Document generated on 07/19/2025 2:09 p.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

POUR UNE ACTION COLLECTIVE EUROPÉENNE DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Karl-Alexander Neumann and Landon Wade Magnusson

Volume 24, Number 2, 2011

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068283ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068283ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Neumann, K.-A. & Wade Magnusson, L. (2011). POUR UNE ACTION COLLECTIVE EUROPÉENNE DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional, 24*(2), 149–181. https://doi.org/10.7202/1068283ar

Article abstract

Over the last fifteen years, several European countries have adopted or updated legislation allowing class action lawsuits. This has incited significant debate over whether a class action mechanism should be available across the European Union for victims of antitrust violations. The following Article addresses this debate, which has entered a final stage with the White Paper on damages actions for breach of the European Community antitrust rules, published in 2008 by the European Commission.

First, this Article explores how the implementation of a class action mechanism has become essential to European antitrust law, and addresses the caution that must be used in its development. It shows that an antitrust class action suit is not only desirable, but also necessary under European law, and that the mechanisms currently available to antitrust victims are insufficient to obtain relief. Then, this Article introduces a new form of class action, adapted to the needs and legal traditions of Europe. This mechanism combines the *opt-out* and *opt-in* systems, using the amount of potential individual damages as a criterion for differentiation. The purpose of this proposal is not only to counter classic class action flaws, abusive litigation and principal-agent problems, but also to maintain an optimal deterrent to discourage possible antitrust offenders.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2011

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

POUR UNE ACTION COLLECTIVE EUROPÉENNE DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Karl-Alexander Neumann[*]
Landon Wade Magnusson[**]

Depuis une quinzaine d'années, plusieurs pays européens ont récemment adopté ou mis à jour une législation autorisant les actions de groupe. L'objet actuel de nombreux débats est l'idée d'une action collective dans l'Union européenne pour les victimes d'une violation relative aux droits de la concurrence. Dans l'article suivant, les auteurs s'occupent de cette discussion, qui est entrée dans un stade final avec le Livre Blanc sur les actions en dommage et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, publié en 2008 par la Commission européenne.

Dans la première partie de ce texte, les auteurs étudient le caractère essentiel d'une action collective européenne en droit de la concurrence et la prudence qui doit nécessairement y être attachée. Ils montrent que la mise en place d'une telle action collective n'est pas seulement désirable mais nécessaire, et que les mécanismes actuellement disponibles ne sont pas suffisants. Dans la deuxième partie, les auteurs développent un mécanisme établissant l'action collective, qui est adaptée aux besoins et aux traditions juridiques spécifiques de l'Europe. Ce mécanisme combine les systèmes *opt-out* et *opt-in* en utilisant le montant des préjudices individuels comme critère de différenciation. Le but de cette proposition n'est pas seulement de répondre aux problèmes de l'abus de la voie contentieuse et du « principal-agent », mais aussi de maintenir l'effet dissuasif à un niveau optimal pour démotiver les possibles contrevenants.

Over the last fifteen years, several European countries have adopted or updated legislation allowing class action lawsuits. This has incited significant debate over whether a class action mechanism should be available across the European Union for victims of antitrust violations. The following Article addresses this debate, which has entered a final stage with the White Paper on damages actions for breach of the European Community antitrust rules, published in 2008 by the European Commission.

First, this Article explores how the implementation of a class action mechanism has become essential to European antitrust law, and addresses the caution that must be used in its development. It shows that an antitrust class action suit is not only desirable, but also necessary under European law, and that the mechanisms currently available to antitrust victims are insufficient to obtain relief. Then, this Article introduces a new form of class action, adapted to the needs and legal traditions of Europe. This mechanism combines the *opt-out* and *opt-in* systems, using the amount of potential individual damages as a criterion for differentiation. The purpose of this proposal is not only to counter classic class action flaws, abusive litigation and principal-agent problems, but also to maintain an optimal deterrent to discourage possible antitrust offenders.

---

[*] Monsieur Karl-Alexander Neumann est diplômé d'un LL.M. de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et d'un LL.B. de la Bucerius Law School à Hambourg où il va également soutenir une thèse de doctorat sur le droit des fondations.

[**] Maître Landon Wade Magnusson est diplômé d'un J.D. de la J. Reuben Clark Law School à la Brigham Young University aux États-Unis, d'un LL.M. de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et d'un B.A. de la Brigham Young University en sciences économiques. Nous voulons remercier Mlle Capucine Tesnière et Me Guillaume Auréou de leur aide pendant la rédaction de cet article.

L'idée d'une action collective pour les victimes d'une violation relative aux droits de la concurrence dans l'Union européenne fait actuellement l'objet de nombreux débats[1]. Les partisans de ce mécanisme eux-mêmes ne sont toujours pas d'accord sur les règles de procédure à utiliser[2].

Pourquoi y a-t-il autant de débats? L'action collective en droit de la concurrence est un mécanisme qui a pour but de mettre fin ou d'empêcher les usages commerciaux illicites qui ont un effet négatif sur un groupe d'individus ou d'indemniser ces individus pour les dommages causés par ces pratiques illicites[3]. Même si ces actions existent déjà dans certains domaines, elles ne sont pas disponibles pour toutes les matières / types de litiges au sein de l'Union européenne. Par exemple, en droit de la consommation et en droit de l'environnement, des groupes d'individus peuvent être représentés collectivement pour porter une action en réparation des dommages subis[4]. De plus, plusieurs États membres de l'Union européenne ont déjà adopté une forme d'action collective dans leur juridiction nationale[5].

Bien que l'action collective soit un mécanisme bien connu des institutions européennes, certaines considèrent que le droit de la concurrence est un domaine à part, qui rend la mise en œuvre d'une action collective peu prudente[6]. Contrairement au droit de la consommation ou au droit de l'environnement, le droit de la concurrence n'a pas toujours été accessible aux acteurs privés. Jusqu'en 2001, il n'a été appliqué que par les autorités publiques.

---

1 CE, *Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM(2008) 165 final (2 avril 2008) aux pp 4-5, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu> [*Livre Blanc*]. Voir aussi George Parker et al, « Business Warns EU Against Class Action Suits », *Financial Times* (14 mars 2007), en ligne : Financial Times <http://www.ft.com>.

2 Voir par ex CE, *Commission Staff Working Document, Public Consultation : Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, SEC(2011) 173 final (4 février 2011), en ligne : Commission européenne <http://europa.eu> [*Commission Document : Public Consultation*] (ce qui remet en question les conclusions du *Livre Blanc*).

3 *Ibid* à la p 3.

4 En droit de la consommation, voir CE, *Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, [1998] JO, L 166/51 à la p 51, art 3. En droit de l'environnement, voir CE, *Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil*, [2003] JO, L 156/17.

5 Parmi ces pays, on peut citer le Portugal (en 1995), l'Angleterre et les Pays de Galles (en 2000), l'Espagne (en 2000), la Suède (en 2002), les Pays-Bas (en 2005), l'Allemagne (en 2005), l'Italie (en 2009) et la Pologne (en 2010). Bien que d'autres pays de l'Union européenne soient en train de développer leur propre mécanisme relatif à l'action collective, très peu des vingt-sept États membres offrent ce type de procédure à leurs citoyens. Voir France, Autorité de la concurrence, *Avis relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles* (21 septembre 2006) à la p 3, para 10 [*Avis de l'Autorité de la concurrence*]. Voir également France, Sénat, *L'action de groupe à la française : parachever la protection des* consommateurs, par Laurent Béteille et Richard Yung, rapport nº 499 (26 mai 2010) aux pp 14-86 [*Rapport du Sénat français*].

6 Voir *Green Paper on Consumer Collective Redress*, COM(2008) 794 final (27 novembre 2008) au para 5, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu/>.

Cependant, depuis l'arrêt *Courage c Crehan*, l'Union européenne a le devoir d'ouvrir le droit de la concurrence aux particuliers[7]. Ainsi, le décalage qui existait entre ces formes de droit, c'est-à-dire l'application exclusive du droit de la concurrence par les autorités publiques et non pas son application concurrente (par les acteurs privés et les autorités publiques), disparaît. Avec l'élimination de cet obstacle, la mise en œuvre d'une action collective européenne en droit de la concurrence est devenue nécessaire. Pourtant, la nécessité d'une action ne garantit pas qu'elle soit faisable ou judicieuse. Par conséquent, après avoir déterminé le caractère essentiel d'une action collective européenne et la prudence qui doit nécessairement y être attachée (I), les auteurs proposeront un mécanisme original de mise en œuvre d'un mécanisme d'action collective au niveau européen (II).

I. Opportunité d'une action collective européenne dans le droit de la concurrence

A. Une fondation de principe

Cette sous-partie posera les fondements de l'argument pour la mise en œuvre d'une action collective en droit de la concurrence au sein de l'Union européenne. D'abord, elle établira que le droit de l'Union européenne exige l'existence d'un moyen effectif pour tous les citoyens de l'Union de recourir à la justice quand leurs droits sont violés par un contrevenant aux règles de la concurrence (1). Elle démontera dans un second développement l'insuffisance des mécanismes actuellement disponibles aux victimes d'un tel entrave en Europe (2).

1. La nécessité d'une action collective européenne

L'Union européenne garantit à tout citoyen le droit à un recours effectif. Ce droit est assuré par les différents textes européens. L'article 6 du *Traité sur l'Union européenne*[8], qui opère un renvoi à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*[9], garantit un recours effectif à toute personne « dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés »[10].

Selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), ce droit s'étend également aux articles 101 et 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*[11] régissant les atteintes à la concurrence[12]. Dans l'arrêt *Courage c Crehan*

---

7 *Courage c Crehan*, C-453/99, [2001] ECR I-6314 à la p I-6323 [*Courage c Crehan*].

8 CE, *Version consolidée du Traité sur l'Union européenne*, [2010] JO, C 83/13 à la p 19, art 6 (*TUE*).

9 CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2000] JO, C 364/01 [*Charte des droits fondamentaux de l'UE*].

10 *Ibid* à la p 20, art 47.

11 CE, V*ersion consolidée du Traité de fonctionnement de l'Union européenne*, [2010] JO, C 83/47 aux pp 88-89, art 101 et 102 [*TFUE*].

12 Donncadh Woods, « Private Enforcement of Antitrust Rules - Modernization of the EU Rules and the

rendu en 2001, la Cour de Luxembourg a jugé que « tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article [101], paragraphe 1, du traité »[13]. En 2006, la CJUE a consacré sa jurisprudence dans ce domaine dans l'arrêt *Manfredi c Assicurazioni SpA*[14] en déclarant que « toute personne » ayant subi un préjudice du fait d'une infraction aux règles de concurrence doit pouvoir demander réparation.

Toutefois, l'absence d'un recours *collectif* pour les victimes des atteintes à la concurrence revient souvent à les priver de leur droit à un recours *effectif*. Dissuadées par le faible montant des dommages et intérêts auxquelles elles peuvent prétendre, par le fait que ces dommages sont le plus souvent subis de manière sporadique[15], ou encore par les coûts, les délais, les risques, les incertitudes et les contraintes associés aux actions individuelles, la plupart des victimes d'atteintes aux règles du droit de la concurrence ne porte jamais plainte[16]. Par conséquent, ces obstacles créent une situation où « les victimes d'infractions aux règles de concurrence communautaires n'obtiennent [...] que rarement réparation des dommages subis. Le montant des dommages et intérêts dont sont actuellement privées ces victimes est de l'ordre de plusieurs milliards d'euros par an »[17].

Aujourd'hui, l'un des seuls moyens connus pour surmonter ces difficultés est l'action collective, car elle élimine ou réduit ces obstacles en permettant le partage des coûts élevés d'un procès, tout en rassemblant les dommages et intérêts des victimes pour atteindre une somme qui vaut la peine d'entamer une procédure.

2. L'insuffisance des mécanismes actuellement disponibles

Les mécanismes européens actuellement disponibles pour les groupes de victimes ne sont cependant pas suffisants pour assurer l'indemnisation des victimes. Depuis le *Règlement 1/2003*, toute personne physique ou morale, qui fait valoir un intérêt légitime, peut saisir la Commission européenne en déposant une plainte en cas d'une infraction aux dispositions des articles 101 et suivants du *TFUE*[18]. Cela signifie qu'une association d'entreprises ou de consommateurs peut saisir la Commission

Road Ahead » (2004) 16:4 Loyola Consumer Law Review 431 aux pp 434-35 et 450 [Woods].

13 *Courage c Crehan*, *supra* note 7.

14 *Manfredi c Assicurazioni SpA*, C-295/04, [2006] ECR I-6641 à la p 6619 [*Manfredi c Assicurazioni SpA*]. Voir aussi Anneli Howard, Vivien Rose et Peter Roth, « The Enforcement of the Competition Rules in the Member States » dans Peter Roth et Vivien Rose, dir, *European Community Law of Competition*, 6e éd, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1371 aux pp 1441-42, n 14.111 [Howard, Rose et Roth]; Daniel Zimmer et Hans Logemann, « Der private Rechtsschutz im Kartellrecht. Zum Weißbuch der Kommission über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts » (2009) 17 ZeuP 489 à la p 501 [Zimmer et Logemann].

15 *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 4-5.

16 *Ibid*. Voir aussi Tiana Russell, « Exporting Class Actions to the European Union » (2010) 28 BU Int'l LJ 141 aux pp 167-68 [Russell]; Hanns Ullrich, *Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen des Gemeinsamen Marktes und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971 à la p 2.

17 *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 2-3.

18 Voir CE, *Règlement (CE) du Conseil 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, [2002] JO, L 1/1 à la p 9, art 7 [*Règlement 1/2003*]. Voir aussi Woods, *supra* note 12 à la p 433.

européenne afin que cette dernière assure la défense des droits de ses membres[19]. Cependant, aucun individu qui subit un dommage à cause d'une entrave à la concurrence ne peut s'engager directement dans la poursuite d'une entreprise contrevenante sous ce régime, car il n'a pas le droit d'exiger l'intervention de la Commission européenne[20].

La Commission européenne est indépendante et à ce titre ne représente pas les intérêts des victimes. Même si elle prend en considération ses propres ressources[21] et les intérêts subjectifs des plaignants[22], la Commission européenne maintient toute discrétion par rapport à la poursuite des plaintes qui lui sont apportées. Elle se concentre plutôt sur les intérêts de l'Union européenne et peut ainsi refuser de donner suite à une plainte à cause d'un défaut de ces intérêts[23].

De surcroît, même si la Commission européenne poursuit avec compétence ceux qui enfreignent les règles de la concurrence, et même si souvent elle parvient à faire condamner des entreprises ou des personnes privées, les sanctions imposées par la Commission européenne finissent dans les coffres de l'Union européenne au lieu d'être rendu aux victimes[24]. Ainsi, les victimes n'obtiennent jamais réparation.

Enfin, les actions collectives en droit de la concurrence déjà mises en place par les juridictions nationales sont insuffisantes ou simplement inexistantes. Outre l'accès à la Commission européenne, le *Règlement 1/2003* permet aux victimes d'une entrave aux règles de la concurrence de faire appel aux juridictions des États membres pour faire valoir leurs droits[25]. Ainsi, une victime ou un groupe de victimes devrait pouvoir obtenir réparation dans son propre système juridique national. Néanmoins, cette ouverture n'écarte pas les obstacles qui empêchent la réparation des victimes. D'une part, les victimes ne peuvent souvent pas se regrouper car très peu de pays

---

19 Voir *BEMIM c Commission*, T-114/92, [1995] ECR II-150. *A priori*, les personnes faisant valoir un intérêt légitime dans le sens de l'article 7 sont les concurrents ou les concurrentes potentiels : voir Jürgen Schwarze et Andreas Weitbrecht, *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts – Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Baden-Baden, Nomos, 2004 à la p 91, para 41 [Schwarze et Weitbrecht].

20 Schwarze et Weitbrecht, *supra* note 19 à la p 93, para 48.

21 *AEPI c Commission*, C-425/07, [2009] ECR I-3205. Voir aussi Bill Bishop, « The Antitrust Epidemic - Causes and Prospects » dans José Rivas et Margot Horspool, dir, *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 39 à la p 42 (discutant le problème des ressources limitées de la Commission européenne).

22 *Trabsico c Commission*, T-26/99, [2001] ECR II-633 à la p II-633.

23 Christian Gavalda et Gilbert Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6e éd, Paris, JurisClasseur, 2010 au no 796. Il faut quand même tenir compte du fait qu'un individu peut transmettre toute décision par la Commission de ne pas poursuivre sa plainte au Tribunal de la Cour de justice des communautés européennes. Voir CE, *Projet de Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE*, [2004] JO, C 101/65.

24 Par exemple, après l'affaire Intel, où le fabricant des microprocesseurs a été condamné à payer une amende de 1,06 milliards d'euros, la Commission a informé le public dans un communiqué de presse que tout cet argent serait versé dans le budget de l'UE et servirait à réduire le total des contributions des pays membres pour cet exercice budgétaire. Union européenne, Communiqué MEMO/09/235 « Antitrust : Commission Imposes Fine of 1.06 Billion Euros on Intel for Abuse of Dominant Position; Orders Intel to Cease Illegal Practices – Questions and Answers » (13 mai 2009), en ligne : Commission européenne <http://europa.eu>.

25 *Règlement 1/2003*, *supra* note 18, art 5.

européens ont adopté une forme d'action collective[26]. D'autre part, l'action privée en droit de la concurrence est très sous-développée en Europe[27]. De l'adoption des lois relatives aux atteintes à la concurrence jusqu'en 2004, seulement soixante actions privées visant à obtenir des dommages et intérêts suite à une pratique commerciale illicite ont eu lieu dans l'Union européenne[28]. Même si la Commission européenne a constaté une faible croissance dans l'usage de ces actions entre les années 2004 et 2007[29], l'indisponibilité ou l'inaccessibilité de l'action est toujours démontrée par le fait que toutes ces actions étaient concentrées dans seulement dix des vingt-sept États membres[30].

B. Le renforcement des avantages

La poursuite de l'indemnisation des victimes est la principale raison justifiant la mise en œuvre d'une action collective européenne en droit de la concurrence. Elle n'est cependant pas la seule. Une autre raison importante est le fait que l'action collective incite les particuliers à participer, avec les autorités gouvernementales, à l'application des règles de concurrence, augmentant ainsi le nombre d'acteurs qui veillent à ce que ces règles soient respectées, renforçant ainsi son aspect dissuasif.

1. La théorie de l'effet dissuasif

Les règles de concurrence visent à assurer que les consommateurs, ainsi que les opérateurs sur le marché, bénéficient tous d'une concurrence libre et non faussée[31]. Néanmoins, la simple menace de sanctions n'est pas suffisante pour assurer une concurrence libre. Il faut également garantir une application optimale de la loi. Selon l'économiste Gary Becker[32], tout contrevenant potentiel fait une analyse coût-bénéfice pour ses actions prenant en compte non seulement le coût des sanctions mais aussi la possibilité d'être découvert[33]. Par conséquent, pour démotiver les possibles

---

26 Voir *supra* note 5.

27 Voir Woods, *supra* note 12 à la p 435.

28 Emily Clark, Mat Hughes et David Wirth, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules* (31 août 2004) à la p 1, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu>.

29 CE, *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU : Welfare Impact and Potential Scenarios*, Contract DG COMP/2006/A3/012 (21 décembre 2007) à la p 39, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu> [*Antitrust Damages Actions*].

30 *Ibid* à la p 40. Selon le rapport, ces pays sont : l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède, et le Royaume-Uni.

31 Wulf-Henning Roth, « Strategic Competition Policy : A Comment on EU Competition Policy » dans Hanns Ullrich, dir, *The Evolution of European Competition Law : Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, 38 à la p 40. Voir aussi « Antitrust Overview » (16 avril 2012), en ligne : Commission européenne <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html>.

32 Le professeur Becker a reçu le prix Nobel en sciences économiques en 1992 pour ce travail.

33 Gary Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach » (1968) 76 Journal of Political Economy 169 aux pp 180-85. Pour davantage d'informations concernant la relation entre le droit de la

contrevenants, il faut maintenir les sanctions et l'application de la loi à un niveau optimal. Cependant, les agents publics ne sont pas toujours les mieux placés pour assurer une mise en œuvre optimale de la loi. Ils leur manquent souvent les ressources nécessaires à la surveillance et à la détection des abus pour poursuivre en justice toutes les violations[34]. De plus, l'application des lois par les agents publics peut être rendue difficile par un manque de connaissances des conditions de concurrence dans un secteur, par un fort taux de renouvellement de ces agents ou par des motivations politiques[35]. C'est pourquoi, pour assurer une application optimale de la loi, il ne faut pas laisser tout le pouvoir de contrôle aux mains d'une entité publique.

2. L'introduction de plusieurs acteurs pour une application efficace

En reconnaissant qu'il est nécessaire de réunir plusieurs acteurs pour atteindre l'application optimale de la loi, l'Union européenne a doté ses États membres du droit de poursuivre toute personne (morale ou physique) qui enfreindrait, dans leur juridiction, les articles 101 et suivants du *TFUE*[36]. Parmi les considérants du *Règlement 1/2003* se trouvent plusieurs motivations, y compris la volonté d'appliquer efficacement les règles de concurrence pour garantir le bon fonctionnement du marché[37], la reconnaissance du rôle de l'État en protégeant les droits des victimes des infractions[38] et le désir d'assurer une surveillance efficace du marché intérieur pour le bien être de tous[39] en formant un réseau d'autorités nationales coopérant pour assurer l'application efficace du droit de la concurrence[40]. Ainsi, les États membres de l'Union européenne ont rejoint la Commission européenne afin d'essayer d'atteindre une application idéale des règles européennes de la concurrence stipulées dans les articles 101 et suivants du *TFUE*[41].

Cependant, sans action collective, il manque toujours une grande part des éléments nécessaires à une application efficace de ces règles. Aux États-Unis, la *class action* est considérée depuis plusieurs décennies comme un complément important

concurrence et l'économie, voir Fritz Rittner, « Wettbewerbsrecht und Ökonomie » dans Jürgen Schwarze, dir, *Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 17 aux pp 17-27.

34 Gerhard Wagner, « Should Private Enforcement of Competition Law be Strengthened? » dans Dieter Schmidtchen, Max Albert et Stefan Voigt, dir, *The More Economic Approach to European Competition Law*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2007, 115 aux pp 120-21. Voir aussi Deborah Hensler et al, *Class Action Dilemmas : Pursuing Public Goals for Private Gains*, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000 à la p 69.

35 Robert Lande et Joshua Davis, « Benefits from Private Antitrust Enforcement : An Analysis of Forty Cases » (2006) 42 USF L Rev 879 à la p 906 [Lande et Davis].

36 *Règlement 1/2003*, *supra* note 18. Voir aussi Woods, *supra* note 12 aux pp 432-33; Howard, Rose et Roth, supra note 14 à la p 1273, para 14.003.

37 *Ibid* au considérant 1.

38 *Ibid* au considérant 7.

39 *Ibid* au considérant 2.

40 *Ibid* au considérant 15.

41 Andreas Weitbrecht, « Das neue EG-Kartellverfahrensrecht » (2003) 14 EuZW 69 aux pp 69-72. Voir aussi Damien Geradin, « Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector-specific Regulation » dans Hanns Ulrich, dir, *The Evolution of European Competition Law*, Northampton, Edward Elgar, 2006, 313 à la p 330.

aux agents publics dans l'application des règles[42]. Cette conception est confirmée par plusieurs études empiriques. Dans l'une de ces études, analysant l'effet dissuasif de quarante actions en droit de la concurrence, on a pu observer le fort effet dissuasif de l'action collective privée[43], que la somme obtenue dans ces actions a été substantiellement plus importante que l'accumulation des amendes prononcées dans la même période[44] et que près de la moitié des infractions poursuivies a été découverte par des avocats privés et non pas par un agent des pouvoirs publics[45]. Par conséquent, ces actions ont été plus efficaces pour dissuader la commission d'éventuelles atteintes à la concurrence que les actions du *Department of Justice*[46]. D'autres études ont également confirmé ces observations. Il ressort d'une étude en particulier que la grande majorité des actions intentées en droit de la concurrence aux États-Unis sont initiées par des personnes privées. On compte ainsi près de vingt fois plus d'actions initiées par des personnes privées que par des agents publics[47]. Selon une autre étude, deux fois plus de grands arrêts rendus par les juridictions américaines depuis 1977 en droit de la concurrence trouvent leur origine dans une action privée[48].

Les différences entre les systèmes et les cultures juridiques peuvent évidemment rendre une action collective moins dissuasive en Europe que la *class action* ne l'est aux États-Unis. Toutefois, une réduction dans sa force de dissuasion ne correspond pas nécessairement à une diminution de son utilité. L'Autorité française de la concurrence a d'ailleurs reconnu que, même en Europe, « les mécanismes d'action de groupe [...] 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 »[49]. Pour cette raison, un système d'action collective qui ferait des particuliers « de véritables acteurs de la politique de concurrence elle-même recentrée sur la protection de leur bien-être »[50] est un outil indispensable pour l'Europe.

---

42 Stephen C Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Yale University Press, 1987 à la p 232. Voir aussi Christina Müller, *Regulierung von Analysten*, Wiesbaden, Springer, 2005 aux pp 265-68.

43 Lande et Davis, s*upra* note 35 à la p 906.

44 *Ibid* à la p 893 (montrant que les entreprises condamnées ont dû payer entre $18,006 milliards et $19,639 milliards dans les actions privées et seulement $4,232 milliards en peines publiques).

45 *Ibid* à la p 905.

46 *Ibid.*

47 Gordon Schnell, « Class Action Madness in Europe - A Call for a More Balanced Debate » (2007) 28 Eur Comp L Rev 617 à la p 617. Voir également Woods, *supra* note 12 à la p 460 (selon Woods, 90% des actions en droit de la concurrence aux États-Unis sont initiées par des acteurs privés).

48 Voir Stephen Calkins, « Coming to Praise Criminal Antitrust Enforcement » dans Claus-Dieter Ehlermann et Isabela Atanasiu, dir, *European Competition Law Annual 2006*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, 343 à la p 356.

49 *Avis de l'Autorité de la concurrence*, *supra* note 5 à la p 9, para 29.

50 *Ibid* à la p 23, para 103.

C. Une réponse aux inconvénients supposés

Les détracteurs de la mise en œuvre d'une action collective en Europe soulignent très souvent les inconvénients sous-jacents du système américain, créant une peur que l'usage d'un tel outil en Europe provoquerait l'importation inopportune de tous ce que l'on n'aime pas de la *class action* américaine. Toutefois, il semble que ces critiques ne prennent pas en considération le fait que les grands inconvénients de la *class action* américaine existent probablement à cause des (ou sont au moins aggravés par) caractéristiques uniques à/de ce système[51]. Pourtant, des différences importantes en matières culturelle, juridique, procédurale et gouvernementale existent entre les États-Unis et l'Union européenne. On ne devrait pas examiner les excès de la *class action* sans tenir compte de toutes les variables inhérentes aux États-Unis telles que le *jury trial*, les dommages-intérêts punitifs, l'accès au procès de *discovery*, les honoraires de résultat (*contingency fees*), le mécanisme *opt-out* et le fait que chaque partie supporte ses propres coûts quel que soit le résultat[52]. Par conséquent, il est possible qu'un pays mette en œuvre une action collective en droit de la concurrence, et même adopte quelques outils du mécanisme connu aux États-Unis, sans importer ses problèmes. Par exemple, le Canada et l'Australie ont déjà un régime d'action collective semblable à celui des États-Unis[53]. Pourtant, au Canada, même si on peut avoir un jury pour juger l'action, la plupart des groupes préfère s'en priver considérant que le droit de la concurrence lui est trop complexe[54]. De plus, le Portugal et les Pays-Bas, qui ont leur propre version de l'action collective, ont introduit un mécanisme *opt-out* sans devoir faire face à ces ennuis[55].

C'est pourquoi cette sous-partie abordera les plus grands inconvénients identifiés de la *class action* américaine en droit de la concurrence, c'est-à-dire l'abus de la voie contentieuse et le problème du principal-agent, en soulignant la singularité du système américain. Elle montrera que ces inconvénients et menaces sont uniques au système américain, infondés par les preuves déjà apportées ou que leur effet négatif est simplement exagéré.

1. L'abus de la voie contentieuse

La première grande critique de la *class action* est qu'au lieu d'atteindre une application optimale des règles, elle créerait un environnement où l'abus de la voie contentieuse conduirait à la surexploitation de la loi. Les abus cités le plus souvent par

---

51 Klaus J. Hopt et Dietmar Baetge, « Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts - Verbandsklage und Gruppenklage » dans Jürgen Basedow et al, dir, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1999, 11 à la p 49; *Antitrust Damages Actions*, *supra* note 29 aux pp 283-84.

52 CE, *Commission Staff Working Document : Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, SEC/2008/0405 (2 avril 2008) à la p 17, para 24, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu> [*White Paper Working Document*]. Voir aussi Andreas Heinemann, « Les lacunes dans l'application de la loi sur les cartels en droit civil » (2009) 82 La vie économique 29 aux pp 29-30; Woods, *supra* note 12, aux pp 436-38.

53 Russell, *supra* note 16, à la p 173, para 167.

54 *Ibid*.

55 *White Paper Working Document*, *supra* note 52 à la p 17, para 24.

les détracteurs de la *class action* sont entre autres les plaintes frauduleuses ou abusives et les plaintes successives, dites « *follow-on* ».

a) Les plaintes frauduleuses ou sans fondement juridique

Pendant une *class action* aux États-Unis, il existe un grand déséquilibre entre les demandeurs et les défendeurs par rapport aux coûts et aux risques. Généralement, chaque demandeur dans un groupe risque et dépense très peu tandis qu'un défendeur peut perdre des milliards de dollars. Ainsi, on craint qu'un groupe n'ayant subi aucun préjudice se forme ayant pour objectif de menacer d'une action collective une grande société afin de réclamer une énorme somme d'argent et que cette société, partie défenderesse, au lieu de risquer une perte, négocie un accord à l'amiable ayant peu à voir avec la valeur juridique de l'action[56].

Plusieurs mécanismes spécifiquement américains peuvent être la cause de cet abus. D'une part, aux États-Unis on ne demande pas aux perdants d'une action d'en payer les dépens, ce qui réduit le coût d'une plainte frauduleuse pour un demandeur. D'autre part, les dommages punitifs et le fait que les dommages sont souvent accordés par un jury en lieu et place d'un juge, augmentent de façon significative la somme que le défendeur risque de perdre[57]. Ce déséquilibre patent et inhérent aux États-Unis n'existe pas dans les systèmes européens.

b) Les plaintes successives (« follow-on »)

Une plainte successive, ou *follow-on suit*, existe quand une *class action* suit directement la décision d'un tribunal lors d'une action publique. Ainsi, au lieu d'améliorer l'efficacité de l'application des règles de concurrence en faisant ses propres recherches, un groupe privé bénéficie du travail des autorités publiques – y compris tout ce que ces autorités ont dépensé pendant leurs enquêtes – et réduit par là-même ses frais d'investigation en poursuivant les mêmes personnes pour les mêmes infractions[58].

Avec ce modèle « *easy money* », on supposerait qu'il serait exploité au maximum. Cependant, quelques études américaines démontrent le contraire. Prenant encore l'exemple des quarante *class actions* étudiées[59], la moitié des infractions (ou des infractions alléguées) a été découverte uniquement par un avocat privé[60]. Dans les cas où l'avocat privé n'a pas été le premier à détecter l'infraction, il a quand même

---

[56] Edward Brunet, « Two Phases of Class Action Thinking : The Dam Period is Replaced by the Present Coffee Improving Class Action Efficiency by Expanded Use of Parens Patriae Suits and Intervention » (2000) 74 Tul L Rev 1919 aux pp 1930-31 (aux États-Unis, on appellerait cette action un *strike case*).

[57] Joni Hersch et W Kip Viscusi, « Punitive Damages : How Judges and Juries Perform » (2004) 33 J Legal Stud 1 aux pp 13-17.

[58] William B Rubenstein, « On What a "Private Attorney General" is - and Why it Matters » (2004) 57 Vand L Rev 2129 aux pp 2150-51.

[59] Voir Lande et Davis, *supra* note 35 à la p 906.

[60] *Ibid* à la p 905.

joué un rôle important en la prouvant[61]. Dans une autre étude encore plus approfondie, on a trouvé que, pendant une période de sept ans, moins de 20% des actions privées en droit de la concurrence ont suivie une action déjà initiée par le gouvernement[62]. Ainsi, même si cet abus existe aux États-Unis, il n'est pas endémique et il ne nuit pas aux effets positifs de l'action. De plus, rien ne tend à montrer que des conclusions similaires pourraient être tirées de pareille expérience en Europe.

2. Le problème du « *principal-agent* »

L'autre grande critique des *class actions* se trouve dans le décalage qui existe entre les motivations des membres d'un groupe et celles de l'avocat qui les représente. Autrement dit, c'est le problème commun de la relation entre un principal et son préposé[63]. Cette complication est fondée dans le fait que les membres d'un groupe sont limités dans leur capacité de contrôler la conduite de leur représentant tandis qu'ils sont toujours croissants en nombre[64]. De plus, les avocats américains peuvent bénéficier d'honoraires de résultat, ce qui laisse supposer qu'ils pourraient prendre leurs décisions non pas dans l'intérêt de leur client mais dans leur propre intérêt[65].

Pour montrer l'existence de ce problème, on souligne le taux élevé des accords à l'amiable lors des *class actions* ainsi que les fameux « *coupon settlements* » aux États-Unis[66].

a) Les accords

Dans le monde entier, la grande majorité des actions collectives se termine par un accord à l'amiable avant les plaidoiries[67]. Ce constat s'applique également à l'Europe. La Suède peut être citée à titre d'exemple. Dans les trois années qui ont suivi la mise en œuvre du mécanisme d'action collective là-bas, aucune plainte n'est parvenue à un juge avant que les parties n'aient trouvé une solution extrajudiciaire[68].

---

61 *Ibid*.

62 John C Coffee, Jr, « Understanding the Plaintiff's Attorney : The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions » (1986) 86 Colum L Rev 669 à la p 681, n 36.

63 Pour plus de détails, voir Stephanie Eichholtz, *Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2009 à la p 19.

64 *Antitrust Damages Actions*, *supra* note 29 à la p 279.

65 Hans-Bernd Schäffer et Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4e éd, Berlin, Springer, 2005 à la p 359; Myriam Gilles et Gary B. Friedman, « Exploding the Class Action Agency Costs Myth : The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers » (2007) 155 U Pa L Rev 103 à la p 104.

66 *Antitrust Damages Actions*, *supra* note 29 à la p 279.

67 *Ibid* à la p 280.

68 Henrik Lindblom et Kenneth Nordback, « The Swedish Group Proceedings Act » dans Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, dir, *Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken : Internationales Symposium Bamberg*, Berlin, BMELV, 2006, 191 aux pp 196-97 [Lindblom et Nordback].

Toutefois, le taux élevé des accords à l'amiable n'est pas nécessairement une preuve du problème du *principal-agent* car il peut être plutôt un indice de l'efficacité d'autres mécanismes. Aux États-Unis, par exemple, l'outil de *discovery* donne aux parties la possibilité de connaître pratiquement tous les preuves et documents que leur adversaire apporterait lors d'un procès avant que celui-ci commence[69]. Avec ces informations, les parties d'une action peuvent mieux calculer la probabilité d'une défaite et ainsi comparer les avantages d'un accord à l'amiable avec la poursuite de l'action. Dans la grande majorité des cas, les parties décident de négocier un accord[70]. Dans cette hypothèse, ce n'est plus un problème du *principal-agent*, mais une analyse rationnelle de la rentabilité de l'action qui pousse les parties à négocier. D'autres mécanismes utilisés dans des pays autres que les États-Unis parviennent à des résultats similaires. La Suède est de nouveau un exemple significatif. Cet État a mis en œuvre une procédure d'action collective en 2003 et utilise la règle anglaise selon laquelle la partie perdante à un procès en supporte les coûts. Ainsi, il apparaît qu'une action collective qui remplit toutes les conditions procédurales fera l'objet d'une demande de négociation d'un règlement amiable du litige de la part du défendeur qui ne souhaitera pas risquer une poursuite de la procédure et le paiement de lourds dommages et intérêts[71].

b) Les « coupon settlements »

Les *coupon settlements* constituent un problème unique. Lors d'une telle transaction, au lieu de recevoir un chèque, les membres d'un groupe ne reçoivent qu'un bon de réduction chez le défendeur tandis que les avocats obtiennent des millions de dollars en honoraires[72]. Par exemple, après que le Department of Justice avait terminé sa poursuite contre la société Microsoft pour des infractions aux règles de la concurrence en 2001, plusieurs avocats ont commencé une action privée dans la Californie au nom et pour le compte des consommateurs californiens[73]. La société Microsoft et ses avocats ont négocié un accord à l'amiable évalué d'un montant de $1,1 milliards. Selon le règlement, tous ceux qui avaient acheté des produits Microsoft entre les années 1995 et 2001 pouvaient réclamer à cette société un bon d'achat en remplissant un formulaire. La majorité de ces bons ne valaient pas plus de $20. En revanche, l'avocat qui avait mené l'action a demandé la somme de $97

---

69 Pour connaître l'étendu de la *discovery* américaine, voir *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 USC ann § 26(b)(1), qui dispose que les parties peuvent exiger la divulgation de toute information non privilégiée qui à un rapport avec une demande ou une défense de l'autre partie, y compris l'existence, la nature, la condition, la détention et l'emplacement de tout document ou autre chose tangible ainsi que l'identité de toute personne qui connaît des informations concernant l'action. De plus, le tribunal peut aussi exiger la divulgation de toute information pertinente à l'action, ce qui n'est pas nécessairement limité aux informations admissibles lors d'un procès si cette information semble être raisonnablement demandée par une partie pour la conduire aux informations admissibles. Pour mieux comprendre les différences entre une enquête menée par un juge d'une juridiction de droit civil, et la *discovery* des juridictions de common law, voir Woods, *supra* note 12 aux pp 442-444.

70 Joel Sobel, « An Analysis of Discovery Rules » (1989) 52 Law & Contemp Probs 133 à la p 154.

71 Lindblom et Nordback, *supra* note 68 à la p 197.

72 Voir Russell, *supra* note 16 à la p 150 (Russell donne cet exemple dans son article).

73 *Ibid* à la p 150, n 43.

millions pour services rendus et $197 millions supplémentaires ont été demandés par les trente-quatre autres avocats ayant travaillé sur ce dossier. Ces honoraires ne dépassaient pas vingt-sept pour cent de la somme accordée aux consommateurs, mais puisque la totalité d'une telle transaction est rarement distribuée, ce pourcentage était probablement plus grand. De plus, si un consommateur décidait d'obtenir et d'utiliser un de ces bons d'achat, la société Microsoft se trouverait encore gagnante dans la mesure où elle aurait vendu un produit supplémentaire avec une faible remise. Évidemment, un tel règlement favorise les avocats et les auteurs d'une infraction tandis que les victimes se trouvent très peu indemnisées[74].

Il n'est pas sûr qu'un tel mécanisme puisse exister au-delà des États-Unis compte tenu des spécificités inhérentes à ce système. L'une des grandes causes de cette complication est le fait que la plupart des avocats américains participants à une *class action* ne reçoit qu'un honoraire de résultat[75], et que cet honoraire de résultat peut parfois atteindre jusqu'à un tiers du montant rendu dans le jugement[76]. Si les avocats avaient un statut de salarié, au lieu recevoir un honoraire de résultat, ils n'auraient comme seule motivation la défense des intérêts de leur client et non pas de leurs propres intérêts. La rareté d'un régime établi d'honoraires de résultat en Europe contribue à la présence réduite du problème du *principal-agent*.

c) L'importation de contingency fees

Néanmoins, et malgré cette tradition fortement opposées à tout système d'honoraire de résultat[77], on craint que la mise en œuvre d'une action collective européenne n'entraîne l'introduction des *contingency fees* en Europe et, par conséquent, cause l'introduction des dérives mentionnées ci-dessus.

Cependant, cette peur est infondée pour deux raisons. D'abord, une forme d'honoraire de résultat existe déjà au sein de l'Union européenne depuis quelque temps sans avoir pénétré tous les domaines de la loi ni suscité de grands débats sur les dérives qui y sont associées. Deuxièmement, un *contingency fee* n'aurait pas de raison

---

74 Voir aussi Bettina Lucke, *Die Google Buchsuche nach deutschem Urheberrecht und US-amerikanischem Copyright Law*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010 à la p 214.

75 *Supra* note 12 aux pp 436-437.

76 Généralement, les règles déontologiques américaines sur la compensation des avocats ne donnent pas de pourcentage seuil pour un honoraire de résultat. Elles demandent juste que ces honoraires soient raisonnables; Voir Model Rules of Professional Conduct, rule 1.5, comment [3], en ligne : American Bar Association <http://www.americanbar.org>. Néanmoins, les règles de quelques États codifient ce pourcentage habituel. Par exemple, *Florida Rules of Professional Conduct*, art 4-1.5(f)(4)(B), en ligne : Florida Bar <http://www.floridabar.org>. Voir aussi Corinne Bergen, « Generating Extra Wind in the Sails of the EU Antitrust Enforcement Boat » (2006) 5 J Int'l L & Bus 203 à la p 219, n 121.

77 Voir *Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*, Bruxelles, CCBE, 2010, art 3.3.1 (« L'avocat ne peut pas fixer ses honoraires sur la base d'un pacte "*de quota litis*" »). *Ibid*, art 3.3.2 (« Le pacte "*de quota litis*" est une convention passée entre l'avocat et son client, avant la conclusion définitive d'une affaire intéressant ce client, par laquelle le client s'engage à verser à l'avocat une part du résultat de l'affaire, que celle-ci consiste en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur »). Voir aussi Walter K Olsen, *The Litigation Explosion*, New York, Penguin Books, 1991 à la p 37.

d'être et, ainsi ne s'enracinerait pas en Europe si, avec l'introduction d'une action collective en droit de la concurrence, on satisfaisait tous les problèmes de financement des actions qui sont généralement résolus par l'introduction d'un honoraire de résultat.

Depuis les années 1990, un système d'honoraires de résultat existe dans certains États membres de l'Union européenne. C'est ainsi le cas au Royaume-Uni, en Belgique et aux Pays-Bas où depuis plus de vingt ans les avocats de ces pays peuvent demander une prime en cas de succès judiciaire[78]. Même s'il existe quelques différences entre ce *conditional fee* et le *contingency fee*, notamment le fait qu'au lieu de ne recevoir qu'un pourcentage d'un jugement, l'avocat serait payé quelque soit le résultat[79]. Les mesures incitatives derrière ces honoraires ont le même effet - les clients qui n'auraient normalement pas accès à un avocat l'obtiennent[80], et les avocats poursuivent jusqu'au jugement des actions qui ne seraient normalement pas poursuivies.

De plus, le *contingency fee* pur existe en Allemagne depuis quelques années dans certaines conditions. Après la Seconde Guerre mondiale et avant la modification des règles fédérales relatives à la profession d'avocat qui ont changé en 1994, l'honoraire de résultat était permis afin d'encourager les victimes d'expropriations nazies à réclamer leurs biens[81]. En 2007, la *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle allemande) a conclu qu'une loi interdisant tout honoraire de résultat était contraire à la constitution allemande[82]. Selon la Cour, si une personne n'est pas assez pauvre pour obtenir de l'aide pour poursuivre une action en indemnisation, mais qu'elle n'a pas non plus les moyens de payer un avocat et risque ainsi de perdre son procès, l'interdiction d'un honoraire de résultat la prive de son droit d'accès à la justice[83]. En outre, la Cour est parvenue à la conclusion selon laquelle un avocat est privé du droit d'exercer sa profession sans l'ingérence de l'état lorsqu'il ne peut pas conclure un contrat qui garantit un honoraire de résultat, dans la mesure où une telle interdiction l'empêcherait de poursuivre certaines actions[84]. Ainsi, l'honoraire de résultat existe en Allemagne pour donner à tous un accès équitable à la justice.

Toutefois, si l'introduction de l'action collective en droit de la concurrence était accompagnée par un moyen de garantir à tous un accès équitable à la justice, le *contingency fee* n'aurait pas une raison d'être dans ce domaine au sein de l'Union européenne. L'introduction simultanée d'un fonds d'aide à l'action collective en droit

---

78 Winand Emons, « Conditional versus Contingent Fees » (2007) 59 Oxford Economic Papers 89 à la p 90.

79 *Ibid* à la p 90.

80 Dans le cas d'un *contingency fee*, un client qui n'avait pas les moyens d'engager les services d'un avocat y aurait accès en promettant une partie du jugement. Pour les *conditional fees*, le client / demandeur d'une action à haute risque qui ne pouvait pas trouver un avocat et qui pensait que son action était fondée, pourrait en trouver un en augmentant ses honoraires en cas de victoire. Voir *ibid.*

81 Bundesrechtsanwaltsordnung, BGBl I, 565, 1959 (Allemagne).

82 1 BR 2576/04, 7 mars 2007 (Allemagne).

83 Anthony J Sebock, « How an Important German Constitutional Court Decision May Change the Nature of Law Practice in Germany » (13 mars 2007), en ligne: Findlaw <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20070313.html>.

84 *Ibid*.

de la concurrence aurait cet effet, satisfaisant les intérêts des victimes en même temps que ceux des avocats. C'est pour cette raison que l'introduction de cet outil fait partie de la proposition suivante[85].

En conclusion, une action collective européenne n'est pas seulement désirable pour son effet dissuasif. Elle est indispensable pour assurer un recours effectif aux victimes d'infractions liées aux règles relatives au droit de la concurrence. De plus, il a été démontré que les inconvénients associés à la *class action* américaine étaient soit inhérents au système juridique américain, soit pas suffisamment convaincants pour décourager l'usage de cet outil au sein de l'Union européenne. Par conséquent, il faut essayer de trouver une variante de ce mécanisme transposable en Europe, qui tirerait profit des avantages du système américain tout en s'efforçant de limiter les excès décrit ci-dessus. Ce mécanisme novateur devrait nécessairement prendre en considération les spécificités de la culture juridique et du système européens. Cette seconde partie aura ainsi pour objet de proposer un tel système.

II. Construction d'une action collective européenne dans le droit de la concurrence

A. Les demandes du droit européen

La construction d'une action collective européenne en droit de la concurrence devrait tout d'abord s'accorder avec les principes fondamentaux de l'Union européenne. Pour tout acte légal, les institutions européennes doivent respecter le principe de la compétence d'attribution de l'Union européenne et les principes de subsidiarité et de proportionnalité[86]. Par conséquent, il faut dans un premier temps déterminer une base juridique sur laquelle un acte légal réglant l'action collective pourrait être fondé (1) avant d'établir la force normative de cet acte (2). Ce dernier est déterminant pour l'identification du moyen juridique de la mise en œuvre d'une action collective dans les États membres de l'Union européenne, c'est-à-dire, un règlement ou une directive.

1. La base juridique

L'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'attribution[87]. Il faut

---

85 Voir II.C.2.a), ci-dessous.

86 P S R F Mathijsen, *A Guide to European Union Law as Amended by the Treaty of Lisbon*, 10e éd, Londres, Sweet & Maxwell, 2010 à la p 28.

87 *TFUE*, *supra* note 11 à la p 52 art 5. Ce principe est rappelé dans l'arrêt *RFA c Parlement européen et Conseil*, C-376/98, [2000] ECR I-8419 à la p 8419 (qui annule, pour un manque de base légale, la *Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 du 6 juillet 1998 concernant le rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac*, [1998] JO, L 213/9, qui plaçait des restrictions fortes sur la publicité des produits du tabac).

donc déterminer l'article du traité sur lequel l'Union européenne peut fonder un acte juridique qui aurait des effets sur les lois nationales en matière de dommages-intérêts non contractuels et sur le droit procédural national. Selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, notamment en ce qui concerne le but et le contenu de l'acte[88]. Plusieurs articles semblent susceptibles de servir pour une telle base légale qui permettrait à l'Union européenne d'introduire une action collective en droit de la concurrence. D'une manière générale, la Commission européenne affirme sa compétence sans indiquer un article concret. Pourtant, ce projet devrait en indiquer au moins un pour obtenir son approbation.

Selon une opinion, l'obligation de payer des dommages-intérêts aux blessés en cas d'une violation des règles du droit de la concurrence est déjà fondée directement dans les articles 101 et suivants du *TFUE*[89]. Au contraire, selon l'avis majoritaire en doctrine, ni les traités européens ni la jurisprudence des cours européennes contiennent explicitement une telle obligation[90]. De toute façon, la régulation future des actions collectives par un acte de droit dérivé ne devrait pas poser de problème par rapport à la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres.

Autrement, l'article 81 *TFUE* pourrait être la base juridique adéquate pour qualifier cet acte communautaire, répondant entre autre au principe fondamental du droit à un recours effectif devant un tribunal impartial, principe garanti par l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme*[91]. La Commission européenne a déjà proposé toute une série d'instruments juridiques dans le domaine du droit procédural civil fondée sur cet article[92].

Une action collective contribuerait également à améliorer la politique commerciale commune et à assurer des conditions d'une concurrence libre et non-faussée[93]. Par conséquent, l'article 3 I b) et e) *TFUE* pourrait également servir de base légale en établissant une compétence exclusive de l'Union européenne.

En outre, les actions collectives auraient des effets positifs en dehors même du domaine de la concurrence. Ils pourraient notamment avoir des implications sur le fonctionnement du marché intérieur et renforcer la confiance des consommateurs dans

---

88 *Parlement c Conseil*, C-295/90, [1992] ECR I-4193.

89 Ce point de vue provient de l'avocat général van Gerven dans l'arrêt *H. J. Banks Company Limited c British Coal Corporation*, C-128/92, [1994] ECR I-1209. Voir aussi I.A.1, ci-dessus; Gerald Mäsch, « Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – "*Courage*" und die Folgen » (2003) 38 Europarecht 825 aux pp 841-844.

90 *Atlantic Container Line c La Commission européenne*, T-395/94, [2002] ECR II-875. Voir aussi Hermann-Josef Bunte, « Art. 81 Generelle Prinzipien » dans Hermann-Josef Bunte, dir, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 11e éd, Cologne, Wolters Kluwer, 2010, 47 à la p 195, para 245.

91 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [*CEDH*]. Voir section I.A.1, ci-dessus.

92 Voir CE, *Avis du Comité économique et social européen sur la « Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation »*, [2008] JO, C 162/01 à la p 11, para 6.5 [*Avis du Comité économique et social*].

93 Louis Vogel, *Droit européen de la concurrence*, Paris, LawLex, 2010 à la p 14.

le commerce transfrontalier. L'article 4 II a) et f) *TFUE* semble ainsi être une autre base légale possible[94].

Par ailleurs, un recours à l'article 114 *TFUE*, qui a pour but d'accomplir le rapprochement et l'harmonisation des législations nationales afin de promouvoir l'accomplissement du marché européen, serait aussi possible qu'un recours à l'article 352 *TFUE*, qui permet au Conseil de l'Europe de prendre une décision dans l'hypothèse où le traité n'a pas prévu de compétence pour accomplir un acte nécessaire à la réalisation de l'un des objectifs de l'Union européenne dans le fonctionnement du marché commun.

Néanmoins, une application de l'article 103 *TFUE* semble préférable. Cet article donne au Conseil de l'Union européenne la compétence d'établir des actes juridiques utiles en vue de l'application des principes du droit de la concurrence définis par les articles 101 et suivants du *TFUE*. Cet article a un véritable rapport au droit de la concurrence et pourrait ainsi servir de base légale pour un acte établissant l'action collective[95]. Bien que l'article 103 a) *TFUE* prévoit seulement l'institution d'amendes et d'astreintes, et non pas des sanctions du droit privé, il n'a pas un caractère exhaustif. De plus, l'article 101 *TFUE*, qui interdit certains accords, décisions et pratiques concertées, montre la volonté des créateurs du droit européen de la concurrence de donner à l'article 103 *TFUE* une pertinence même dans les rapports fondés sur le droit privé. Finalement, les arrêts fondamentaux *Courage c Crehan*[96] et *Manfredi c Assicurazioni SpA*[97] signalent que la CJUE envisage déjà une telle compétence à travers cet article[98].

La Commission européenne n'a pas encore indiqué sur quelle base juridique elle compte se fonder pour établir de telles mesures. Toutefois, tous les articles énumérés ci-dessus semblent pertinents afin de satisfaire la demande d'une base légale pour l'introduction d'une action collective en droit de la concurrence[99].

---

94 Voir cependant CE, *Livre Vert sur les recours collectifs pour les consommateurs*, COM (2008) 794 final (27 novembre 2008), en ligne : Commission européenne <http://europa.eu>. Un commentaire intéressant sur les propositions de ce Livre Vert se trouve dans Dirk Staudenmayer, « Überlegungen der Europäischen Kommission zur kollektiven Rechtsdurchsetzung » dans Matthias Casper et André Janssen, dir, *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 87 aux pp 87-96.

95 Zimmer et Logemann, *supra* note 14 à la p 498.

96 *Courage c Crehan*, *supra* note 7.

97 *Manfredi c Assicurazioni SpA*, *supra* note 14.

98 Voir I.A.1, ci-dessus. Voir aussi Wulf-Henning Roth, « Zivilrechtliche Durchsetzung des EG-Kartellrechts » dans Eberhard Schilken et al, dir, *Festschrift für Walter Gerhardt*, Cologne, RWS Verlag, 2004, 815 à la p 818.

99 Voir Lilly Fiedler, *Class Action zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2010 aux pp 123-132.

2. La force normative

Le fondement européen d'une action collective ne doit pas seulement avoir comme but de fournir aux victimes d'entraves à la concurrence un mécanisme efficace d'indemnisation, mais aussi de conduire à l'harmonisation des lois nationales. Par conséquent, l'introduction de l'action collective par un règlement semble être *prima facie* le moyen le plus adéquat pour parvenir à cet objectif. Néanmoins, l'action collective n'ayant pas d'équivalent dans la plupart des États membres de l'Union européenne, sa mise en œuvre pourrait causer des véritables problèmes d'adaptation, d'autant plus qu'il s'agit d'un instrument provenant du système juridique anglo-saxon, qui doit par conséquent être adapté aux systèmes européens, façonnés selon le système de droit romain. En outre, l'établissement d'une action collective européenne en droit de la concurrence devra respecter les principes fondamentaux de subsidiarité et de proportionnalité[100]. On ne peut donc aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité que dans la mesure où ces objectifs ne peuvent pas être réalisés au niveau des États membres et où ils seront mieux réalisés au niveau communautaire. La procédure juridique est notamment un domaine traditionnellement régit par le droit national du fait de sa proximité avec le droit public (principe de la territorialité). De plus, la conception récente de l'action collective varie entre les États membres[101].

La Commission européenne a donné un indice sur la décision à prendre en menant une politique qui essaie de ne pas entraver de manière trop conséquente la marge de manœuvre des États membres dans la matière. De ce fait, la directive semble bien être plus appropriée que le règlement pour régir la question de l'action collective en droit de la concurrence[102]. Pour minimiser les problèmes d'adaptation, la Commission européenne pourrait poser les principes d'une telle action en laissant le soin aux États membres de définir les détails. Les détails de ce cadre général seront développés plus loin.

B. Les demandes des intérêts touchés

L'introduction d'une action collective en droit de la concurrence pose des difficultés relatives au développement d'un mécanisme de recours qui doit d'une part protéger les intérêts des groupes de victimes, et d'autre part harmoniser cette procédure avec les intérêts tiers et collectifs. La détermination du mécanisme de recours est d'une importance capitale pour la construction de l'action collective en ce qu'elle définit la manière de représentation des victimes. C'est pourquoi, le mécanisme proposé dans les développements suivants respectera autant que possible les intérêts des victimes (1). Il sera ensuite traité des intérêts tiers et collectifs qui pourraient être touchés par la mise en œuvre de cette action collective, notamment les questions concernant l'accès aux preuves, la protection des secrets d'affaires et le complément des programmes de clémence (2).

---

100 *TFUE*, *supra* note 11 aux pp 175-76, art 296 al 1 et à la p 52, art 5.

101 Voir Russell, *supra* note 16 aux pp 169-71.

102 *TFUE*, *supra* note 11 aux pp 171-72, art 288 al 3. Voir également Jochen Bernhard, *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2010 aux pp 245-246 [Bernhard].

1. Les intérêts des victimes

Un acte communautaire qui définit un concept de représentation doit régler l'approche de l'action et le mécanisme du choix et du contrôle du représentant de groupe.

a) Le mécanisme du recours

L'étude des procédures existantes permet de classifier les actions collectives en fonction de leur mécanisme principal de déclenchement et d'intervention par des particuliers ou des entreprises. On identifie à titre principal deux approches de base[103].

i. L'adhésion volontaire au groupe (*opt-in*)

Dans le système *opt-in*, seules les personnes qui ont expressément indiqué leur volonté de devenir membres du groupe participent à l'action en justice[104]. Ainsi, les victimes d'une faute sont véritablement engagées dans le procès[105].

Le mécanisme *opt-in* respecte le principe de la liberté d'agir en justice dans la mesure où le demandeur ne peut agir pour le compte d'une personne qu'après avoir reçu l'accord de cette dernière[106]. Chaque membre du groupe doit dès lors manifester sa volonté en s'inscrivant sur un registre. Ce système d'adhésion volontaire assure par ailleurs une véritable adhésion des membres du groupe à l'action introduite en leur nom. Finalement, le modèle *opt-in* permet au défendeur de déterminer *ex ante* l'étendue prévisible des indemnités en jeu ainsi que de se préparer à de futures demandes d'indemnisation[107].

L'inconvénient de ce modèle est que son effet dissuasif est limité. Dans la mesure où il exige une manifestation explicite de la part de chaque personne intéressée, il y aurait un décalage entre le nombre des personnes y participant

---

[103] La *mandatory class action* du droit américain nous intéresse moins, car elle ne vise pas principalement la réparation des victimes à travers des dommages-intérêts. Pour davantage d'informations, voir Antoine du Chastel de la Howarderie, *Les class actions et la procédure civile française,* Paris, Unversité Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2006 aux pp 37-38 [Du Chastel]. Voir aussi *Livre Vert : Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2005) 672 final (19 décembre 2005) au para 1.1, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu>.

[104] Bernhard, *supra* note 102 à la p 46.

[105] Parallèlement au mécanisme d'*opt-in* s'est développé un autre mécanisme dit le « *test case* ». Un *test case* ressemble à l'action collective fondée sur l'*opt-in* dans le fait que tout intéressé doit se manifester pour participer à la procédure en déposant une demande individuelle. La particularité de cette procédure se trouve dans le fait que le juge ne sélectionne qu'une des demandes individuelles et ne statue que sur celle-ci. Cette décision aurait un effet préjudiciel pour toutes les autres demandes individuelles enregistrées par le tribunal. Voir *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 au para 7.2.1.1. Voir aussi Alexandre Fiévée et Julien Grosjean, « L'action de groupe vue par le Sénat... vers une "class action" à la française? » (2010) 197 Dr et pat aux pp 34-35.

[106] Du Chastel, *supra* note 103 à la p 38.

[107] *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 à la p 13, para 7.2.1.2.2.

réellement et celles qui sont théoriquement concernées. S'il s'agit d'un litige d'un montant faible, une part importante des victimes du dommage renoncera à cette plainte en raison des obstacles matériels, financiers et psychologiques (le problème de l'apathie rationnelle)[108]. Ainsi, une grande partie du bénéfice illicite réalisé par un contrevenant aux règles de concurrence serait conservé par ce dernier. De plus, la gestion des dossiers individuels est complexe dès lors que le nombre des participants au groupe augmente. Ce seul fait peut causer de véritables retards dans la procédure. Finalement, le modèle *opt-in* pose un problème en lien avec le principe de l'effet relatif de la chose jugée. Seules les personnes s'étant jointes à la procédure sont liées par la décision. Par conséquent, les victimes qui ne sont pas devenues membres du groupe pourront engager des actions individuelles. Il peut donc exister un risque que les juridictions saisies à titre individuel rendent des décisions contradictoires comparées à celle obtenue dans le cadre de l'action collective[109].

ii. L'adhésion présumée au groupe (*opt-out*)

Traditionnellement l'action collective est fondée sur un mécanisme *opt-out*[110]. Dans ce système, le déclenchement de l'action entraîne automatiquement la participation de toutes les personnes entrant dans la définition du groupe et susceptibles de partager des griefs similaires, dès lors qu'elles n'ont pas exprimé la volonté de s'en exclure[111]. Les personnes qui lèvent cette option conservent leurs droits d'exercer ensuite une action individuelle à l'encontre du défendeur. En revanche, une personne renonce à ce droit en ne levant pas l'option[112].

Le mécanisme *opt-out* bénéficie de plusieurs avantages. Le plus grand d'entre eux est son fort effet dissuasif, car il contraint l'acteur économique à indemniser toutes les personnes ayant subi un dommage en lien avec sa pratique anticoncurrentielle[113]. Par ailleurs, le mécanisme *opt-out* évite les difficultés de gestion pour le demandeur et pour le tribunal en garantissant un réel accès des intéressés à la justice ainsi qu'une réparation juste et effective[114]. Le problème de l'apathie rationnelle disparaît.

Cependant, le mécanimse *opt-out* porte atteinte à certains principes judiciaires fondamentaux. En premier lieu, une action collective dite *opt-out* pourrait être qualifiée d'atteinte au principe de la liberté d'agir en justice dans la mesure où les victimes font automatiquement partie du groupe et sont liées par la décision rendue,

---

108 *Livre Blanc*, *supra* note 1, n 2.1; Russell, *supra* note 16 à la p 178.

109 *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 à la p 13, para 7.2.1.3.6.

110 Russell, *supra* note 16 aux pp 158-160.

111 Rainer Krause, *Urteilswirkung gegenüber Dritten im US-amerikanischen Zivilprozeß*, Tubingue, Mohr, 1994 aux pp 127-29; Du Chastel, *supra* note 103 aux pp 38-39; Bernhard, *supra* note 102 à la p 47.

112 Russell, *supra* note 16 à la p 160.

113 Edward H Cooper, « Class Action Advice in the Form of Questions » (2001) 11 Duke J Comp & Int'l L 215 à la p 230 [Cooper]. Voir aussi Wolfgang Lüke, *Die Beteiligung Dritter im Zivilprozeß*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1993 à la p 171.

114 *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 à la p 14, para 7.2.2.2.

sans avoir manifesté leur accord[115]. Par ailleurs, dans le système *opt-out*, tous les intéressés ne sont pas explicitement désignés et connus du défendeur. Ainsi, un défendeur serait partiellement privé de certains droits propres à sa défense, tels que les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, si l'*opt-out* avait pour effet de le priver des moyens de se défendre contre les membres individuels d'un groupe[116].

b) De lege ferenda : le mécanisme souhaitable

Dans le document d'orientation sur l'indemnisation des victimes d'infractions aux règles de concurrence de 2008, la Commission européenne a montré une forte préférence pour le mécanisme *opt-in*[117]. Ce point de vue semble avoir partiellement changé depuis la publication d'un document où la Commission invite à nouveau les États membres à discuter d'une manière générale des paramètres du mode de représentation du groupe[118]. Néanmoins, l'élaboration d'une action collective européenne ne passe pas forcément par le choix entre ces deux alternatives[119]. En effet, le système préférable semble être celui qui combine les avantages de l'*opt-in* avec ceux de l'*opt-out* par une application d'un système ou l'autre selon le type de litige de manière à éviter les principaux inconvénients des deux mécanismes. Afin d'établir ce choix, le montant des préjudices individuels paraît être le critère important.

Si les litiges sont d'un faible montant et les demandes similaires, le juge optera pour le mécanisme dit *opt-out*, évitant ainsi le problème de l'apathie rationnelle. Toutefois, il faut éviter les atteintes du mécanisme *opt-out* aux principes judiciaires fondamentaux. Afin de préserver la liberté d'agir en justice, il serait nécessaire de donner le droit aux membres du groupe de s'exclure de la procédure à tout moment, y compris au stade où la décision doit être rendue et, si la décision leur est défavorable, pour leur permettre d'entamer une action individuelle[120]. Par ailleurs, dans une telle hypothèse l'atteinte au droit de la défense et au principe d'égalité des armes semble peu importante. Dans le cadre d'une action collective, il y a forcément une certaine homogénéité des rapports entre les victimes et le défendeur. On ne voit donc guère comment le défendeur pourrait invoquer des moyens de défense particuliers à l'encontre d'une victime individuelle. Cependant, le juge doit avoir le pouvoir tout au long de la procédure de rejeter un recours s'il constate une véritable hétérogénéité de situation de fait ou de droit[121].

En revanche, si les préjudices individuels sont élevés, le juge optera pour le

---

115 Cooper, *supra* note 113 à la p 230.

116 Voir *Charte des droits fondamentaux de l'UE*, *supra* note 9 à la p 12, art 47 (le principe d'un « procès équitable »). Voir aussi *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 à la p 14, para 7.2.2.3.2.

117 *Livre Blanc*, *supra* note 1, aux pp 4-5.

118 *Commission Document : Public Consultation*, *supra* note 2 aux pp 4-6, para 10-14.

119 Catherine Grynfogel, « Une volonté européenne réaffirmée pour l'action de groupe » (2010) 20 Contrats concurrence consommation 3 à la p 3. Voir cependant *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 à la p 12, para 7.2.

120 Comparer *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 à la p 14, para 7.2.2.3.1.

121 *Ibid* au para 7.2.2.3.2.

mécanisme *opt-in*, respectant encore plus la liberté des personnes d'ester en justice. De plus, l'effet dissuasif de l'action collective est maintenu grâce à l'intérêt considérable de chaque victime qui fait théoriquement partie du groupe.

L'inconvénient de cette solution de compromis est de pouvoir définir le montant des préjudices individuels distinguant la frontière entre le mécanisme *opt-in* et celui de l'*opt-out*. En fin de compte, il n'est pas possible de fixer ce montant par un chiffre concret. Il faut laisser une certaine marge d'appréciation au juge, afin de respecter les circonstances propres à chaque litige, que ce soit par exemple le nombre des victimes, la complexité des faits ou encore l'effet dissuasif. En tout cas, cette incertitude est justifiée par les avantages considérables de cette approche hybride.

c) Le choix et le contrôle du représentant de groupe

Les règles d'un acte législatif européen doivent répondre au problème du « *principal-agent* »[122]. Cela est possible au niveau du choix du représentant de groupe et au niveau du contrôle de ce représentant.

i. Le choix du représentant

Théoriquement il y a trois catégories de représentants du groupe : l'entité qualifiée et spécialement habilitée (par exemple une association de consommateurs, un organisme public ou une organisation professionnelle), le représentant qui est aussi un membre du groupe et, finalement, le tiers qui n'est même pas membre du groupe.

Le *Livre Blanc* de la Commission européenne a proposé une combinaison des actions représentatives par des entités qualifiées avec des actions collectives *opt-in*[123]. Néanmoins dans sa publication récente, la Commission européenne a rouvert la discussion, cherchant un moyen plus efficace pour représenter les victimes[124]. Cet article explique déjà qu'il est préférable de mettre en œuvre un système qui combine les mécanismes *opt-in* et *opt-out*[125]. De manière similaire, il ne faut pas limiter le choix des représentants à une de ces trois catégories identifiées. L'effet dissuasif de l'action collective est plus efficace quand le cercle des représentants potentiels est large. Ainsi, il semble logique de donner le droit de représentation non seulement aux entités qualifiées[126], mais encore aux individus, qu'ils soient membres ou pas d'un groupe. En revanche, le comportement du représentant dans l'intérêt du groupe doit être assuré par certaines précautions.

---

122 Voir I.C.2, ci-dessus.

123 *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 4-5.

124 *Commission Document : Public Consultation*, *supra* note 2 à la p 8, Q14.

125 Voir II.B.1.a) iii., ci-dessus.

126 Il est possible que les entités qualifiées ne puissent pas ou, tout simplement, ne souhaitent pas prendre en charge toutes les demandes d'indemnisation. Voir *Livre Blanc*, *supra* note 1 au para 2.1.

ii. Le contrôle du représentant

Les risques et les conséquences d'un éventuel conflit d'intérêts pour le représentant d'un groupe obligent le législateur européen à installer des mécanismes protecteurs. C'est pourquoi un futur acte communautaire devra charger le représentant d'un groupe d'un devoir de loyauté, de conseil et d'information, combiné de sanctions en cas de manquement à ces obligations.

Un représentant a le devoir d'exécuter de bonne foi ses obligations envers le groupe. Il doit donc toujours agir dans l'intérêt des personnes représentées[127]. Ainsi le comportement du représentant devra respecter le premier principe directeur de l'action collective, celui de l'indemnisation intégrale des dommages subis[128]. Si la représentation du groupe est exécutée par une entité qualifiée comme une association de consommateurs, la loyauté de ce représentant envers les membres du groupe est déjà suffisamment garantie par le fait que les intérêts de l'entité sont conformes avec ceux du groupe. En revanche, l'hypothèse dans laquelle un groupe est représenté par un individu est plus délicate. Dans cette situation, il semble bien possible que l'intérêt égoïste de cet individu puisse dominer ses décisions au détriment de l'intérêt des autres membres du groupe[129]. C'est pourquoi, l'assortiment de sanctions aux devoirs de conseil et d'information pourra être imposé comme garde-fou[130]. Ainsi, si un représentant se comporte déloyalement, il sera tenu responsable envers les membres du groupe et sera obligé de leur verser des dommages-intérêts. Toutefois, pour rendre cette obligation effective, des mesures complémentaires seront aussi nécessaires : en premier lieu, le représentant devra être obligé de motiver ses actions. En cas de manquement à ces obligations, la loi devra instaurer une présomption simple quant au caractère déloyale du représentant. En deuxième lieu, les entités qualifiées devront avoir le droit d'agir en justice dans l'intérêt du groupe contre un ancien représentant qui a agit de manière déloyale. Sans ces mesures complémentaires, le contrôle du représentant ne serait qu'un contrôle théorique, faute d'apathie rationnelle[131].

2. Le respect des intérêts tiers et collectifs

L'usage de l'action collective doit aussi être harmonisé avec les intérêts tiers et collectifs. Le point critique est le rapport entre le besoin d'accès aux preuves pour les victimes, et le besoin de protéger les secrets commerciaux pour l'acteur économique. En droit de la concurrence, les actions de groupe doivent s'accorder avec les actions publiques et les programmes de clémence.

---

127 Du Chastel, *supra* note 103 à la p 239.

128 Voir *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 2-4.

129 À ce point, si l'individu représentant est un membre ou pas du groupe n'a aucune importance. Normalement le fait qu'il ait personnellement subi un dommage n'intensifie pas sa loyauté envers l'intérêt commun car son préjudice personnel est généralement minime. Voir Cooper, *supra* note 113 à la p 236. Contra Du Chastel, *supra* note 103 à la p 240.

130 Une obligation pour le juge de vérifier la loyauté du représentant envers les représentés semble critique à cause du principe de la neutralité de juge.

131 Voir I.A.3 et II.B.1.a) i., ci-dessus.

a) L'accès aux preuves et la protection des secrets d'affaires

Les affaires de concurrence sont dominées par une asymétrie structurelle d'information. Souvent une grande partie des preuves pertinentes est détenue par le défendeur ou par des tiers, et n'est généralement pas connue de façon suffisamment détaillée par le requérant[132]. Ainsi, il serait dans l'intérêt des victimes d'introduire certaines règles de divulgation des preuves *inter partes*. En revanche, les principes généraux du droit communautaire protègent l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets commerciaux ne soient pas divulgués[133].

Le droit américain prévoit une communication de pièces pendant les actions privées. Il s'agit du principe de *discovery*[134]. Une telle procédure contredit la tradition européenne et n'est pas compatible avec celle-ci dans la mesure où elle aurait des effets destructeurs pour de nombreux systèmes juridiques européens[135]. C'est pourquoi la Commission européenne propose dans l'ensemble de l'Union européenne un niveau minimal de divulgation *inter partes*. Par conséquent, les juridictions nationales disposeraient du pouvoir d'enjoindre une partie, ou un tiers, à divulguer des catégories définies de preuves pertinentes sous réserve que certaines conditions préalables[136] soient satisfaites. Cette conception d'une « *discovery light* » semble bien respecter les intérêts des entreprises tandis qu'elle donne aux victimes des moyens pour imposer leurs droits d'indemnisation[137].

b) La clémence

La Commission européenne déclare que l'application optimale des règles de concurrence est un principe directeur de sa politique. C'est pourquoi elle prévoit qu'un système de mise en œuvre des règles de concurrence par la sphère privée serait un bon complément des actions des autorités publiques. Pourtant elle admet que la création d'une action collective risquerait de compromettre l'action publique dans ce domaine[138]. Les programmes de clémence sont surtout susceptibles d'être gênés par ces actions privées.

Les programmes de clémence ont pour objet d'inciter les entreprises participantes à une entente anticoncurrentielle de se révéler aux autorités publiques.

---

132 *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 2-4.

133 Christine Schurmans et Xavier Taton, « Questions actuelles de procédure en droit de la concurrence. À la recherche d'un système cohérent entre l'autorité de concurrence et l'ordre judiciaire » dans Andrée Puttemans, dir, *Actualité du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 3 aux pp 79-80.

134 Voir *supra* note 69.

135 Zimmer et Logemann, *supra* note 14 aux pp 505-506. Voir aussi Klaus Sachs, « Use of Documents and Document Discovery : "Fishing Expeditions" versus Transparency and Burden of Proof » (2003) 1 SchiedsVZ 193 aux pp 193-98.

136 Selon le *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 5-6, ces conditions sont que le requérant ait convaincu la juridiction saisie, que la mesure de divulgation envisagée soit pertinente, nécessaire et proportionnée, ou encore, qu'il soit dans l'incapacité de produire les preuves requises par d'autres voies.

137 Sur les propositions de la Commission relatives à l'effet contraignant des décisions des autorités nationales de concurrence, voir *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 6-7.

138 *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 3-4.

En le faisant, elles peuvent obtenir une non-imposition des sanctions ou leur réduction[139]. Mais avec la création d'une action collective européenne, les entreprises qui révèlent leur participation à une entente risquent de s'exposer à des procédures judiciaires initiées par des personnes privées[140]. Par conséquent, la Commission européenne propose une protection aux déclarations faites par une entreprise lors d'une demande de clémence contre la divulgation de ces déclarations dans une action privée[141]. Elle appliquerait cette protection à toutes les déclarations des entreprises soumises par tout demandeur de clémence en rapport avec une infraction liée à l'article 101 *TFUE*, que la demande de clémence soit acceptée, rejetée ou ne donne lieu à aucune décision de la part de l'autorité de la concurrence. De plus, la Commission européenne propose de limiter la responsabilité civile des contrevenants bénéficiant d'une immunité aux amendes[142].

Les programmes de clémence facilitent la détection des infractions aux règles de la concurrence par les autorités compétente[143]. Le programme de clémence de 2006[144] a eu un succès incontestable, car depuis son entrée en vigueur à la fin de l'année 2008 la Commission européenne a reçu cinquante demandes d'immunité et trente demandes de réduction d'amendes[145]. Il faut donc appuyer le point de vue de la Commission européenne selon lequel un acte de l'Union européenne sur les actions collectives en droit de la concurrence doit être harmonisé avec les objectifs des programmes de clémence. L'argument, que la protection des déclarations effectuées par des entreprises est nécessaire afin d'éviter une influence négative sur la qualité des informations communiquées par l'entreprise, est digne de réflexion[146]. Cependant, la proposition d'accorder une immunité totale aux demandes d'indemnisation de leurs concurrents semble trop globale. Il faut se rappeler que l'indemnisation intégrale de victimes est le but déclaré d'une codification future de l'action collective dans ce domaine[147]. C'est pourquoi, une telle immunité ne doit pas encadrer les droits des victimes de manière trop extensive. Il faut limiter l'accord d'immunité aux cas où l'entreprise a obtenu une non-imposition des sanctions ou la réduction de leur montant par la Commission européenne. Dans le même temps, l'immunité envers les partenaires contractuels doit être accordée seulement par analogie avec l'étendue de cette immunité envers la Commission européenne relative aux sanctions, car une situation où les concurrents (ou clients) lésés par l'entreprise bénéficiant de la

---

139 CE, *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, [2006] JO, C 298/17 [*Communication C 198/17*].

140 Jean-Cyril Bermond, « L'introduction en droit français de la concurrence des actions de groupe : le débat est-il franco-français ou franco-européen? » (2007) RDAI 41 à la p 52; Alexandre Fiéviée et Julien Grosjean, « L'action de groupe... ou l'introduction d'une nouvelle voie de droit » (2010) 20 Contrats concurrence consommation 10 à la p 12.

141 *Livre Blanc supra* note 1 aux pp 11-12.

142 *Ibid*.

143 Voir François Mélin, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence*, Paris, Joly, 2010 aux pp 29-34.

144 *Communication C 198/17*, *supra* note 139.

145 *Document de travail des services de la Commission accompagnant le Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2008*, COM (2009) 374 (23 juillet 2009) à la p 17, para 33, en ligne : Commission européenne <http://ec.europa.eu>.

146 *Livre Blanc*, *supra* note 1 aux pp 11-12.

147 *Ibid* aux pp 3-4.

clémence sont celles qui paient indirectement pour l'efficacité de celle-ci, n'est évidemment pas désirable. Là, il se présente comme compromis pour les intérêts concernés l'instauration d'un plafond qui limite l'immunité envers les partenaires contractuels à un certain montant. Une fourchette comprise entre 30% et 50% semble convenable. Cette immunité limitée pourrait être justifiée par les effets macroéconomiques positifs de lutte contre les ententes, ce qui avantage chaque participant du marché dont les victimes potentielles.

C. Les demandes procédurales

La procédure d'une action collective européenne en droit de la concurrence doit être instaurée de manière à garantir une indemnisation efficace des victimes tout en respectant les intérêts légitimes des défendeurs. En tout état de cause, il faut éviter les dérives de la *class action* telles que connues aux Etats-Unis[148]. Les auteurs de cet article proposent un recours des victimes en deux étapes, qui allie les préoccupations des membres de groupe avec celles-ci des professionnelles (1). Ensuite, les auteurs analyseront les effets de la décision rendue par le juge —notamment les charges des frais— avant de donner une vue d'ensemble des règles concernant la compétence judiciaire et le droit applicable aux litiges internationaux (2).

1. Un recours en deux étapes

Les procédures américaine, brésilienne et québécoise connaissent deux phases distinctes de recours collectifs[149]. Cette approche bifurquée est également reprise par les législations européennes. Le modèle d'action collective anglais introduit en mai 2000[150] et le modèle italien instauré en 2009[151] sont à ce titre significatifs. Ces deux modèles connaissent une première étape qui examine la recevabilité de l'action suivie ensuite par un examen au fond. Généralement, une procédure bifurquée semble désirable pour l'action collective. Néanmoins, il faut éviter une simple reprise du système américain et toutes ses faiblesses qui sont tant critiquées en Europe. En revanche, la position publiée par le Sénat français en 2010 concernant l'action collective est caractérisée par une certaine créativité et pourrait servir de référence pour le législateur européen[152]. Le groupe de travail sur l'action collective propose l'instauration d'une procédure en deux phases : une déclaration de responsabilité suivie, après publicité et constitution du groupe, d'une décision sur l'indemnisation.

---

148 *Commission Document : Public Consultation*, *supra* note 2 aux pp 9-10, para 21-26. Voir I.C, ci-dessus.

149 Voir Du Chastel, *supra* note 103 à la p 263.

150 Ce mécanisme a été introduit en 2000 par le *Civil Procedure (Amendment) Rules 2000* par une modification de la partie 19 (« *Parties and Group Litigation* »). *Civil Procedure (Amendment) Rules*, 2000/221 (L. 1).

151 Ce type d'action collective a été créé par l'article 49 de la *Loi n° 99 relative au développement et à l'internalisation des entreprises et à l'énergie de 2009* par une modification de l'article 140-bis du Code italien de la consommation : Codice del consume, art 140bis, al 8 (Italie).

152 Voir *Rapport du Sénat français*, *supra* note 5.

a) L'action déclaratoire de responsabilité

L'action déclaratoire de responsabilité permettrait d'introduire un filtre pour les demandes qui sont manifestement infondées ou fantaisistes et qui pourraient porter atteinte de manière illégitime à l'image de la partie adverse[153]. De ce fait, la jurisprudence peut se prémunir le plus tôt possible contre tout risque de déclenchement d'une action abusive. Le juge devrait notamment vérifier les points suivants : l'existence même d'un litige, si la composition du groupe rend impraticable une procédure conjointe, s'il y a des questions de droit ou de fait communes aux membres du groupe, si la demande à l'encontre du professionnel est cohérente au regard des faits allégués et si le demandeur est en mesure de représenter et de protéger les intérêts des membres du groupe dans une manière adéquate[154]. Par conséquent, aucune publicité n'est donnée à l'affaire avant que le principe de la responsabilité de l'entreprise ne soit acquis par l'effet du premier jugement. En ce sens, les effets dévastateurs qui pourraient porter atteinte de manière illégitime à l'image d'une entreprise seraient évités. En outre, ce type d'action a l'avantage d'être simple à conduire et moins coûteux. Ainsi, le procès est comparable à un procès individuel. La décomposition en deux phases successives de jugement retarde le moment où la massification de l'action collective doit intervenir[155].

En second lieu, cette étape de recevabilité serait le moment où le juge décide de certifier le litige comme une procédure sur la base dite d'*opt-out* ou d'*opt-in* et où il déterminerait les critères de rattachement au groupe[156]. Correspondant à cette certification, il détermine les modalités adéquates de publicité. Aux États-Unis, il n'existe aucune interdiction de publicité des *class actions* et l'interdiction du démarchage pour les avocats n'est pas globale. Au contraire, dans le cadre des procédures européennes, la publicité est plus limitée. Par exemple, en Italie c'est l'ordonnance relative à la recevabilité de la demande qui fixe les modalités de la publication[157]; en Allemagne seule une publicité dans le Bulletin des annonces officielles gérée par voie électronique (« *Elektronischer Bundesanzeiger* ») sous la rubrique « registre des plaintes en application de la loi KapMuG » (« *Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ») est prévue[158]; et enfin en France où il n'existe pas encore de véritable action collective, l'article L 422-1 du Code de la consommation interdit que les mandats de l'action en représentation conjointe soient sollicités « par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, […] par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée ». Cette interdiction a été identifiée comme l'une des raisons de l'échec de cette action en représentation[159]. Une telle limitation *a priori* des moyens de publicité auxquels il pourrait être recouru pour informer le public de l'engagement de l'action collective et du prononcé du principe de la responsabilité de l'entreprise est contre-productive pour la construction d'une

153 Voir I.C.1, ci-dessus
154 *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92, para 7.3.2.1 et 7.3.2.3.
155 *Rapport du Sénat français*, *supra* note 5 aux pp 65-66.
156 Voir II.B.1.a.3), ci-dessus.
157 Codice del consume, art 140bis al 8 (Italie).
158 §2 et §6 KapMuG (Allemagne).
159 *Rapport du Sénat français*, *supra* note 5 à la p 73.

action collective européenne. En revanche, il semble être préférable que les modalités de publicité ne soient pas fixées par la loi. En lieu et place des règles strictes, le juge pourrait avoir la compétence et la charge d'apprécier les moyens de publicité les plus appropriés en fonction de l'espèce. Dans le cas où la responsabilité de l'entreprise est reconnue, il serait plus légitime d'imputer la charge de la publicité à l'entreprise responsable. Finalement, le juge devrait également fixer un délai pendant lequel la publicité de l'action peut être effectuée et les membres potentiels du groupe peuvent y adhérer (dans le cas d'une procédure sur la base d'*opt-in*).

b) L'action en indemnisation

La Commission européenne reconnaît les difficultés associées à la définition et au calcul des dommages-intérêts dans un jugement de fond[160]. Toutefois, quelle que soit cette difficulté, les tribunaux des juridictions nationales européennes n'utilisent que le dommage effectif pour établir cette détermination selon le principe de la réparation intégrale du préjudice. C'est pourquoi, un futur concept communautaire d'une action collective ne peut pas inclure les « *punitive damages* » du système américain même s'ils pourraient renforcer l'effet dissuasif de l'action[161]. En ce qui concerne la phase d'évaluation du montant des réparations, la procédure d'une action en indemnisation doit veiller à la préservation des droits des membres du groupe tout en restant souple. C'est pourquoi, il semble préférable d'appliquer deux méthodes différentes d'indemnisation selon le type de mécanisme de recours : soit une évaluation forfaitaire dans le cas où le juge choisirait l'*opt-out*, soit une évaluation plus individuelle dans le cas d'une procédure d'*opt-in*.

Dans le premier cas, la procédure d'indemnisation est relativement facile. Le juge opte pour l'*opt-out* dans l'hypothèse où le montant du préjudice est faible afin d'éviter le problème d'apathie rationnelle[162]. Néanmoins, ce problème paraîtrait de nouveau au niveau de l'action en indemnisation si les demandeurs étaient obligés de procéder à une évaluation individuelle. *A priori*, l'indemnisation des victimes doit se faire sur une base individuelle en considération de la situation particulière de chaque membre du groupe. Néanmoins, le faible montant des préjudices individuels justifie ici une appréciation forfaitaire par le juge. L'obstacle à l'indemnisation effective causé par l'apathie rationnelle des victimes serait évité si le juge définissait un schéma d'indemnisation associant une indemnisation forfaitaire par type de préjudices définis ou une règle de calcul de l'indemnisation en fonction de la gravité du préjudice subi. À ce stade de la procédure, la décision du juge devrait valoir titre exécutoire en faveur

---

160 *Livre Blanc*, *supra* note 1 à la p 8.

161 Voir I.B.1, ci-dessus; F Hastings et Thomas E White, « La class action et ses conséquences sur le cours des affaires » (2007) 249 Petites affiches 7 à la p 15. Voir aussi Juliana Mörsdorf-Schulte, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1999 aux pp 229-30 (concernant la relation entre *punitive damages* et *class actions*); Clifford A Jones, « A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the US » dans Claus Dieter Ehlermann et Isabela Atanasin, dir, *European Competition Law Annual 2001*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2003, 95 aux pp 102-105 (sur les différences entre les États-Unis et l'Europe).

162 Voir II.B.1.a) i., ci-dessus.

des victimes. En conséquence, la charge de la contestation de l'acte reposerait sur l'entreprise et non plus sur la victime[163].

Dans la seconde hypothèse où le juge ferait application du modèle *opt-in*, il y a moins d'apathie rationnelle parmi les victimes parce que les préjudices subis sont beaucoup plus importants. Par conséquent, une indemnisation individualisée est justifiée. Le déroulement de cette procédure devrait encore veilleur à la préservation des droits des parties, tout en restant souple. Premièrement, un juge propose un montant forfaitaire à payer comme indemnisation aux victimes. Cette proposition peut valoir titre exécutoire après un certaine délai sans opposition des victimes. Dans une deuxième étape, chaque victime aurait le droit de s'opposer à la proposition du juge et de s'adresser directement à l'entreprise contrevenante en demandant une indemnité correspondant à son préjudice, si elle juge que la proposition faite dans la première étape est insuffisante. De nouveau, cette demande peut valoir titre exécutoire, cette fois sans opposition du contrevenant. Finalement dans une troisième et dernière étape, le contrevenant aurait le droit de s'opposer à la demande de cette victime et de saisir le juge en demandant le cas échéant une évaluation individuelle.

Indépendamment de la procédure d'évaluation de l'indemnité, il faut privilégier une mesure de réparation indirecte pour la partie de la somme qui constitue le reliquat, car toute indemnité ne peut pas toujours être complètement distribuée. Par exemple, les difficultés associées à l'identification de toutes les victimes d'une entrave à la concurrence peuvent parfois empêcher la distribution de toute la somme qui leur est accordée. Un fonds d'aide à l'action collective pour le financement de nouvelles procédures serait un bénéficiaire approprié d'un versement du reliquat[164]. À titre auxiliaire, le versement du reliquat au fisc serait à la fois facile et transparent[165].

2. Les effets de la décision rendue

La répartition des effets d'un jugement sur une action collective doit respecter les fondations des systèmes juridiques des États membres de l'Union européenne en garantissant une application effective du droit. À ce titre, la charge des frais est surtout identifiée comme point critique et sera traité ci-dessous. Par la suite seront exposées les règles européennes qui définissent la compétence judiciaire, le droit applicable aux litiges internationaux, ainsi que la reconnaissance et l'exécution de ces jugements.

a) La charge des frais

Le *Livre Blanc* de la Commission européenne a identifié les coûts afférents

---

163 Voir également *Rapport du Sénat français*, *supra* note 5 à la p 81.

164 Sur le rôle d'un fonds d'aide à l'action collective, voir *Antitrust Damages Actions*, *supra* note 29 aux pp 285-86.

165 Pour d'autres propositions, voir *Avis du Comité économique et social*, *supra* note 92 aux para 7.4.2 et 7.4.3.6.

aux actions en dommages-intérêts et les règles de répartition des coûts comme freins possibles à l'introduction d'une demande d'indemnisation dans la mesure où une telle action peut devenir particulièrement onéreuse à cause de sa complexité[166]. En l'absence de tradition du financement des actions en défense des intérêts collectifs par des fondations d'intérêt public et avec le rejet clair du système de *contingency fees*, c'est-à-dire les deux modèles de financement existant aux États-Unis[167], le financement d'une action collective européenne devient encore plus difficile.

De surcroit, on ne peut pas ignorer le fait que la règle prédominante dans les États membres de l'Union européenne exige que la partie perdante soit condamnée aux dépens. De ce fait, l'exposition au risque des coûts pourrait décourager les victimes potentielles et, par conséquent, diminuer l'effet dissuasif d'une action collective. C'est pour cette raison que la Commission européenne propose que les États membres changent leurs règles de répartition des coûts[168]. Pourtant, il ne faut pas négliger l'objectif de ces règles qui est de prévenir des litiges mal fondés ou même abusifs.

Une solution intermédiaire, qui répond au problème de financement et garde le statu quo pour la répartition des dépens, paraît raisonnable : l'introduction d'un fonds d'aide à l'action collective pour le financement de nouvelles procédures[169]. Après un financement initial (ce qui peut être dérivé des sanctions financières imposées aux entreprises), ces fonds pourraient s'autofinancer par les reliquats des sommes qui n'ont pas été versées aux victimes d'autres litiges[170].

Le Québec, qui a rencontré des problèmes similaires, a créé un fonds d'aide aux recours collectifs qui connaît un véritable succès depuis 1978, le Fonds d'aide aux recours collectifs (le Fonds d'aide)[171]. Le Fonds peut ainsi servir de modèle au niveau européen.

i. La demande d'aide et son attribution

La demande d'aide devrait se faire, et une décision sur son attribution devrait être prise, lors de la première étape proposée pour cette action collective, c'est-à-dire, lors du jugement de la recevabilité de l'action.

---

166 *Livre Blanc*, *supra*, note 1 aux pp 10-11.

167 Carole Younès, *Le droit et la promesse du collectif : Le recours collectif au Québec*, Montréal, Institut de droit comparé, McGill University, 1998 à la p 30.

168 *Livre Blanc*, *supra*, note 1 aux pp 10-11.

169 Les systèmes juridiques du Canada, de l'Australie et de Hong-Kong connaissent déjà des fonds d'aides aux actions collectives (« c*ontingency legal aid funds* »). Il est aussi important de souligner le fait que l'introduction des « *contingency fees* » en Europe contredirait les traditions juridiques des États membres de l'UE : voir Russell, *supra* note 16 à la p 179.

170 Par ex, selon une étude, presque $12 milliards obtenus lors des *class actions* en droit des valeurs mobilières aux États-Unis n'ont pas encore été réclamés. Chris Kentouris, « Institutions Leave $12 Billion in Class-Action Funds Unclaimed », *Securities Technology Monitor* (19 février 2008) en ligne : Securities Technology Monitor <http://www.securitiestechnologymonitor.com/news/22042-1.html>.

171 *Loi sur le recours collectif*, LRQ c R-2.1, art 6 et s.

Au Québec, tout représentant d'un groupe qui aimerait bénéficier du Fonds d'aide doit demander, par écrit, l'aide de ce dernier[172]. Dans sa requête, le demandeur expose « le fondement du droit et les faits essentiels qui en déterminent l'exercice » et il décrit le groupe, son état financier et « les fins pour lesquelles il entend utiliser l'aide »[173]. Ensuite, le Fonds d'aide, personne morale de droit public[174], prend une décision sur l'attribution de l'aide[175].

Mis à part une description de la situation financière du groupe, toutes les informations nécessaires à la demande d'aide au Québec font déjà partie de l'étape de recevabilité de la procédure proposée ci-dessus. Il semble très raisonnable d'y ajouter quelques questions supplémentaires, notamment celle de savoir si le demandeur aurait besoin de l'aide financière pour mener son action au nom du groupe, et si la réponse à cette question est positive, on pourrait ensuite poser des questions de suivi sur son état financier.

ii. La substitution du Fonds d'aide par un juge

Au Québec, la demande d'aide est faite auprès du Fonds d'aide qui décide lui-même de son attribution. La demande dans une action européenne devrait se faire auprès du juge de la recevabilité de l'action collective en droit de la concurrence. Bien que l'indépendance d'un Fonds puisse avoir des avantages, le Fonds d'aide n'est pas nécessairement plus indépendant qu'un juge devrait l'être. De plus, si un demandeur avait déjà l'obligation d'apporter certaines informations au juge pour déterminer la recevabilité de son action, et que ces mêmes informations seraient utilisées de nouveau pour déterminer l'attribution de l'aide, il serait bien plus efficace de consolider ces actions dans une seule et unique étape devant un seul arbitre.

iii. La compétence judiciaire et le droit applicable

Les règles relatives au droit applicable au niveau européen (c'est-à-dire la compétence des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements) doivent accompagner et compléter l'introduction de l'action collective en droit de la concurrence au sein de l'Union européenne. Les actes juridiques actuellement applicables sont le *Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (dit « Bruxelles I »)[176] et le *Règlement 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non*

---

172 *Ibid*, art 20.
173 *Ibid*, art 21.
174 *Ibid*, art 6 et s.
175 *Ibid*, art 23-26.
176 CE, *Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2001] JO, L 12/1 [*Règlement de Bruxelles I*].

contractuelles (dit « Rome II »)[177].

En ce qui concerne le tribunal compétent, la reconnaissance et l'exécution des décisions, le *Règlement de Bruxelles I* permet aujourd'hui la jonction de deux litiges distincts dans les cas où il y a plusieurs défendeurs mais pas dans les cas où il y a plusieurs demandeurs[178]. Par conséquent, la Commission européenne a ouvert une discussion afin de modifier ce règlement de manière à l'adapter aux actions collectives[179].

Le *Règlement de Rome II* contient quant à lui des normes qui s'appliquent aux actes restreignant la libre concurrence. Ces actes sont qualifiés comme non-contractuels par le législateur européen[180]. C'est pour cette raison que le *Règlement de Rome II*, et non pas le *Règlement 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (dit « Rome I »)[181] est applicable[182]. L'article pertinent du *Règlement de Rome II* (l'article 6 al 3) régit non seulement les violations des droits nationaux de la concurrence, mais aussi des droits européens[183]. En revanche, il ne traite pas de manière explicite des cas où plusieurs demandeurs agissent contre un seul défendeur. Néanmoins, il semble logique et raisonnable de l'appliquer par analogie dans ces cas[184].

En somme, un changement corrélatif à ces règles de procédure et de droit applicable serait nécessaire pour introduire une procédure d'action collective en Europe afin de garantir une application effective et harmonisée du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.

***

177 CE, *Règlement (CE) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles,* [2007] JO, L 199/40 [*Règlement de Rome II*].

178 *Règlement de Bruxelles I*, supra note 176 aux pp 4-5, art 6 al 1.

179 *Livre Vert sur la révision du règlement (CE) 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, COM (2009) 175 final (21 avril 2009) à la p 7, en ligne : Commission européenne <http://ec.europa.eu>. Pour un aperçu de l'état de la discussion voir Dimitrios-Panagiotis L Tzakas, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden-Baden, Nomos, 2010 aux pp 91-153 [Tzakas].

180 *Règlement de Rome II*, *supra* note 177 à la p 41, considérants 21-23. Voir aussi Ulrich Scholz et Gerrit Rixen, « Die neue europäische Kollisionsnorm für außervertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten » (2008) 19 Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 327 à la p 330 [Scholz et Rixen].

181 CE, *Règlement (CE) 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [2008] JO, L 177/6.

182 Hannes Underbath et Johannes Cziupka, « Rom II-VO, Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (« Rom II ») » dans Thomas Rauscher, dir, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR*, Munich, Sellier, 2011, 784 à la p 802.

183 Scholz et Rixen, *supra* note 180 à la p 330.

184 Pour plus de détails sur ces questions, voir Tzakas, *supra* note 179 aux pp 382-87.

Les principes fondamentaux de l'Union européenne exigent la mise en œuvre d'une action collective européenne en droit de la concurrence, car une telle action donnerait aux victimes des entraves à la concurrence un moyen de se faire indemniser malgré les grands obstacles qui seraient autrement une pierre d'achoppement pour elles. Les autres mécanismes actuellement disponibles pour les victimes de violations relative aux règles du droit de la concurrence ne sont pas suffisants pour assurer leur indemnisation. De plus, l'effet dissuasif d'une action collective fait d'elle un complément efficace aux agents publics dans l'application des règles de concurrence. C'est pourquoi, la mise en place d'une action collective européenne en droit de la concurrence n'est pas seulement désirable, mais nécessaire.

De plus, l'expérience des grands excès associés aux *class actions* initiées aux États-Unis ne doivent pas empêcher l'usage de cet outil en Europe. Ces excès s'expliquent pour la majorité d'entre eux par les particularités culturelles ou juridiques propres aux États-Unis telles que le *jury trial*, les *punitive damages*, la *discovery* et les honoraires de résultat.

Néanmoins, l'introduction d'une action collective en Europe doit non seulement empêcher des excès similaires mais elle doit également être adaptée aux besoins et aux traditions juridiques spécifiques de l'Europe. Les points principaux d'un tel système pourraient être les suivants :

1. Le mécanisme établissant l'action collective serait un système combinant l'*opt-out* et l'*opt-in*, en utilisant le montant des préjudices individuels comme critère de différenciation;

2. Le choix du représentant ne serait pas limité aux entités qualifiées, mais inclurait aussi des individus, qu'ils soient membres ou non d'un groupe. Il doit peser sur le représentant une obligation de loyauté, de conseil et d'information qui serait sanctionnée en cas de manquement;

3. Les intérêts tiers et de la collectivité seraient respectés. Les États membres seraient chargés de définir les règles de divulgation des preuves *inter partes*. L'efficacité des programmes de clémence serait gardée par une harmonisation de la procédure de l'action collective avec les règles d'immunité des entreprises coopérants avec les autorités de la concurrence;

4. La procédure de l'action collective serait divisée en deux étapes afin de créer un filtre lors de la recevabilité des demandes qui seraient manifestement non-fondées ou abusives : premièrement, l'action déclaratoire de responsabilité et, deuxièmement, l'action en indemnisation proprement dit;

5. L'établissement des fonds d'aide à l'action collective réduirait l'effet contraignant des coûts de la procédure. Néanmoins, il est préférable de garder la règle prédominante selon laquelle la partie perdante soit condamnée aux dépens, diminuant ainsi les litiges mal fondés ou abusifs;

6. L'adaptation des règles sur la compétence judiciaire et sur le droit applicable favoriserait un usage homogène et continu de la procédure de l'action collective.