concurrentielle : Les intérêts privés et la protection des consommateurs tendent à se développer. Certes, la protection de ces derniers a été hissée au rang des nouveaux objectifs européens, mais la coexistence égalitaire des actions subjectives et objectives reste encore impossible. En effet le choix d'empêcher le transfert des informations probantes aux juges civils traduit la préférence pour la répression plutôt que la réparation. Le Conseil de la concurrence français dans son avis de 2006, a consacré une partie de ses développements à la place respective de l'action publique et de l'action privée en droit de la concurrence. La balance avait clairement déjà penchée pour le *public enforcement* lorsque le conseil affirmait en 2006 que « *aussi parce qu'ils permettent la révélation des comportements anticoncurrentiels les plus dommageables aux consommateurs, lesquels seraient toujours actifs en l'absence de procédure d'autorévéléation, les programmes de clémence, instrument très puissant dans les mains des autorités publiques de concurrence doivent être sauvegardés afin de préserver leur caractère attractif* »

D'ailleurs l'OCDE a constaté que cette solution fut adoptée de manière majoritaire¹⁸⁷. En effet seule une confidentialité exemplaire peut rassurer et convaincre les entreprises.

¹⁸⁵ BRUNET-A.DEPUIS- E.PAROCHE précité – Voir également, Art 11.Dir 2014/114.

¹⁸⁶ S. PIETRINI *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationales européennes et internationales* p.607 *Op.cit.*

¹⁸⁷ OCDE. *Pratiques exemplaires en matière d'échange d'information entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquête sur les ententes injustifiables* du 13 décembre 2005.

Ce choix reste à questionner puisque la procédure de clémence n'est pas, contrairement à ce qu'insuffle l'autorité, une pratique qui permet de prévenir l'accomplissement de pratique anticoncurrentielle. Cet outil permet seulement une meilleure détection des ces pratiques. Or ce n'est pas parce que l'on en détecte plus, et que par voie de conséquence plus de sanction sont prononcées, que l'on parvient à lutter contre le phénomène en en diminuant le nombre. Aucune preuve n'a jamais été apportée montrant que les procédures de clémence ont permis de faire diminuer quantitativement le nombre de pratiques anticoncurrentielles. A l'instar de la théorie criminologique relative au « chiffre noir », pour appréhender le nombre d'infraction, en l'occurrence anticoncurrentielle, les services d'enquêtes ont besoin d'avoir connaissance de leur existence. L'étape intermédiaire entre la commission d'un fait et sa connaissance par les services répressifs, s'appelle la « *reportabilité* » selon l'expression de Rober¹⁸⁸t. Ce phénomène dépend de la visibilité de l'infraction. Ainsi la procédure de clémence permet d'évaluer non pas la criminalité concurrentielle mais le nombre de pratiques détectées. Cette augmentation ou cette diminution du nombre de pratiques ayant fait l'objet de condamnation ne peut s'analyser comme une augmentation ou une diminution du phénomène même de la violation des règles anticoncurrentielles. Le raisonnement est biaisé.

Bien qu'il soit incontestable que la répression des pratiques anticoncurrentielles soit primordiale, la procédure de clémence ne permet pas de prévenir le phénomène. Elle facilite simplement sa sanction. Or l'action de groupe, si tenté qu'elle eut été effective, aurait peut être permis par l'instauration d'une menace complémentaire ou supplémentaire pour les entreprises, de lutter en amont contre la commission même d'une infraction au droit de la concurrence. Ainsi l'action de groupe apparaissait dans cette situation comme un élément utile à la lutte contre les infractions anticoncurrentielles et parfaitement complémentaire aux mécanismes de sanction déjà présents dans l'arsenal juridique français.

¹⁸⁸ Ph. ROBERT. Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles, 1977. *Déviance et Société*, vol.I n°1, p.3-27.

CONCLUSION

L'action de groupe telle que conçue par la loi Hamon symbolise tout de même une évolution notable pour les droits des victimes des pratiques anticoncurrentielles. En effet, on ne peut lui enlever que l'introduction d'un tel outil procédural offre pour la première fois, du moins dans l'intention, un pouvoir particulier aux consommateurs. Jusque là emmués dans leur silence, ils disposent désormais du pouvoir de revendiquer le dommage qui leur a été causé. Ainsi, l'action de groupe vient réincarner le rôle du consommateur, qui jusqu'à présent ne pouvait que se sentir délaissé, voir inexistant, vis à vis des considérations économiques dont s'emparaient les politiques anticoncurrentielles. Il aura fallu des décennies, alors qu'il y a vingt ans déjà, le Professeur Caballero, s'écrier « *Plaidons par procureur !* »

Nonobstant, comme il a été démontré les règles choisies tant par le législateur européen que national, sont encore à modifier. Il a d'ailleurs été prévu dans la loi même que « *trente mois au plus tard après la promulgation (...) le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires* » Ce bilan ne peut être attendu qu'avec impatience. En effet il est apparu que dans une analyse plus concrète du mécanisme certains obstacles resteront infranchissables. Ceci est regrettable puisque l'action de groupe, théoriquement très prometteuse, apparaît alors comme vidée de sa substance. Ses difficultés de mise en oeuvre, qui incontestablement désamorcent la crainte que l'on pourrait en tirer, rendent l'action de groupe à la française chimérique. Le (s) talon(s) d'Achille de l'action de groupe réside(ent) dans quatre faiblesses « *l'éparpillement institutionnel, un paritarisme insuffisamment efficient, une culture de la prévention et de l'éducation du consommateur trop peu développée, des préoccupations nationales et européennes pas assez centrées sur l'enjeu consumériste* »¹⁸⁹.

Rien n'est plus probant que les chiffres suivants : depuis l'introduction de l'action en droit de la concurrence, aucune action a n'été intentée. Au delà de l'intérêt propre du consommateur l'action de groupe avait un fort potentiel dans la lutte contre les dérives de marché. Elle était ainsi envisagée comme une arme complémentaire aux autorités administratives. En effet « *l'économie de marché à besoin de régulateurs puissants, de régulateurs entreprenants, et de régulateurs responsables* »¹⁹⁰. L'action de groupe aurait pu incarner le dernier d'entre eux. L'action de groupe répond à plusieurs enjeux : « *les enjeux de justice* » qui doivent être préservés face aux éventuelles dérives qui peuvent naitre de cette pratique, et les « *enjeux d'attractivité dans*

¹⁸⁹L. CHATEL, *De la conso méfiance à la conso confiance : rapport au Premier ministre de la mission parlementaire auprès du secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur « l'information, la représentation et la protection du consommateur »*, La documentation française, juillet 2003.

¹⁹⁰ Journée européenne de concurrence *Opt.cit.*

*un contexte de mise en concurrence des places juridiques*¹⁹¹. En effet, les divergences entre les différentes actions de groupes conceptualisées en Europe, peuvent aboutir à un véritable forum shopping. Chaque système apparaît ainsi plus ou moins attractif pour le consommateur, ou plus ou moins favorable à l'entreprise. La libéralisation du marché intérieur passe aussi par la protection des consommateurs, encore faut-il que dans ce marché unique existe une action unique.

Enfin et pour conclure, très rapidement après l'instauration de l'action de groupe, il a été possible de voir apparaître des initiatives privées qui se sont immiscées dans le sillage de l'action collective en profitant de la sur-médiatisation dont cette dernière a fait l'objet. Ainsi, de nombreux avocats et hommes d'affaires à l'instar de Monsieur Jérémy Oinino ou de Jeremie Assous, ont mis en place des sites permettant de regrouper des plaintes de clients lésés « *par les pratiques abusive d'un grand groupe* »¹⁹². Puisqu'ils sont exclus de l'action de groupe originelle, ces derniers reprennent leur droit en contournant le mécanisme. Le processus est très simple : l'inscription est gratuite, et permet aux consommateurs de faire partie d'une action regroupant un maximum de plaignants pour entamer une procédure de médiation avec l'entreprise désignée « *comme auteur* »¹⁹³. L'inscription sur le site internet (ex *actioncivile.com* ou *demandjustice.com*) permet ainsi de récolter des mandats exprès. Cette nouvelle conception, s'apparente à l'action de groupe, à la seule différence que devront être déposées autant d'assignations qu'il y a de victimes. Or avec l'utilisation des moyens modernes, ceci n'est plus forcément un frein à l'action. Alors que le recours collectif visait à réparer *les préjudices de masses*, l'exclusion des avocats fait naître *la défense de masse*. En effet ces actions dites 2.0 bousculent la profession¹⁹⁴, en ce que comme l'explique Jeremie Assous « *il n'est aucunement question d'assister les plaignants. On ne donne aucune consultation personnelle, les plaignants ont à leur disposition sur le site un certain nombre d'informations utiles. Charge pour les plaignants de mener seul leur combat* ». Sans se cantonner au droit de la concurrence, l'un de ces sites a déjà permis de faire aboutir presque 60 000 procédures. La réparation des pratiques anticoncurrentielles pourra être à l'avenir aussi concernée par cette action hybride.

La rémunération des gérants de ce site se fait sur la base d'un seul pourcentage pris sur les dommages et intérêts obtenus par la médiation. La prohibition stricte des honoraires de résultats et de l'intervention des avocats, n'a eu qu'un effet pervers. La médiation proposée par ces sites ne pourra qu'à l'avenir se transformer en chantage. Tout ce qui n'a cessé d'être combattu s'incarne alors en dehors des sentiers battus. Si les avocats n'avaient pas été mis sur le banc de touche, ils n'auraient pas recherché à tirer profit d'une telle législation. A trop vouloir contrer certaines dérives, on oublie souvent qu'autoriser revient aussi à encadrer, limiter, contrôler. « *La prohibition renforce toujours ce qu'elle interdit* ». Frank Herbets

¹⁹¹ Audition du 13 juill. par la Commission des affaires économiques du sénat).

¹⁹² J. MUCCHIELLI. L'action de groupe 2.0 bouscule déjà la profession *Dalloz actualité* du 17 février 2014.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ C. GALVADA et G. PARLEANI, *Droit communautaire des affaires*. LITEC. 1988, (p. 374)-