



Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles

Par lettre, en date du 24 janvier 2006, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et le directeur des affaires civiles et du Sceaux (DACS) ont demandé au Conseil de la concurrence de leur faire connaître ses observations sur le rapport relatif à l'action collective contre certaines pratiques abusives observées sur certains marchés.

Après en avoir délibéré, le Conseil souhaite faire, sur ce sujet, les observations suivantes :

INTRODUCTION : LA PLACE RESPECTIVE DE L'ACTION PUBLIQUE ET DE L'ACTION PRIVÉE

1. A la différence des Etats-Unis, la mise en œuvre de la répression des pratiques anticoncurrentielles est confiée à titre principal, en Europe, à des autorités spécialisées, dotées d'un pouvoir de sanction administrative (action publique). Ces autorités spécialisées sont la Commission européenne au niveau communautaire et les autorités nationales de concurrence (ANC) au niveau de chaque État. Celles-ci sont désormais réunies au sein du Réseau européen de concurrence (ci-après le Réseau)⁽¹⁾ depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003. Cette primauté de l'action publique correspond à une pratique désormais bien établie et permet de mettre en œuvre une véritable politique de la concurrence à l'échelle de l'Union européenne, dont l'objectif est de créer un marché unique sur lequel s'exerce une concurrence non faussée. Dans un tel contexte, le recours direct aux juridictions (actions privées) ne peut avoir la même efficacité que l'action publique ainsi organisée. A ce stade de l'intégration du marché européen, il n'apparaît pas nécessaire de modifier ces équilibres. Le système doit reposer sur une mise en œuvre du droit de la concurrence dans un cadre public fort, même si son efficacité peut être améliorée ou renforcée par une action privée maîtrisée.
2. La Commission européenne, dans son Livre vert sur les actions en dommages et intérêts, insiste également sur l'importance du rôle joué par les autorités publiques de la concurrence : « *L'application du droit de la concurrence par les pouvoirs publics est*

1 Le Réseau européen des autorités de concurrence existe depuis le 1^{er} mai 2004. La langue de travail la plus souvent utilisée étant l'anglais, ce réseau est dénommé ECN (European Competition Network).

indispensable pour garantir une protection effective des droits conférés et une application effective des obligations imposées par le Traité » ⁽²⁾. De surcroît, l'efficacité du Réseau est encore accrue par le développement dans de nombreux Etats membres de nouveaux instruments tels que les programmes de clémence permettant de mieux mettre à jour des pratiques secrètes ou les procédures d'engagements qui donnent la possibilité d'organiser une régulation plus rapide des marchés. Ces moyens sont spécifiques à l'action des autorités publiques et ne peuvent être mis en œuvre par la voie judiciaire.

3. Dans le cadre d'une réflexion sur les actions de groupe, il convient donc de garder à l'esprit la distinction entre l'action répressive et régulatrice menée à l'initiative des autorités publiques de concurrence et l'action privée à vocation réparatrice, engagée par les victimes des pratiques anticoncurrentielles devant les tribunaux. L'émergence d'une action privée plus efficace ne doit donc se concevoir que comme un complément du dispositif propre à l'action publique. Dans cette perspective, il convient tout particulièrement de veiller à la cohérence globale du système en s'assurant que la mise en œuvre des actions privées ne se fasse pas au détriment de l'efficacité de l'action publique, mais s'inscrive en complément positif des mécanismes de régulation publique des marchés déjà en place.
4. Le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour s'exprimer sur la totalité des questions soulevées par l'introduction éventuelle d'une procédure d'action de groupe dans le droit français et il se prononcera, dans le cadre du présent avis, uniquement sur l'impact que pourrait avoir la mise en place d'une action collective sur la mise en œuvre et l'efficacité du droit de la concurrence.
5. A cet effet, dans un premier temps, le Conseil procédera à un rappel du contexte juridique et européen dans le cadre duquel se sont développées les réflexions sur l'opportunité du développement des actions collectives.
6. Dans un deuxième temps, le Conseil de la concurrence exposera les raisons pour lesquelles il considère qu'il est à la fois utile et souhaitable de disposer, au sein des actions civiles, d'actions de groupe afin d'organiser de manière plus juste et efficace le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles. Il attirera toutefois l'attention sur les points de rencontre, en nombre assez limité, entre les actions de groupe et les pratiques anticoncurrentielles et soulignera que le développement de l'action collective ne permettra pas de régler, par lui-même, tous les problèmes propres à l'action civile.
7. Dans un troisième temps, il s'attachera à démontrer que s'il est favorable à une réforme ayant pour objet d'offrir un espace plus large aux actions privées, et parmi elles, aux actions de groupe, une telle réforme ne peut être entreprise qu'à la condition que certaines précautions soient prises en particulier pour ce qui concerne la protection des programmes de clémence et l'organisation dans le temps des procédures publiques et privées.

² Voir Livre vert de la Commission européenne « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », point 1-1.

I. Le cadre juridique

A. LE CONTEXTE JURIDIQUE FRANÇAIS

8. L'introduction d'une forme d'action en réparation de préjudices de masse, autrement nommée « action de groupe », « action collective » ou « *class action* » en référence au droit américain, qui consiste à intenter une action en justice au nom d'un groupe de victimes ayant chacune subi un dommage similaire, afin d'obtenir collectivement réparation du préjudice subi, est une question controversée.
9. La procédure d'action de groupe permet en pratique de renforcer les droits des consommateurs, qui n'ont souvent qu'un intérêt financier très limité à agir individuellement en justice concernant des litiges portant sur des dommages d'un faible montant. C'est là un moyen de rééquilibrer les rapports entre professionnels et consommateurs au profit de ces derniers.
10. Selon des modalités très variées, ce type de procédure est pratiqué aux Etats-Unis et au Canada mais aussi dans certains pays d'Europe. En effet, la Suède, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni se sont dotés de ce type de procédure, avec des particularismes marqués selon les systèmes juridiques concernés. En Italie, un projet de loi a été présenté au Parlement, tandis que l'Allemagne envisage également d'introduire une telle action.
11. En France, c'est notamment dans le domaine de la consommation que les réflexions se sont succédé dans le sens d'une amélioration des recours ouverts aux victimes de préjudices collectifs. Ces réflexions ont abouti en 1992 à l'introduction, non pas d'une « *action de groupe* » au sens qui vient d'être défini, mais d'une action dite en représentation conjointe ouverte aux associations de consommateurs à des conditions très restrictives.
12. En 2005, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le directeur des affaires civiles et du sceau ont été chargés de créer un groupe de travail en vue de faire des propositions allant de l'amélioration du dispositif de l'action en représentation conjointe jusqu'à la mise en place de mécanismes nouveaux qui ouvriraient aux associations de consommateurs le droit d'agir, dans certains types de litiges, au nom d'un groupe de consommateurs, pour obtenir le respect des règles de droit et la réparation des préjudices individuels.
13. Le rapport du groupe de travail a été remis le 16 décembre 2005 au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre de la justice. Ce groupe a précisé les axes d'une possible réforme, en laissant ouvertes les questions de la forme juridique d'une action de groupe et de son champ d'application.
14. Le président du Conseil de la concurrence, lors de son audition par le groupe de travail, a fait état d'une position ouverte de l'autorité de concurrence pour intégrer, dans le champ d'application de cette procédure, les préjudices subis par les consommateurs du fait de pratiques anticoncurrentielles, sous réserve de traiter des difficultés spécifiques juridiques et pratiques, qui feront l'objet des développements ci-après.

15. De nombreux membres de la communauté juridique et économique et du monde des affaires se sont exprimés parmi lesquels le premier président de la Cour de Cassation ⁽³⁾. Ce dernier a notamment considéré que l'introduction d'une action collective était inéluctable et que ce type d'actions était la meilleure solution pour régler les problèmes d'asymétrie de puissance entre les grands groupes et les consommateurs multiples et isolés qui subissent individuellement des préjudices minimes qui globalement représentent des sommes considérables. Selon le Président Canivet, il ne faut pas exclure de cette action certains domaines tels que l'environnement, la concurrence et la santé publique. Enfin, sur la nature des dommages et intérêts, il a considéré qu'il ne fallait pas faire de la réparation du préjudice une sanction en adoptant des dommages à caractère punitif.

B. LE CONTEXTE JURIDIQUE EUROPÉEN

16. Dans le cadre de l'OCDE, des débats se sont tenus, à partir de l'expérience des Etats-Unis en la matière, sur les avantages et les inconvénients résultant d'une incitation donnée aux actions privées en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. Ces réflexions sur l'action privée en général ont conduit à débattre de l'action de groupe qui constitue un développement possible de l'action en réparation.
17. A l'échelon européen, alors même qu'à première vue le droit de la responsabilité civile apparaît bien éloigné des préoccupations du Traité en matière de concurrence, le droit communautaire s'y intéresse depuis de nombreuses années. Ceci 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 les plus nocives. 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.
18. Plusieurs événements ont récemment contribué à conférer un regain d'actualité et d'intérêt à cette question de la place et du rôle des actions privées et plus spécifiquement, à la question de la réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle.
19. Tout d'abord, la Cour de Justice, dans son arrêt « *Courage* » du 20 septembre 2001 ⁽⁴⁾, a renforcé la place donnée au droit de la responsabilité dans le cadre de la sanction attachée aux pratiques anticoncurrentielles. En effet, elle énonce dans cet arrêt, qu'au nom de l'effet utile du Traité, toute personne doit pouvoir « *effectivement* » demander la réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement restrictif de concurrence. Par suite, le règlement 1/2003 et la communication sur la coopération avec les juridictions évoquent l'octroi de dommages et intérêts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Après l'affaire « *Courage* », plusieurs réformes substantielles visant à permettre une réelle indemnisation à la suite d'infractions aux règles prohibant les cartels et les abus de position dominante, ont été mises en place dans certains Etats-membres. Ainsi, au Royaume-Uni, l'*Enterprise Act* de 2002 accorde une place de choix aux actions privées et notamment aux actions collectives de consommateurs pour une même infraction ⁽⁵⁾.

3 Voir La Tribune, 16 mai 2006, Guy Canivet, premier Président de la Cour de Cassation « Introduire l'action collective est une évolution inéluctable ».

4 Voir *Courage /Crehan*, affaire C-453/99, arrêt de la Cour de Justice du 20 septembre 2001, points 26 et 27.

5 Les sections 47A et B de l'*Enterprise Act* autorisent les actions collectives des consommateurs appelées « Group Litigation order ». L'action doit être exercée par un organisme agréé (specified body) qui agit pour le compte d'au moins deux consommateurs ayant donné leur consentement.

20. C'est dans ce contexte que la Commission européenne a annoncé son intention de favoriser les actions en réparation civile des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence. A cet effet, elle s'est attelée à une vaste réflexion sur les moyens de faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence dans l'Union. L'action de groupe, en tant que développement possible de l'action privée, fait partie intégrante de cette analyse.
21. Afin de connaître les moyens les plus efficaces pour encourager les victimes à agir directement en dommages et intérêts devant les juridictions nationales, elle a fait procéder à un état des procédures existantes pour obtenir la réparation d'un dommage causé par une pratique anticoncurrentielle et à une quantification des actions effectivement mises en œuvre dans chaque Etat de l'Union européenne.
22. L'étude comparative réalisée par le Cabinet Ashurst auprès des 25 Etats-membres, publiée en septembre 2004, a révélé un très faible développement des actions privées en réparation d'une pratique anticoncurrentielle et « *une étonnante diversité d'approche* » des systèmes juridiques des Etats. Aussi, l'étude Ashurst a-t-elle dressé le constat suivant : « *alors que le droit communautaire exige un système efficace de traitement des demandes d'indemnisation faisant suite à des infractions aux règles sur les ententes, ce domaine du droit est caractérisé, dans les 25 Etats-membres par un total sous-développement* ».
23. A partir du diagnostic établi par le rapport Ashurst et des premières discussions, la Commission a identifié les obstacles à la mise en place d'un système plus efficace d'introduction des actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre d'un Livre vert publié le 21 décembre 2005 (ci-après « le Livre Vert », avec l'objectif suivant : « *le fait de faciliter les demandes d'indemnisation doit permettre aux consommateurs et aux entreprises victimes d'une infraction aux règles sur les pratiques anticoncurrentielles, d'être plus facilement indemnisés par l'auteur de l'infraction, mais renforcera aussi l'application de ce droit. En ayant la possibilité d'introduire effectivement une demande d'indemnisation, chaque citoyen européen, que ce soit une entreprise ou un consommateur, deviendra plus proche des règles de concurrence et pourra participer plus activement à leur application* »⁽⁶⁾.

II. L'intérêt des actions de groupe dans le domaine des pratiques anti-concurrentielles

24. S'il apparaît utile de disposer au sein des actions civiles, de procédures d'actions de groupe de consommateurs propres à rendre plus effectif le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, l'expérience du Conseil de la concurrence montre que les cas dans lesquels des actions de groupe pourraient être utilement engagées contre des pratiques d'ententes ou d'abus de position dominante sont limités. En outre, le Conseil observe que l'action collective ne saurait régler certaines difficultés liées à la mise en œuvre des procédures civiles en elles-mêmes, difficultés qui, au contraire, pourront être accrues du fait de la spécificité du contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

⁶ Voir Livre vert « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », point 1-1.

A. L'UTILITÉ DES ACTIONS CIVILES EN GÉNÉRAL ET DES ACTIONS DE GROUPE EN PARTICULIER

25. Deux raisons principales militent en faveur du renforcement des actions civiles et du développement des actions de groupe en matière de concurrence : une meilleure réparation des préjudices subis par les consommateurs et leur association à la politique de concurrence dont le caractère dissuasif en serait globalement renforcé.
26. En premier lieu, ces actions peuvent contribuer à une meilleure reconnaissance du droit des consommateurs à obtenir une réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de pratiques anticoncurrentielles. Elles peuvent également réduire l'asymétrie entre la capacité d'agir des entreprises souvent constituées de grands groupes et celle des consommateurs, par nature isolés, qui subissent des préjudices au plan individuel minimes mais qui, globalement, représentent des sommes considérables.
27. Or, lorsque les victimes des pratiques anticoncurrentielles sont les consommateurs, les mécanismes d'indemnisation existants ne leur permettent pas d'intenter une action en réparation de *manière effective*. En effet, dans le cas d'atteinte au fonctionnement du marché affectant une catégorie de consommateurs, à concurrence de montants faibles pour chaque individu, le consommateur individuel est dissuadé d'agir compte tenu de la complexité et du coût des procédures au regard de la faiblesse du gain escompté. Une vraie procédure d'action de groupe aurait le mérite d'inciter de nombreux consommateurs victimes ayant subi individuellement un dommage mineur mais globalement élevé à entreprendre une action. Ce mécanisme d'agrégation des plaintes permettrait non seulement aux consommateurs de réaliser des économies d'échelle en regroupant leurs moyens, mais également aux autorités judiciaires d'optimiser leurs ressources et d'éviter le risque de décisions contradictoires.
28. S'agissant des actions des consommateurs, le Conseil de la concurrence constate que les saisines de la part des associations de consommateurs restent encore peu nombreuses. Comme il ressort du tableau ci- après, entre 1997 et 2005, 25 affaires contentieuses et 4 demandes d'avis ont été apportées par les organismes représentant les consommateurs.

Année	Nombre des saisines	Associations des consommateurs saisissantes	Secteur d'activité	Nature de la pratique	Décisions et avis	Type de la décision
1997	2	- Confédération syndicale du cadre de vie - Confédération syndicale du cadre de vie	- Avocats du Barreau des Hautes-Alpes - Avocats du Barreau de Clermont-Ferrand	Fixation des honoraires des avocats	- Décision n° 97-D-29 du 14.05.1997 - Décision n° 97-D-30 du 14.05.1997	Condamnation, injonction et sanction pécuniaire
1998	3	- Confédération syndicale du cadre de vie - Confédération syndicale du cadre de vie - Confédération syndicale du cadre de vie	- Avocats du Barreau des Alpes de Haute-Provence - Avocats du Barreau d'Aurillac - Avocats du Barreau de Marseille	- Fixation des honoraires des avocats - Fixation des honoraires des avocats - Etablissement de barèmes indicatifs	- Décision n° 98-D-01 du 7.01.1998 - Décision n° 98-D-02 du 7.01.1998 - Décision n° 98-D-07 du 14.01.1998	Condamnation, injonction et sanction pécuniaire
1999	5	- Fédération des familles de France - UFC Que Choisir - Comité des abonnés au câble de Metz - UFC du Val d'Oise - UFC Que Choisir	- Secteur de la parfumerie - Pratiques mises en œuvre par l'INC - Secteur du câble - Secteur d'hôtellerie - Le marché des produits du tabac	L. 420-1 et L. 420-2	- Décision n° 99-D-24 du 6.04.1999 - Décision n° 99-D-26 du 13.04.1999 - Décision n° 99-D-28 du 11.05.1999 - Décision n° 99-D-35 du 22.06.1999 - Décision n° 99-D-40 du 22.06.1999	- Retrait de saisine - Sursis à statuer - Irrecevabilité (association de consommateurs non agréée) - Sursis à statuer - Classement
2000	3	- UFC du Val-d'Oise - Confédération syndicale du cadre de vie 3) UFC Que Choisir	- Distribution de produits de consommation courante aux prisonniers - Avocats du Barreau de Bonneville - Marché de la presse consumériste	- L. 420-2 - L. 420-1 - L. 420-2	- Décision n° 00-D-27 du 13.06.2000 - Décision n° 00-D-23 du 31.05.2000 - Décision n° 00-D-54 du 28.11.2000	- Non-lieu - Injonction, publication - Sanction pécuniaire
2001	4	- UFC de Cergy-Pontoise - Association Force ouvrière consommateurs - UFC - Association des usagers de l'eau de Saint-Martin d'Uriage	- Convention d'affermage relative au service public du chauffage urbain - Matériaux de construction - Secteur bancaire - Contrat d'affermage pour la fourniture d'eau et l'assainissement	- L. 420-1 et L. 420-2 - L. 420-1 et L. 420-2 - Conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire - L. 420-2	- Décision n° 01-D-48 du 26.07.2001 - Décision n° 01-D-74 du 5.11.2001 - Avis n° 01-A-13 du 19.06.2001 - Décision n° 00-D-89 du 20.02.2001	- Irrecevabilité - Rejet - Irrecevabilité (association de consommateurs non agréée)
2002	4	- Association St'Halt Tort Tue - Association de défense des justiciables - UFC Que Choisir de Nantes - Bouygues Télécom, UFC Que Choisir	- Secteur pharmaceutique - Secteur bancaire et prêts - Pratiques mises en œuvre par l'Institution de retraite nationale interprofessionnelle de salariés - Postes et télécommunications	- L. 420-1 et L. 420-2 - L. 420-1 et L. 420-2 - L. 420-1 et L. 420-2 - L. 420-2	- Décision n° 02-D-30 du 14.05.2002 - Décision n° 02-D-50 du 4.09.2002 - Décision n° 02-D-51 du 4.09.2002 - 02-D-69 du 26.11.2002	- Irrecevabilité (association de consommateurs non agréée) - Irrecevabilité (association de consommateurs non agréée) - Rejet - Rejet des saisines au fond et des mesures conservatoires

Année	Nombre des saisines	Associations des consommateurs saisissantes	Secteur d'activité	Nature de la pratique	Décisions et avis	Type de la décision
2003	1	- Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie		- Conditions de commercialisation du porte-monnaie électronique Monéo	Avis n° 03-A-17 du 18.09.2003	
2004	1	UFC Que Choisir	Conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée	- Revente à perte et les accords de coopération commerciale après la loi du 1.07.1996 dite « loi Galland »	Avis n° 04-A-18 du 18.10.2004	
2005	6	- Association La Quiétude - Confédération du logement et du cadre de vie (CLCD) - Confédération du logement et du cadre de vie (CLCD) - Que Choisir - UFC Que Choisir - Confédération du logement et du cadre de vie (CLCD)	- Prévoyance funéraire - Avocats du Barreau d'Evry - Avocats du Barreau de Montpellier - Distribution de l'eau potable en Ile-de-France - Téléphonie mobile - Services bancaires	- L. 420-1, L. 420-2, 81 et 82 CE - L. 462-7 - L. 462-7 - L. 420-2 - L. 420-1 - L. 462-1	- Décision n° 05-D-21 du 17.05.2005 - Décision n° 05-D-56 du 21.10.2005 - Décision n° 05-D-57 du 21.10.2005 - Décision n° 05-D-58 du 3.11.2005 - Décision n° 05-D-65 du 30.11.2005 - Avis n° 05-A-08 du 31.03.2005	- Rejet de la demande des mesures conservatoires - Non-lieu - Non-lieu - Sanction pécuniaire - Sanction pécuniaire

Total de saisines de 1997 à 2005 : 29 dont 4 pour avis

29. En second lieu, les actions privées en général et les mécanismes d'action de groupe en particulier peuvent contribuer à renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle en faisant de la victime et particulièrement du consommateur un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment les cartels qui sont les plus dommageables. Cette volonté de s'appuyer davantage sur le juge judiciaire au moyen des actions privées pour assurer l'effectivité du droit de la concurrence a été affichée par la Commission européenne dans son Livre vert précité. Celle-ci considère, en effet, que le fait de faciliter les demandes d'indemnisation permettra non seulement aux consommateurs victimes d'une pratique anticoncurrentielle d'être plus facilement indemnisés par l'auteur de l'infraction mais renforcera aussi l'application du droit de la concurrence et garantira ainsi la pleine efficacité des dispositions du traité en contribuant à dissuader les comportements anticoncurrentiels.
30. En effet, il ressort de nombreuses études juridiques et économiques réalisées récemment, qu'en dépit d'une augmentation depuis une dizaine d'années, le niveau des amendes infligées par les autorités antitrust aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles, particulièrement de cartels, apparaît encore insuffisamment dissuasif au regard du gain illicite que procurent ces pratiques et de la probabilité limitée de leur détection.
31. A côté des sanctions publiques qui, eu égard à leurs montants désormais élevés, contribuent à dissuader les entreprises de se livrer à des pratiques prohibées, les actions de groupe peuvent être un facteur de dissuasion supplémentaire, puisqu'elles augmentent le risque financier pour l'auteur de l'infraction.
32. En définitive, les actions de groupe, en tant que développement des actions en dommages et intérêts dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles pourraient tout à la fois participer de la réhabilitation de la place dévolue aux victimes, en l'espèce aux consommateurs ayant subi un dommage du fait d'une pratique anticoncurrentielle et concourir à la préservation de l'ordre public concurrentiel.

B. AUTRES ÉLÉMENTS DE DIAGNOSTIC

1. LE CHAMP DE L'ACTION DE GROUPE EN MATIÈRE DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

33. Le champ de rencontre entre les pratiques anticoncurrentielles et les actions de groupe n'est pas aussi étendu qu'on pourrait l'imaginer dans la mesure où toutes les affaires ne se prêtent pas à une action collective.
34. Il faut d'abord rappeler qu'un grand nombre de cas soumis à l'appréciation des autorités de concurrence concerne des biens intermédiaires offerts sur un marché de gros qui se situe en amont du marché de détail sur lequel s'exprime la demande des consommateurs.
35. En effet, si les dommages à l'économie des pratiques anticoncurrentielles, notamment des cartels, et donc le nombre des victimes, apparaissent potentiellement élevés, les effets pour le consommateur final sont le plus souvent indirects, ce qui limite la possibilité effective de ce dernier de rechercher l'indemnisation du préjudice qu'il a subi.

36. A cet égard, la règle de transitivité du dommage, communément désignée par le terme anglais de « *passing on* »⁽⁷⁾ consistant à permettre à l'auteur des pratiques d'invoquer le fait que la victime directe (entreprise) ne puisse pas prétendre à une indemnisation dans la mesure où elle aurait répercuté le préjudice subi en aval (sur le consommateur notamment), peut apparaître à première vue séduisante, en ce qu'il semble, en privant la victime directe d'indemnisation, ouvrir au consommateur final une possibilité de réparation des dommages indirects.
37. En réalité, l'acceptation de ce moyen conduit, en pratique, à compliquer considérablement le traitement des dossiers par le juge civil. On notera, à cet égard, que les tribunaux fédéraux américains refusent de recevoir l'argument du « *passing on* »⁸ : ils considèrent en effet, s'agissant des cartels par exemple, qu'accepter ce moyen conduirait à diluer la responsabilité des auteurs de l'entente sans pour autant permettre aux consommateurs victimes indirectes de rapporter la preuve de la réalité de leur préjudice. Effectivement, dans cette hypothèse, on perçoit aisément la difficulté pour le consommateur final de prouver que, si la victime directe a augmenté le prix de ses produits, c'est parce qu'elle a répercuté le surcoût illégal sur les tiers et d'établir le lien de causalité entre le comportement anticoncurrentiel et le dommage. Une telle démonstration requiert la possession de données relatives au fonctionnement du marché qu'il lui est quasiment impossible de rassembler (éléments relatifs à la demande, à la structure du marché et à la fonction de coût).
38. Dans ces conditions, on perçoit que les actions de groupe effectivement envisageables concernent des pratiques commises par des entreprises qui sont dans une relation directe avec le dommage subi par le consommateur final. De ce point de vue, les affaires traitées par le Conseil et susceptibles de donner lieu à une action de groupe, peuvent être ainsi regroupées : certaines ententes horizontales portant sur des biens de grande consommation, les ententes verticales qui visent à augmenter artificiellement le prix de détail et les abus de position dominante dans le cadre desquels un opérateur a pu retarder l'arrivée de concurrents ou exclure certains d'entre eux. Ces affaires ne sont pas si nombreuses, si on observe les statistiques de ces dix dernières années, mais elles sont souvent des affaires ayant conduit à un montant élevé de sanctions du fait de l'importance des chiffres d'affaires en jeu.
39. De ce fait, il apparaît au Conseil de la concurrence, que le choix de l'action de groupe s'avèrera utile essentiellement dans les cas où la victime est un consommateur direct, ce qui accroît la probabilité d'établir un lien clair entre le comportement anticoncurrentiel et le dommage. A cet égard, l'exemple le plus explicite est celui de l'entente des banques sur la renégociation des emprunts immobiliers (décision n° 00-D-28 du 19 septembre 2000) ou celle des opérateurs français de téléphonie mobile (décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005).

7 Sur cette question du « *passing on* » ou « *pass through* », voir notamment l'article du professeur E. Combes « quelles sanctions pour les cartels ? une perspective économique », in RIDE 2006.

8 Sur l'interdiction du « *passing on defence* » de manière défensive (par l'auteur des pratiques anticoncurrentielles), voir l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis « Hanover Schoe & co V. United Schoe Machinery Corporation (1968) ». Sur l'interdiction du « *passing on defence* » de manière offensive par la victime indirecte, voir l'arrêt de la Cour suprême « Illinois Brick co V. Illinois (1977) ». Sur l'atténuation de cette interdiction du « *passing on* » pour des raisons tenant à la double législation (fédérale et étatique), voir l'arrêt de la Cour suprême, « California V. ARC America Corp. (1989) ».

2. LES DIFFICULTÉS PROPRES À L'ACTION CIVILE

40. Il faut également relever que l'indemnisation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle dans le cadre classique de la procédure civile n'est pas toujours une chose aisée et ce n'est pas l'introduction de l'action collective qui va, par elle-même, résoudre ces problèmes spécifiques. Ces difficultés ne doivent pas être occultées si l'on souhaite introduire un mécanisme efficace d'action de groupe en matière de droit de la concurrence. Elles supposent des choix de politique juridique destinés à renforcer l'efficacité de l'action en dommage et intérêts.
41. De fait, conformément à l'article 1382 du code civil, l'action au civil nécessite que le plaignant, individuellement ou au sein d'un groupe de victimes, démontre l'existence de la faute, justifie la réalité du préjudice subi et fasse également la démonstration du lien de causalité entre les deux.
42. En matière de contentieux de la concurrence, pour assurer la démonstration de ces éléments, l'action privée doit surmonter quatre difficultés majeures : la maîtrise de l'expertise requise en droit de la concurrence, le standard de la preuve, l'établissement du lien de causalité et les problèmes liés à la quantification du dommage.

2-1 S'agissant de l'expertise économique et du standard de la preuve

43. Le droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit spécifique, de caractère technique, qui requiert une capacité d'expertise des tribunaux. L'expertise en analyse économique du fonctionnement des marchés est en effet atypique par rapport aux grands blocs de légalité (droit commercial et droit civil) qui font le quotidien des juridictions.
44. Cette technicité particulière, indispensable au juge de la concurrence devra être renforcée, compte tenu de l'évolution en cours sur la manière d'appréhender les pratiques d'abus de position dominante, qui confirme le renforcement des raisonnements économiques pour la qualification des pratiques et l'analyse de leurs effets. Ce changement n'est pas sans incidence sur les actions privées en matière de concurrence dans la mesure où on s'éloigne d'une analyse fondée sur des catégories juridiques prédéfinies (« *approche par la forme* ») pour adopter une analyse impliquant la démonstration des effets anticoncurrentiels, actuels ou potentiels de la pratique dénoncée (« *approche par les effets* »).
45. Aussi, si le recentrage envisagé sur l'examen des effets des pratiques et la volonté de mieux mettre en phase la notion de position dominante et celle de réduction de l'intensité de la concurrence doivent être accueillis favorablement, force est de reconnaître que cette nouvelle approche ne facilitera pas la tâche du juge dans l'examen d'une plainte autonome d'un groupe de consommateurs, portant seul le contentieux sans le soutien d'une autorité de concurrence et sans pouvoir s'appuyer sur une décision déjà prononcée.
46. A ce titre, la spécialisation des tribunaux en matière de contentieux de la concurrence acquise très récemment ⁽⁹⁾ et les formations des juges en matière économique mises en place par la Cour de Cassation sont des facteurs très positifs qui contribueront à renforcer l'expertise économique du juge.

⁹ La spécialisation des juridictions a été introduite par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 et le décret du 27 décembre 2005.

47. Toutefois, s'il est essentiel que le juge dispose d'un volant d'affaires lui permettant d'acquérir une expérience en matière de traitement de contentieux de la concurrence, la question se pose néanmoins des moyens mis à sa disposition par le code de procédure civile pour ordonner des expertises et pour obtenir la production des éléments de preuve nécessaires à la démonstration d'une collusion ou d'une domination. A cet égard, on peut estimer que les règles civiles d'administration de la preuve sont suffisantes lorsque les pratiques examinées reposent sur des éléments contractuels ostensibles, la discussion portant alors sur l'analyse des clauses litigieuses de l'accord. En revanche, elles le sont beaucoup moins lorsque les pratiques sont occultes et supposent la recherche active d'éléments de preuve non identifiés par le demandeur ou lorsqu'il s'agit pour le juge de faire la démonstration de l'existence d'un abus de position dominante mis en œuvre au moyen, par exemple, d'une politique de prix.
48. En droit français, le juge civil ne dispose ni de l'équivalent de la procédure anglo-saxonne de « *discovery* » qui permet à l'expert ou au juge d'examiner l'ensemble des informations pertinentes pour la solution du litige, ni des pouvoirs d'enquête coercitifs du juge pénal ou du Conseil de la concurrence.
49. En l'absence de tels moyens d'investigation, on perçoit aisément la difficulté qu'aurait eu le juge civil, saisi à titre principal, c'est-à-dire sans qu'une décision préalable du Conseil ne soit intervenue, d'une action de groupe selon la procédure actuellement en vigueur de la représentation conjointe, de démontrer l'existence d'une entente.
50. Et ce déficit de moyens ne saurait légitimer l'existence d'un standard de preuve moins exigeant pour le juge civil. En effet, tout abaissement du niveau de preuve requis pour les actions civiles poserait un véritable problème de compatibilité avec le standard de preuve auquel les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne doivent se conformer. Il n'est pas envisageable de prévoir un standard de preuve différent selon que l'action est portée directement devant le juge civil ou bien, en premier lieu, devant une autorité de concurrence, puis devant un juge civil pour l'obtention de dommages et intérêts.
51. Force est donc de reconnaître que si la dualité des voies d'action doit être maintenue, pour certains types de pratiques nécessitant des investigations lourdes (cartels secrets) et une expertise économique approfondie (abus de domination au moyen, par exemple d'une politique de prix), le choix est en réalité plus limité qu'il n'apparaît en théorie. Le traitement au civil ne s'avère en réalité efficace que lorsque l'affaire a été préalablement traitée par le Conseil de la concurrence. Dans ce cas, en effet, le problème de l'expertise et de la preuve ne se pose pas dans les mêmes termes, eu égard aux pouvoirs d'enquête et aux moyens d'expertise économique dont dispose l'autorité spécialisée.
52. Ces interrogations sur l'efficacité de l'action civile sont très importantes dans la mesure où une action civile en complément de l'action publique ne contribuera à une indemnisation réelle de consommateurs que si le juge dispose des moyens suffisants et adéquats pour sanctionner et réparer les pratiques ayant un caractère réellement anticoncurrentiel. Dans cette hypothèse, les demandeurs ne seront pas incités à détourner l'action civile de son objet. Dans le cas inverse, si les tribunaux peinent à faire le partage entre les pratiques anticoncurrentielles et celles qui ne le sont pas, ajouter la possibilité d'une action civile ne va pas nécessairement dans le sens de l'intérêt général.

2-2 S'agissant du lien de causalité

53. A côté des difficultés tenant à l'expertise économique et à la preuve, se pose également la question de la détermination du lien de causalité direct et immédiat entre le dommage subi et la pratique dénoncée.
54. Comme expliqué ci-dessus, ces difficultés ne sont pas propres au contentieux en matière de droit de la concurrence ni à la procédure d'action de groupe mais tiennent pour une large part à l'absence de moyens procéduraux suffisants mis à la disposition des victimes et du juge civil. En effet, si la causalité peut être prouvée par tout moyen, dans la pratique, les indices et les présomptions graves, précises et concordantes selon les termes de l'article 1353 du code civil qui doivent permettre au juge de forger sa conviction ne peuvent être rassemblés faute de réel pouvoir d'investigation. C'est une des raisons pour lesquelles les victimes préfèrent saisir la juridiction pénale devant laquelle une véritable instruction peut être menée.
55. En matière de concurrence, la question du lien de causalité peut être délicate dans la mesure où l'on se situe le plus souvent dans le domaine du probable. Les économistes expliquent par exemple que les prix peuvent être influencés par une entente mais aussi par d'autres facteurs tels qu'un choc sur les coûts, des fluctuations de la demande, des changements de la structure du marché. La difficulté va consister à démêler ces causalités multiples afin de ne pas, au moment de la quantification du dommage, surévaluer ou surestimer l'impact de la pratique. A l'évidence, une telle analyse implique le recueil des données relatives au fonctionnement du marché en cause.
56. A cet égard, dans le cas où une décision du Conseil de la concurrence aurait été prise préalablement à une action civile, les analyses menées par cette autorité spécialisée pourraient constituer des éléments utiles à l'appréciation du lien de causalité entre le dommage et la pratique anticoncurrentielle et être utilisées par le juge, le cas échéant, comme des présomptions de causalité.

2-3 S'agissant de la difficulté d'évaluation des dommages

57. A supposer que l'on ait résolu les questions de preuve de la pratique et de lien de causalité en optant, s'agissant des cas les plus complexes, pour les actions consécutives (« *follow on* »), une phase d'évaluation du dommage s'ouvre, et suscite de nouvelles difficultés en matière de concurrence.
58. En pratique, la mission d'évaluation des dommages incombera le plus souvent à un expert nommé par le juge. Ce type de mission n'est pas sans poser problème. Il est évident que le préjudice résultant de prix décidés par les opérateurs de manière concertée ne s'apprécie pas de la même manière que le préjudice né d'un fait dommageable plus courant. Comme l'explique le professeur Combes⁽¹⁰⁾, « *l'évaluation du préjudice par la victime d'un cartel doit passer par la comparaison de la situation pendant la période de cartellisation du marché avec celle qui aurait prévalu en situation de concurrence. Mais l'estimation de l'équilibre concurrentiel et du prix qui lui est associé (dénommé « *but for price* ») n'est pas chose aisée* ».

¹⁰ Voir l'article d'Emmanuel Combes précité

59. Dans ces conditions, une des options proposée par la Commission dans son Livre Vert sur les actions en réparation de dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles, consistant à élaborer un guide d'évaluation du montant des dommages et intérêts, devrait retenir l'attention. Ce guide pourrait par exemple présenter différents modèles économiques utiles à l'évaluation du dommage ainsi que des exemples de leur mise en œuvre. Il pourrait également éclairer le juge sur les spécificités des infractions aux règles de la concurrence ainsi que sur les paramètres à prendre en considération lors de l'évaluation du préjudice. Le Conseil de la concurrence est quant à lui favorable à des lignes directrices non contraignantes de la Commission sur ce sujet.
60. Comme l'observait le Président Canivet « *l'enjeu est d'importance car lorsque les entreprises percevront nettement le risque certain d'avoir à désintéresser complètement les victimes de pratiques anticoncurrentielles qu'elles auront mises en œuvre et que les victimes percevront les chances sérieuses qu'elles ont d'être intégralement indemnisées, alors le recours aux juridictions civiles sera un mode utile et efficace de régulation des marchés* »⁽¹¹⁾.
61. S'agissant de la forme que doivent prendre les dommages et intérêts obtenus par une procédure collective, le Conseil de la concurrence considère que lorsque les montants à allouer sont individuellement faibles et dans la mesure où il s'agit de pratiques qui se situent dans un contexte de relations contractuelles entre le consommateur et l'entreprise auteur des pratiques, il conviendrait d'envisager une réparation soit sous forme de dommages-intérêts soit en nature.

III. Des précautions nécessaires en cas d'introduction des actions de groupe

62. Si l'évolution en matière de développement des actions privées et en particulier des actions de groupe appelle une réflexion ouverte, celle-ci doit néanmoins rester empreinte de pragmatisme.
63. En premier lieu, l'action privée doit être un complément positif à l'action publique. En effet, si le développement des actions privées peut contribuer à renforcer la dissuasion à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles, en faisant du citoyen, entreprise ou consommateur, un allié dans la lutte contre ces pratiques, cette nouvelle étape ne peut être franchie qu'à la condition de veiller à ce que la mise en œuvre des actions privées ne se fasse pas au détriment de l'efficacité des actions publiques de régulation de la concurrence. L'attention sera ici particulièrement portée sur la protection des programmes de clémence mis en place par de nombreuses autorités de la concurrence.
64. En second lieu, la succession dans le temps des procédures publiques et privées, notamment les risques de sollicitation systématique des autorités de la concurrence par les juges de l'action en dommages et intérêts, doivent également retenir l'attention dans le cadre d'une réflexion sur l'articulation optimale entre l'action publique et l'action privée en matière de concurrence.

¹¹ Voir Canivet, in l'expertise en droit de la concurrence.

A. LA PROTECTION DES PROGRAMMES DE CLÉMENCE

65. Ces programmes permettent, par les réductions de sanctions qu'ils prévoient, d'inciter les entreprises, parties à un cartel, à révéler elles-mêmes ces infractions néfastes pour l'économie, lesquelles n'auraient pas été forcément découvertes par les moyens d'enquête classiques à la disposition des autorités de concurrence. En outre, ces nouveaux instruments constituent un moyen de renforcer la démonstration et la régularité des preuves des pratiques en cause dans la mesure où une partie de ces preuves est apportée par le contrevenant demandeur à la procédure de clémence.
66. En 2001 ⁽¹²⁾, le législateur français a considéré qu'il est de l'intérêt de l'économie française, et notamment des consommateurs, de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui informent les autorités de concurrence de l'existence d'ententes illicites et qui coopèrent avec elles afin d'y mettre fin. Aussi, l'article L. 464-2-IV du code de commerce prévoit que l'entreprise qui, la première, demande la clémence et qui satisfait aux conditions prévues par la loi, obtient du Conseil de la concurrence une exonération totale des sanctions pécuniaires normalement encourues. Dans ces conditions, il apparaît tout à fait essentiel de veiller à ce que l'attractivité des programmes de clémence ne soit pas affaiblie par le développement des actions privées, en particulier par l'introduction d'actions de groupe de consommateurs.
67. S'agissant des infractions susceptibles de faire l'objet de demandes de clémence telles que les cartels secrets, la question se pose, en effet, de l'impact d'actions privées efficaces - notamment d'actions de groupe - sur les demandeurs de clémence potentiels. En effet, si les participants au cartel anticipent qu'une collaboration active avec les autorités de concurrence risque de conduire à une action civile individuelle ou collective, mais surtout peuvent permettre de faciliter l'aboutissement de ces actions à leur détriment, alors l'efficacité des programmes de clémence pourrait être compromise.
68. Cette question du risque que ferait peser sur les programmes de clémence la mise en œuvre d'actions privées en réparation a fait l'objet d'un débat intense aux Etats-Unis et a conduit le Congrès américain à adopter récemment une loi ⁽¹³⁾ qui limite le montant des dommages et intérêts dus aux victimes par le premier demandeur de clémence auprès de l'autorité chargée de l'action publique, le ministère de la justice.

¹² Le programme de clémence français a été introduit par la Loi du 15 mai 2001 et figure à l'article L. 464-2 IV du code de commerce. A l'occasion du prononcé de la première décision de fond mettant en jeu la procédure de clémence, le Conseil de la concurrence a publié un communiqué de procédure dans lequel il précise les conditions de mise en œuvre de la procédure de clémence.

¹³ Voir *L'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, section 213 b, 15 USC, juin 2004 opère ce qu'on appelle un "de-trebling", c'est-à-dire une impossibilité pour le juge civil de condamner le signataire d'un accord de clémence avec le DOJ au paiement des dommages et intérêts triples. Parallèlement, ce texte de loi relève les amendes maximum pour les entreprises de 1 à 100 millions de dollars. Il augmente également le niveau maximal de l'amende pouvant être infligée à une personne physique de 300 000 à un million de dollars et porte la peine maximale de prison de 3 à 10 ans.

69. Il est vrai que la situation outre Atlantique est très différente de celle qui existe en Europe et particulièrement en France. Aux Etats-Unis, compte tenu du fort développement des actions civiles⁽¹⁴⁾ et parmi elles de véritables « *class action* »⁽¹⁵⁾ et eu égard à l'existence de la règle des triples dommages⁽¹⁶⁾, les actions privées représentent une menace réelle et forte pour les entreprises membres d'un cartel et susceptibles de venir demander la clémence.
70. Dans l'Union européenne, comme expliqué dans la première partie, les actions de groupe n'existent pas ou bien ont été introduites sous une forme différente de la « *class action* » américaine ; quant aux dommages et intérêts, ils ne sont pas punitifs mais conservent un caractère compensatoire malgré de récentes propositions françaises pour l'introduction de dommages punitifs⁽¹⁷⁾. Le Conseil de la concurrence reste attaché au maintien de la notion de dommages et intérêts compensatoires, fortement ancré dans le système juridique français et dans celui de nombreux Etats de l'Union européenne. Toutefois, même si les dommages et intérêts conservent leur caractère compensatoire, le renforcement d'actions privées jusqu'alors très peu développées et l'introduction d'une action de groupe en droit français, risquent de rendre moins attractives les procédures de clémence.
71. Certes, il ne s'agit pas de faire échapper le demandeur de clémence à ses obligations en matière de réparation du dommage qu'il a pu causer à ses concurrents et aux consommateurs. Toutefois, il convient de rappeler que pour envisager une réparation civile dans les affaires susceptibles de faire l'objet de demandes de clémence (cartels secrets), il est indispensable que le demandeur de clémence n'ait pas été dissuadé de venir dénoncer la pratique devant le Conseil ; en effet, si aucune entreprise ne vient demander la clémence (parce qu'elle en est dissuadée par les conséquences de sa demande sur une éventuelle action civile), la pratique ne sera pas révélée et les victimes, par définition, ne pourront pas demander réparation, mais plus encore, elles continueront à subir les dommages générés par le cartel, sans que ni l'autorité publique de concurrence, ni le juge, ne puissent faire cesser la pratique faute d'en avoir connaissance.
72. 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'auto révélation, les programmes de clémence, instrument très puissant dans les mains des autorités publiques de concurrence, doivent être sauvegardés afin de préserver leur caractère attractif.

14 Selon l'auteur américain d'une étude comparative qui fait référence, les actions privées représenteraient à la fin du XX^e siècle 90 % de toutes les affaires de droit antitrust fédéral, voir C. Jones, *Private Enforcement of Anti-trust law in the EU, UK and USA*, Oxford University press, 1999, cité par le professeur L. Idot in « Regards sur les droits étrangers », Colloque, Paris, 29 avril 2004.

15 Les principales caractéristiques de la procédure de « *class action* » américaine qui la différencient des procédures de groupe existant en Europe sont principalement « l'opt in, » les « *contingency fees* » et l'existence d'un jury populaire.

16 La règle des dommages triples (« *treble damages* ») a été introduite aux Etats-Unis par les sections 7 et 4 du Sherman Act et du Clayton Act : elle prévoit que toute personne qui subit une atteinte dans ses droits de propriété ou dans ses affaires du fait de la violation d'une règle de droit de la concurrence, dispose d'un droit d'action, afin d'obtenir une somme équivalente à trois fois le montant des dommages dont elle a souffert.

17 Voir le rapport de la Commission présidée par le Professeur P. Catala, sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis au garde des sceaux le 22 septembre 2005. Cet avant projet, propose notamment l'introduction de la notion de dommages punitifs.(cf projet d'article 1371 du Code civil).

73. Pour limiter l'impact négatif que pourrait avoir l'action collective sur l'action publique, il sera donc nécessaire de garantir la confidentialité des déclarations faites par les entreprises demanderesse de la clémence devant les autorités de concurrence, afin qu'elles ne soient pas utilisées à d'autres fins. En d'autres termes, l'entreprise qui a obtenu le bénéfice de la clémence devant le Conseil ne doit pas, au minimum, être mise dans une situation moins favorable devant le juge civil, que les entreprises qui n'ont pas choisi de dénoncer l'existence d'un cartel et de coopérer. Par conséquent, l'autorité de la concurrence doit pouvoir refuser la communication de certaines pièces en relation avec les programmes de clémence, notamment les déclarations au soutien d'une demande de clémence.
74. C'est ce que la Commission européenne a prévu, dans le cadre du Règlement 1/2003, dans sa communication sur la coopération avec les juridictions nationales⁽¹⁸⁾. Si la Communication prévoit un devoir de transmission des informations aux juridictions nationales par la Commission, elle prévoit plusieurs exceptions à ce principe général. La première limitation est tirée des dispositions combinées des articles 10 et 287 du Traité CE et entraîne une interdiction relative pour la Commission de communiquer des informations couvertes par le secret professionnel aux juridictions nationales⁽¹⁹⁾. La seconde exception à la divulgation figure au paragraphe 26 de la Communication et concerne notamment les programmes de clémence : *« La Commission peut refuser de communiquer des renseignements aux juridictions nationales pour des raisons essentiellement liées à la nécessité de préserver les intérêts de la Communauté ou pour éviter toute interférence dans son fonctionnement et avec son indépendance, notamment de nature à compromettre l'accomplissement de sa mission. La Commission s'abstiendra, par conséquent, de transmettre aux juridictions nationales des renseignements fournis volontairement par l'auteur d'une demande de clémence sans avoir obtenu l'accord de celui-ci ».*

B. L'ARTICULATION DES PROCÉDURES DANS LE TEMPS

75. Comme expliqué supra, à la différence du modèle américain, les Etats de l'Union européenne connaissent une distinction bien marquée entre les autorités spécialisées de concurrence⁽²⁰⁾ et les juridictions de droit commun. Le règlement 1/2003 de modernisation des procédures d'application des articles 81 et 82 a renforcé cette distinction. En effet, avec l'abandon du régime centralisé mis en place par le Règlement 17/62, le Règlement 1/2003 renforce le rôle des autorités de concurrence, mais aussi celui des juridictions en leur reconnaissant une fonction essentielle dans l'application des règles communautaires de concurrence. Dans son considérant 6, notamment, ce texte énonce que les juridictions nationales *« préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des Etats-membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles 81 et 82 du Traité ».*

¹⁸ Voir la Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE.

¹⁹ Cf. § 24 de la Communication 2004/C 101/04.

²⁰ Ces autorités spécialisées sont dénommées ANC ou NCA en anglais dans le nouveau vocabulaire issu du Règlement 1/2003. Elles sont membres de l'ENC, le Réseau des autorités de concurrence.

76. Eu égard à l'existence de ces instances parallèles, une réflexion sur l'opportunité de l'introduction d'actions privées telles que les actions de groupe, conduit nécessairement à se poser la question de l'articulation dans le temps des compétences entre les autorités spécialisées et le juge de droit commun.
77. Pour la solution d'un litige relatif à des pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse d'une action individuelle ou d'une action de groupe, deux cas de figure principaux peuvent se présenter : en premier lieu, l'action en réparation et l'action publique peuvent être mises en œuvre pour juger la même pratique anticoncurrentielle. Dans cette hypothèse, on distingue deux situations : tout d'abord le cas où l'action privée est exercée en complément de l'action publique d'une autorité nationale ou communautaire de la concurrence : l'action publique précède alors la demande en réparation. On parle d'actions complémentaires ou « *follow on* ». Ensuite, le cas dans lequel l'action publique et l'action privée sont exercées en même temps. On parlera alors d'actions parallèles. En second lieu, l'action en dommages et intérêts peut être exercée de manière autonome par un consommateur ou un groupe de consommateurs à titre principal devant le juge civil sans qu'une autorité de concurrence ne se soit prononcée préalablement sur les pratiques ou, au contraire, avant une telle décision. On parle dans ce dernier cas d'action autonome (ou « *stand alone* »).

1. La procédure d'action complémentaire (dite de « *follow on* »)

78. La procédure dite d'action complémentaire est celle qui, en terme d'articulation dans le temps, (au moins pour les pratiques les plus difficiles à démontrer) apparaît la plus satisfaisante : dans un premier temps, l'autorité de la concurrence adopte une décision de condamnation et inflige des sanctions pécuniaires aux entreprises contrevenantes ; dans un second temps, la victime, en action individuelle ou en action de groupe, forte de cette décision constatant une pratique anticoncurrentielle, saisit le juge civil pour obtenir réparation de son préjudice. Même si, en droit français, 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 sur l'existence et la qualification de l'infraction.
79. Dans le cas d'actions consécutives de l'autorité de concurrence et du juge civil, l'Allemagne a consacré un véritable allègement des conditions de la responsabilité civile en reconnaissant une autorité de chose décidée aux décisions du *Bundeskartellamt* et depuis l'entrée en vigueur de la loi GWB sur les restrictions de concurrence ⁽²¹⁾, une autorité de chose décidée à toutes les décisions des autorités de concurrence, membre du réseau ECN, pourvu qu'elles soient devenues définitives.
80. Une telle solution, si elle était adoptée en France au moins pour les décisions du Conseil de la concurrence devenues définitives ⁽²²⁾, contribuerait à faciliter la tâche du demandeur et du juge dans la preuve du comportement anticoncurrentiel.
81. Au niveau communautaire, dans le but essentiellement de prévenir les conflits de décisions, le Règlement 1/2003 dans son article 16-1 dispose que lorsque les juridictions nationales statuent en application des articles 81 et 82 du traité sur des pratiques qui font déjà l'objet

²¹ voir l'article 33,alinéa 4 de la GWB (« *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* »).

²² Si cette voie était suivie en France, il conviendrait de déterminer avec précision quelles sont les décisions de l'autorité de concurrence qui seraient couvertes par cette autorité de chose décidée.

d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission ⁽²³⁾.

82. Toutefois, si les actions consécutives présentent de nombreux avantages en terme d'articulation des procédures, elles peuvent présenter l'inconvénient d'un allongement substantiel de la durée du contentieux. Dans tout contentieux et sûrement plus encore en matière de contentieux économique, le facteur temps est un élément fondamental tant pour la réunion des preuves que pour l'efficacité de la procédure. Dans le passé, les affaires « Peugeot c/Eco system » et « Mors Labinal », par leur durée de traitement de plus de dix ans, ont illustré ce problème ⁽²⁴⁾. Aussi, afin de ne pas perdre les bénéfices qui peuvent être tirés de procédures consécutives (« *follow on* »), il conviendrait de réfléchir, dans le cadre de la récente spécialisation des tribunaux, à la mise en place d'un traitement prioritaire des affaires dont les pratiques ont déjà été condamnées par l'autorité spécialisée.
83. Cette réflexion a été menée par les Britanniques à l'occasion de l'adoption, en 2002, de « l'Enterprise Act » en matière de concurrence. Dans le but de mettre en place une procédure plus rapide et moins coûteuse en matière de réparation des dommages causés par de pratiques anticoncurrentielles, ce texte modifie le rôle du « *Competition Appeal Tribunal* » (CAT) ⁽²⁵⁾, qui exerce à titre principal un contrôle juridictionnel sur les décisions prises en matière de pratiques anticoncurrentielles par l'autorité de la concurrence britannique, l'OFT (Office of Fair Trading). Sur le fondement de la section 47 A de l'« *Enterprise Act* », il est désormais possible de demander directement devant le CAT des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles, tant nationales que communautaires. Une telle action en dommages et intérêts ne peut intervenir qu'à la suite d'une décision de condamnation devenue définitive émanant de l'OFT, du CAT ou de la Commission européenne ⁽²⁶⁾. Il convient de relever ici que l'existence de cette procédure particulière en réparation devant le CAT n'empêche pas la victime d'agir devant les juridictions de droit commun.
84. Ces dispositions peuvent contribuer à ouvrir les actions en réparation aux acheteurs indirects. On voit effectivement l'intérêt que peut recouvrer, pour les consommateurs victimes d'une pratique anticoncurrentielle, cette voie d'action supplémentaire.
85. S'agissant particulièrement des actions collectives de consommateurs telles qu'introduites en droit britannique en 2002 ⁽²⁷⁾, dans le cas où l'OFT a préalablement rendu une décision de condamnation, le fait, pour un groupe de consommateurs, de pouvoir porter une action directement devant le CAT, constitue certainement un avantage.

2. Les actions parallèles

86. Dans le cas d'actions parallèles entre l'autorité de la concurrence et le juge civil, deux difficultés principales peuvent se présenter.

²³ L'article 16-1 du Règlement opère une codification des principes dégagés par la Cour de Justice dans son arrêt *Masterfood* du 14 décembre 2000.

²⁴ Ces affaires, citées dans le rapport Ashurst, ont donné lieu à une décision de la Commission puis ont fait l'objet d'actions en DI qui ont duré plus de 10 ans.

²⁵ Le *Competition Appeal Tribunal* a été créé par le *Competition Act* de 1998.

²⁶ Voir la section 47 A (6) à (8) de l'« *Enterprise Act* » de 2002.

²⁷ Voir la section 47 B de l'« *Enterprise Act* », l'action collective des consommateurs doit être exercée par un organisme agréé (*specified body*) qui agit pour le compte d'au moins deux consommateurs, ayant donné leur consentement.

87. Tout d'abord, la concomitance des procédures peut conduire à des risques de décisions divergentes entre l'autorité publique et le juge de la réparation. En effet, en droit français, aucune règle ne recommande au juge civil d'éviter de prendre une décision qui irait à l'encontre d'une décision envisagée dans une procédure pendante devant le Conseil de la concurrence. Le droit communautaire de la concurrence, quant à lui, a prévu, à l'article 16-1 du Règlement 1/2003 comme expliqué ci-dessus, des dispositions particulières ayant pour objet de prévenir les conflits entre une décision prise par la Commission et un jugement que le juge s'apprête à rendre. L'article 16-1 va plus loin en considérant que les juridictions nationales doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. A cet effet, ce texte préconise que la juridiction nationale qui a connaissance d'une instruction de la Commission concomitante à sa propre instruction, évalue s'il est nécessaire de suspendre sa procédure. Dans ce cas, afin d'éviter un allongement de la procédure, la Commission s'engage à traiter l'affaire en cause de manière prioritaire ⁽²⁸⁾.
88. Dans les affaires où il existe un risque réel de divergence entre la décision à venir du Conseil de la concurrence et celle du juge civil, il pourrait être recommandé au juge de suspendre la procédure, à charge pour le Conseil de faire toute diligence pour accélérer la procédure pendante devant lui. Une telle solution paraît raisonnable et moins radicale que celle adoptée par le droit espagnol consistant à remettre en cause le système de compétences parallèles en ne permettant au juge d'intervenir qu'à la condition que l'autorité de la concurrence ait préalablement rendu une décision ⁽²⁹⁾. Par ailleurs, le droit belge encadre également la compétence du juge civil mais de manière un peu moins stricte : toute juridiction devant laquelle la solution du litige dépend du caractère licite d'une restriction de concurrence, doit surseoir à statuer et poser une question préjudicielle à la Cour d'Appel de Bruxelles, qui est aussi exclusivement compétente pour examiner les recours contre les décisions de l'autorité de la concurrence belge ⁽³⁰⁾.
89. La règle adoptée au niveau communautaire semble donc la plus souhaitable en ce qu'elle préserve la compétence naturelle du juge de droit commun en matière de concurrence tout en permettant d'assurer une cohérence dans l'application de la règle de droit.
90. Il convient de noter qu'avec la récente spécialisation des tribunaux en matière de concurrence, les risques de conflit seront réduits et en tout état de cause, limités dans le temps, dans la mesure où ne subsiste en appel qu'une seule Cour, la cour d'appel de Paris qui juge également les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence.
91. A côté du risque de conflit de décisions, une autre difficulté, liée à l'articulation, peut naître de la concomitance des procédures publiques et privées. Par exemple, si le plaignant dévoile l'existence de la procédure devant le Conseil en faisant une demande en dommages et intérêts devant le juge civil, alors même que le Conseil de la concurrence, saisi des mêmes pratiques, est en train d'organiser des visites et saisies, il existe alors un risque d'alerte des opérateurs et de déperdition des preuves, et, *in fine*, d'inefficacité de l'action de l'autorité publique non compensée par l'action efficace du juge civil. Lorsque l'autorité spécialisée est

28 Voir point 12 de la Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE.

29 En droit espagnol, ces limitations de la compétence du juge ne s'appliquent pas en cas de violation du droit communautaire. En effet, une telle limitation irait à l'encontre de l'effet direct reconnu par la Cour de Justice aux articles 81 et 82 du traité CE. Par ailleurs, le droit espagnol de la concurrence est en voie de révision.

30 Voir l'article 42 bis de la loi belge sur la protection de la concurrence économique du 1^{er} juillet 1999.

saisie, dans certains cas, une phase de discrétion s'impose donc sauf à anéantir les chances de succès des procédures, aussi bien publiques que privées.

3. Les actions autonomes (dites en « *stand alone* »)

92. Enfin, dans l'hypothèse d'actions civiles en dommages et intérêts exercées à titre principal et de manière autonome par rapport à l'action publique, les difficultés d'articulation entre les procédures publiques et privées tiennent principalement aux insuffisances du système de la responsabilité civile lui-même.
93. En effet, le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est un contentieux technique qui nécessite une expertise spécifique et des moyens d'investigation particuliers. Et lorsqu'un opérateur sur le marché ou un consommateur fait le choix d'engager directement une procédure judiciaire, sans saisir au préalable le Conseil de la concurrence ou la Commission européenne, il va se trouver placé face à une double contrainte : celle de faire la preuve des pratiques qu'il allègue, preuve qui en matière de concurrence peut être une charge très lourde, notamment si les pratiques en cause sont occultes. La seconde difficulté consiste à démontrer l'atteinte causée à la concurrence par les faits établis. Cette démonstration suppose que le plaignant fournisse au juge ou que celui-ci puisse obtenir et utiliser les éléments d'informations permettant une analyse du marché et la mesure de l'incidence économique des comportements dénoncés sur ce marché.
94. Certes, eu égard aux spécificités du contentieux de la concurrence et à son caractère d'ordre public, le droit communautaire comme le droit français de la concurrence ont prévu des dispositions permettant au juge de demander l'assistance des autorités de la concurrence. En droit français, le ministre chargé de l'économie a le pouvoir d'intervenir devant les juridictions civiles ou pénales en déposant des conclusions et en produisant des procès-verbaux ou des rapports utiles à la solution du litige. Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles nationales ou communautaires relevées dans les affaires dont elles sont saisies (art. L. 462-3 du code de commerce).
95. En droit communautaire, avant même la réforme opérée par le Règlement 1/2003 dans le cadre du processus de modernisation du droit de la concurrence, le Traité de Rome a donné au juge la possibilité de faire appel à la Commission pour l'éclairer dans la mise en œuvre du droit communautaire en lui fournissant notamment, lorsque ces renseignements sont disponibles, des données relatives à la situation des marchés ou des secteurs économiques concernés ⁽³¹⁾. Pour l'application du droit communautaire, le juge peut également recourir au mécanisme de la question préjudicielle de l'article 234 du traité CE.
96. Toutefois, afin que le système combinant action publique et action privée soit équilibré et, par-là même, efficace, de telles sollicitations par les juges agissant dans le cadre d'actions privées individuelles ou collectives, de l'avis et de l'expertise des autorités publiques de la concurrence pour qualifier les pratiques qui leur sont soumises, ne doivent pas prendre un caractère systématique.
97. En effet, d'une part, les autorités de la concurrence ont pour mission, avec les ressources qui restent limitées, de mener une véritable action publique en matière de concurrence et ne doivent pas être limitées dans la mise en œuvre de cette mission première par un nombre trop important de demandes d'avis visant à trancher un litige privé.

³¹ Voir l'article 5 du Traité de Rome et la Communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du Traité CE.

98. D'autre part, les mécanismes de coopération existants, tant au niveau national que communautaire, n'ont pas pour objet de reporter sur les autorités de la concurrence le travail d'instruction et d'analyse qui incombe au juge. En réalité, et les dispositions introduites par le Règlement 1/2003 en matière de coopération des autorités de la concurrence avec les juges en témoignent, les procédures d'assistance au juge s'inscrivent essentiellement dans une volonté de garantir une application cohérente du droit de la concurrence. A cet égard, le Règlement 1/2003, à côté de la possibilité pour le juge de solliciter l'assistance des autorités de la concurrence, introduit dans son article 15-3 le droit, pour les autorités nationales de la concurrence, agissant d'office, en d'autres termes sans avoir été préalablement sollicitées par le juge, d'intervenir dans un litige civil ou un procès pénal « *au sujet de l'application des articles 81 et 82 du Traité* »⁽³²⁾. Le Règlement qui confère ce même pouvoir d'intervention d'office à la Commission est explicite sur le but de cette coopération. Il précise en effet que la Commission peut agir d'office « *lorsque l'application cohérente des articles 81 et 82 du traité l'exige* ».
99. Le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité CE instauré par le Règlement 1/2003, met l'accent sur la fonction essentielle que remplissent les juridictions nationales dans la préservation des droits subjectifs prévus par le droit communautaire, en complément du rôle joué par les autorités nationales. A ce titre, le Règlement 1/2003 fait désormais obligation aux juridictions d'appliquer le droit de la concurrence communautaire lorsqu'elles appliquent les règles nationales de concurrence aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre Etats-membres.
100. Dans ce contexte, on comprend encore mieux que les autorités de la concurrence n'ont nullement vocation à se substituer au juge en donnant des avis ou des expertises.
101. L'ensemble de ces éléments montre que si l'on souhaite que le juge joue pleinement le rôle qui lui est assigné en matière d'action privée et que les autorités spécialisées continuent efficacement leur action publique en matière de concurrence, ces dernières ne doivent pas être amenées à consacrer une part trop importante de leur activité à répondre au juge dans le cadre de demandes d'avis trop systématiques. Celles-ci doivent principalement agir auprès des juridictions pour contribuer à assurer la cohérence dans l'application des règles de concurrence dans une perspective « publique et privée ».
102. A cet effet, le juge doit pouvoir disposer des moyens suffisants pour mettre en œuvre une action privée efficace en matière de concurrence. Au sein des actions privées, l'action collective de consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles, requiert des moyens spécifiques, d'autant plus importants que cette action est menée à titre principal devant le juge civil (*stand alone*). A cet effet, comme expliqué aux § 81 et suivants, les difficultés propres à l'action civile devraient faire l'objet de choix de politique juridique permettant le renforcement de l'efficacité de l'action en dommages et intérêts au sein de laquelle une place pourrait être faite à l'action collective des consommateurs.

³² Voir l'article 15-3 du Règlement 1/2003.

Conclusion

103. Dans le cadre du mouvement tendant au renforcement ou à la création de mécanismes de recours fondés sur l'action privée dans les espaces juridiques nationaux et en Europe, le Conseil de la concurrence est favorable à ce que soient permises en France les actions de groupe des consommateurs en matière de concurrence, afin de faire de ces derniers de véritables acteurs de la politique de concurrence elle-même recentrée sur la protection de leur bien-être. Nul doute que si l'on veut renforcer la confiance des consommateurs dans l'économie de marché, encore fragile et parfois vacillante en France comme le montrent certaines études récentes, il faut donner à ceux qui les représentent les moyens de pouvoir lutter eux-mêmes, par les voies juridiques les plus appropriées, contre les dérives ou les abus constatés sur les marchés et de permettre au consommateur individuel de toucher concrètement les bénéfices d'une telle politique.
104. Toutefois, cette démarche nécessite des orientations et un encadrement des modalités de mise en œuvre. A cet égard, si pour les raisons évoquées ci-dessus, on en vient à favoriser les actions complémentaires, sans toutefois exclure les procédures entièrement autonomes, il est nécessaire de prendre toutes les mesures utiles à la préservation de la complémentarité de l'action publique et des actions privées, chacune ayant une mission indispensable à la sauvegarde du bien-être du consommateur.
105. Une attention particulière doit, dans le même esprit, être portée à la protection des programmes de clémence, qui constituent un outil indispensable de lutte contre les ententes et les cartels. Sur tous ces points, il existe de multiples options juridiques et procédurales qui autorisent la création d'une forme d'action de groupe capable de poursuivre avec efficacité un double but de dissuasion et de réparation, tout en évitant les effets pervers et la judiciarisation excessive de la vie économique qui a pu être observée dans d'autres pays.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Daudret-John, par M. Lasserre, président, Mmes Aubert, Perrot, et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Thierry Dahan

Le président,

Bruno Lasserre